ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA

HOMENAJE AL PROFESOR ALBERTO MONTORO BALLESTEROS
ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA

HOMENAJE AL PROFESOR ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

UNIVERSIDAD DE MURCIA
2013
ÍNDICE

1 PRESENTACIÓN ........................................................................................................ 13
2 ALBERTO MONTORO: NOTICIA BIOGRÁFICA .............................................. 17
3 BIBLIOGRAFÍA ......................................................................................................... 25
4 LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ALBERTO MONTORO BALLESTEROS
   José López Hernández ........................................................................................... 33

I HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO .......................... 59
5 ELLAS NO PUEDEN GOBERNAR: UN PROBLEMA HISTÓRICO
   DE RAZÓN PÚBLICA
   Luis Carlos Amezúa Amezúa ........................................................................... 61
6 LA CRISIS DE 2007 Y LA POSTMODERNIDAD DECADENTE
   Jesús Ballesteros ................................................................................................ 73
7 FRANCISCO SUÁREZ DEFENDIÓ LA LIBERTAD DE CONCIENCIA
   Francisco Carpintero Benítez .......................................................................... 101
8 LA POLARIZACIÓN SOCIAL EN EL PENSAMIENTO
   ECONÓMICO-POLÍTICO ESPAÑOL DE LOS SIGLOS XVI Y XVII
   Jesús Luis Castillo Vegas .................................................................................. 107
9 LAS DOS LECTURAS DEL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL
   DEL PROFESOR FERNÁNDEZ-CARVAJAL
   Ángel Garrorena Morales .................................................................................. 123
10 DERECHO, TIERRA, TERRITORIO,
    Jesús Ignacio Martínez García ....................................................................... 139
11 GÉNESIS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
    Juan Antonio Martínez Muñoz ....................................................................... 161
12 PROPIEDAD Y LIBERTAD COMO DERECHOS SUBJETIVOS EN
    SUÁREZ
    José Justo Megías Quirós .............................................................................. 175
13 JUSTICIA Y DEMOCRACIA EN AZORÍN
    Javier Pérez Duarte ......................................................................................... 185
14 MICHEL VILLEY Y LA CULTURA IUSNATURALISTA ESPAÑOLA
    Antonio-Enrique Pérez Luño ........................................................................ 201
15 LAS PROFESIONES JURÍDICAS EN BÁRTOLO DE
    SAXOFERRATO
    Antonio Pérez Martín ...................................................................................... 217
16 CONFLICTO POLÍTICO Y VERSIONES CONTEMPORÁNEAS DE
    LA DEMOCRACIA
    Pedro Rivas ....................................................................................................... 233
17 LIBERALISMO, KRAUSISMO Y CONFESIONALISMO EN LA CUESTIÓN UNIVERSITARIA ESPAÑOLA DESDE LA LEY MOYANO A LA ETAPA FINAL DE LA RESTAURACIÓN
Manuel Salguero Salguero ................................................................. 251
18 DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE DERECHO Y MORAL EN LA OBRA DE HANS KELSEN
José Antonio Sendín Mateos ............................................................... 271
19 ALGUNAS CLAVES PARA UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DURKHEIMIANO DE LOS FENÓMENOS JURÍDICOS
Fernando Tapia Alberdi ................................................................. 283
20 EL REALISMO ESCANDINAVO “REVISITADO”. CUATRO NOTAS SOBRE LA VIGENCIA TEÓRICA DE ALGUNOS DE SUS PRINCIPALES POSTULADOS
Óscar Vergara .............................................................................. 301

II DERECHO NATURAL, DERECHOS HUMANOS Y AXIOLOGÍA JURÍDICA ........................................................................... 313
21 LOS FRENTES ABIERTOS DEL TESTAMENTO VITAL
Ignacio Ará Pinilla ........................................................................ 315
22 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN MODELO DE CÁRCEL TELEMÁTICA
Nuria Bellosso Martín ................................................................. 333
23 DIEZ PREGUNTAS SOBRE EDUCACIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO
Vicente Bellver Capella ................................................................. 355
24 SISTEMAS, HIPÓTESIS Y DERECHOS HUMANOS
Leticia Cabrera Caro .................................................................... 367
25 LOS DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XXI
Juan Castillo Vegas ........................................................................ 377
26 SOBRE LA PATERNIDAD DE LA «DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO». (APUNTES PRESUNTAMENTE HETERODOXOS)
Benito de Castro Cid .................................................................... 393
27 PRINCIPIOS PARA UN NUEVO DEBATE POLÍTICO
Paloma Durán y Lalaguna ............................................................ 413
28 ¿HACIA LA PLENTITUDO TEMPORIS CON LOS DERECHOS HUMANOS?
Pedro Francisco Gago Guerrero .................................................. 429
29 HACER ENTRAR EN RAZÓN AL ESTADO DE DERECHO, BENEDICTO XVI ABORDA LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO
Andrés Ollero Tassara ................................................................ 445
30 LOS VALORES JURÍDICOS. UN DIÁLOGO CON A. MONTORO
Milagros Otero Parga .................................................................. 457
31 CONFUCIANISMO Y DERECHO NATURAL: PERROS, PRÍNCIPES, INDIVIDUOS
Aurelio de Prada........................................................................................................... 473
32 TÓPICA IUSNATURALISTA DE ALBERTO MONTORO
Francisco Puy Muñoz.................................................................................................. 483

III TEORÍA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA................................................. 503
33 ACERCA DEL PRINCIPIO “PRO OPERARIO”
Ignacio Duréndez Sáez .................................................................................................. 505
34 APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA
Mariano Espinosa de Rueda Jover.................................................................................. 517
35 CONSIDERACIONES E INTERROGANTES SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2012
Jesús M. Galiana Moreno............................................................................................... 537
36 FUNCIÓN Y LÍMITES DE LAS REPRESALIAS (O CONTRAMEDIDAS) EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO
Cesáreo Gutiérrez Espada............................................................................................... 555
37 EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN:
¿UN NUEVO DERECHO FRENTE AL PODER?
Cristina Hermida del Llano............................................................................................ 577
38 LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO EN NEIL Maccormick y OTA WEINBERGER
Isabel Victoria Lucena Cid.............................................................................................. 587
39 LA CREACIÓN DE UNIVERSIDADES PRIVADAS POR LA IGLESIA CATÓLICA: UNA SINRAZÓN
Antonio Martínez Marín.................................................................................................. 607
40 SUJETO O PERSONA, DE LA SUSTANTIVIDAD A LA FORMALIDAD DE UN CONCEPTO
Diego Medina Morales..................................................................................................... 623
41 SIGNIFICACIÓN Y FUNCIONES DE LA PROMESA EN EL DERECHO
Rosa Mª Montoro Rueda................................................................................................. 635
42 LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD EN LA NUEVA LEY DEL REGISTRO CIVIL
Juan Roca Guillamón...................................................................................................... 653
43 CENSURA DIGITAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS. ¿HACIA UNA RESTRICCIÓN DE CONTENIDOS Y DERECHOS EN INTERNET?
Rafael Rodríguez Prieto.................................................................................................. 669
44 NOTAS PARA LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA
Pedro Serna.................................................................................................................. 687
IV GNSEOLOGÍA, LÓGICA Y METODOLOGÍA JURÍDICA ..........715
45 LA LÓGICA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS
Carlos Alarcón Cabrera ..............................................................717
46 LA GOBERNANZA, LAS ACTIVIDADES DE JURISTAS Y LA
DOGMÁTICA
Fernando Galindo .................................................................735
47 LA SENTENCIA JUDICIAL COMO UN ÁRBOL DE
RAZONAMIENTOS
Rafael Hernández Marín ..............................................................745
48 RAZONAMIENTO A PARTIR DE PRECEDENTES
Victoria Iturralde ..................................................................757
49 DOGMÁTICA JURÍDICA Y TEORÍA DE TEXTOS
Gregorio Robles Morchón .........................................................769
50 ¿PODEMOS ENSEÑAR METODOLOGÍA JURÍDICA?
Manuel J. Rodríguez Puerto .....................................................797
51 LOS ORÍGENES DEL TIPO EN LA CIENCIA JURÍDICA
José Antonio Seoane ..............................................................807
Presentación
PRESENTACIÓN

Alberto Montoro se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia en el año 1966 para impartir Derecho Natural y Filosofía del Derecho. La unidad académica, que entonces se denominaba Seminario de Derecho Público, agrupaba básicamente las mismas áreas que hoy forman el Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y Constitucional, es decir, el profesorado de Filosofía del Derecho y de Derecho Político y Constitucional. La ubicación del Departamento era la misma que la de hoy día, en la segunda planta de un antiguo convento de frailes mercedarios del siglo XVII, con un bello claustro, que ha sido no hace mucho restaurado. El lugar, dotado de una magnífica biblioteca y con un profesorado de primera línea, era y sigue siendo un centro ideal para el estudio y la convivencia académica. Este ambiente se ha conservado así a través de los años gracias a la presencia de los maestros que nos han precedido, entre los cuales se encuentra el hoy homenajeado.

El profesor Montoro ha desarrollado en este Departamento su larga y fecunda trayectoria académica durante 46 años, continuando todavía hoy con su labor docente e investigadora como profesor emérito. Durante este tiempo nos hemos ido incorporando nuevos profesores, que hemos podido aprender de sus amplios conocimientos como jurista, filósofo y hombre de letras, apreciar su capacidad de trabajo y su constancia, así como disfrutar de su amistad y de su trato afable, con un toque de seriedad propio de su carácter reflexivo.

Cuando le llegó la hora de la jubilación académica, en 2011, los profesores del Área decidimos hacer este homenaje al compañero y amigo que, por fortuna, sigue con nosotros realizando su tarea intelectual. Para un hombre que ha dedicado toda su vida al estudio, el mejor regalo que se le puede hacer es, sin duda, un libro, y esto es precisamente lo que hoy le ofrecemos como regalo y homenaje de jubilación al compañero Alberto Montoro.

Ante la llamada hecha a todos los colegas filósofos del derecho de España (pedimos disculpas por los errores inevitables en estas convocatorias), la respuesta fue muy satisfactoria, ya que un gran número de profesores se ofrecieron de inmediato a colaborar. Por ello, y debido a la dificultad de financiar una obra demasiado extensa, tuvimos que pedir que las contribuciones fuesen limitadas en su extensión (por lo cual pedimos también disculpas). Por otra parte, dada la amistad que muchos profesores de la Facultad de Derecho de Murcia profesan a Alberto, hemos invitado también a algunos de ellos, los más próximos por edad, a colaborar, lo que han hecho con mucho gusto y con aportaciones muy valiosas.
El resultado de estos llamamientos ha sido altamente gratificante. El libro que hoy presentamos como homenaje al profesor Alberto Montoro consta de unos cincuenta artículos. Estos ensayos ofrecen una panorámica extensa, pues participan profesores de muchas universidades españolas. Es también una panorámica variada, pues en ella están representadas tres generaciones: la de los maestros ya eméritos, la de los maestros actuales que están en su momento de madurez y la de los jóvenes que toman el relevo y renuevan cada día con ilusión y esfuerzo esta vieja y venerable disciplina que es la Filosofía del Derecho. Finalmente, esta es también una obra con una gran riqueza de temas y de contenido. Los trabajos son en general excelentes, pero además la temática es muy rica, como puede verse por el índice. Ello hace que el libro sea muy atractivo de leer y muy útil para informarse sobre los más variados temas de la disciplina iusfilosófica y de la ciencia jurídica española.

A la hora de organizar los artículos, dado que el profesor Montoro ha tratado casi todos los temas que ocupan a los filósofos del derecho, incluidos los temas sociales, políticos, morales, económicos, etc., hemos hecho cuatro bloques. Siguiendo el ensayo introductorio, que habla de la obra de Alberto Montoro, donde se identifican los cuatro grandes temas de la filosofía jurídica tal como él la concibe, hemos dispuesto también cuatro bloques: 1) La Historia del pensamiento jurídico y político. 2) Las teorías del derecho natural y los derechos humanos o, más brevemente, la axiología jurídica. 3) La teoría del derecho, que incluye la ontología jurídica y los conceptos jurídicos, junto a la cual hemos puesto también los artículos que tratan temas de dogmática jurídica. 4) Finalmente, la gnoseología, lógica y metodología jurídicas. Obviamente, algunos ensayos podrían haberse colocado en otro bloque diferente o en dos sitios a la vez. Pero ello no es óbice para poder disfrutar de su lectura.

En fin, creemos que este libro, además de ser un homenaje, aunque modesto, en reconocimiento de la labor filosófica de Alberto Montoro, puede ser también una buena muestra, aunque incompleta, de lo que es hoy la Filosofía del Derecho en España, de los profesores e investigadores que la cultivan, de la riqueza de sus temas y también del vigor que nuestra disciplina ostenta en estas primeras décadas del siglo XXI.

Por todo ello, queremos agradecer, en primer lugar, a Alberto Montoro por su dedicación vital a esta disciplina y por su importante contribución a ella; en segundo lugar, a todos los que han colaborado en este homenaje con sus aportaciones científicas, haciendo posible un libro tan valioso como este; y, en
fin, al Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, EDITUM, y a su director, Conrado Navalón, que desde el primer momento ha facilitado la publicación de la obra.

Murcia, julio de 2012

José López Hernández
Fernando Navarro Aznar
José Ramón Torres Ruiz
Alberto Montoro: noticia biográfica
ALBERTO MONTORO: NOTICIA BIOGRÁFICA

Alberto Montoro Ballesteros nació el día 1 de enero de 1941 en la ciudad cordobesa de Priego. Sus padres fueron D. Francisco Montoro del Pino y Dª Fuensanta Ballesteros Vilches.

Alberto hizo sus primeros estudios en la escuela pública de Priego y, tras realizar el examen de ingreso en el Instituto Aguilar y Eslava de Cabra (Córdoba), cursó todo el bachillerato como alumno libre en el citado instituto, el mismo centro en el que habían estudiado antes sus paisanos Niceto Alcalá Zamora y Francisco Candil. Sobre estos personajes y sobre la historia de Priego ha escrito Montoro, en colaboración con su hija Rosa María, un documentado estudio en el que se analiza la situación política española de la primera mitad del siglo XX y que tiene por objeto la biografía del profesor Candil, que fue Rector de la Universidad de Sevilla (véase la Bibliografía, 2012). Como alumno libre estudia en una academia privada y realiza luego los exámenes finales en el citado instituto. Los exámenes eran orales y en ellos se examinaba el alumno, en un solo día, de todas las asignaturas del curso correspondiente.

La academia de Priego en la que estudió A. Montoro hasta 6º de bachillerato y reválida, fue la denominada Studium, cuyo director era D. Julián León Benavente. Posteriormente dicho centro privado pasó a denominarse “Academia del Espíritu Santo”. Según palabras del propio Alberto, D. Julián, Maestro Nacional de profesión, era una persona muy inteligente y estudiosa, que supo encontrar tiempo para llevar la escuela con sus tres grados, dirigir la academia, atender a sus amigos, asistir a la tertulia y estudiar Farmacia como alumno libre, llegando a obtener el título de Licenciado en Farmacia, estableciendo su propia farmacia en Córdoba. El profesor encargado del latín y las letras era D. Manuel Mendoza Carreño, maestro nacional, que también fue un excelente Alcalde de Priego, llegó a ser Procurador en Cortes y al mismo tiempo era escritor y un magnífico conferenciante y orador político. Entre el profesorado de la citada academia destacó siempre por méritos propios D. José Cuadros González, recientemente fallecido, excelente matemático y pedagogo. Alberto realizó los estudios de Preuniversitario en el instituto de Cabra como alumno oficial y el examen de acceso a la universidad, en la Universidad de Sevilla.

En el curso 1959-1960 inició los estudios de Derecho en la Universidad de Granada, finalizando la Licenciatura en Derecho en 1964. En el examen de Grado obtuvo la calificación de sobresaliente. En sus años de estudiante participó en las actividades culturales del SEU.

Agradezco a A. Montoro la ayuda prestada para trazar estos datos biográficos y bibliográficos.
El hecho de haberse examinado oralmente durante todo el bachillerato, tipo de examen que A. Montoro prefirió siempre al escrito, le sirvió para aprender a expresarse con facilidad y perder el miedo a hablar en público, de modo que desde los estudios del bachillerato A. Montoro se habituó a cultivar una cierta “arte retórica”. Así, tenemos:

- El 7 de marzo de 1956, festividad de Santo Tomás de Aquino, la Academia del Espíritu Santo celebró un acto cultural y festivo en el cine Salón Victoria de Priego. En dicha celebración Montoro, por encargo de D. Julián, pronunció su primera conferencia en público, que versó sobre Santo Tomás de Aquino.

- En el instituto de Cabra los alumnos del curso preuniversitario tenían que realizar, como ejercicio obligatorio, la exposición oral de un tema libremente elegido por ellos. De acuerdo con esta línea educativa, Montoro, en enero de 1957, dio una conferencia en el citado instituto sobre “Los problemas y la necesidad de la reforma agraria en España”.

- En la Universidad de Granada existía, patrocinada y organizada por el SEU, la “Tribuna del Estudiante”, que permitía a los estudiantes que lo desearan ocupar la misma para desarrollar un tema y luego someterlo a debate. El lugar de dicha actividad era el Aula de Conferencias de la Facultad de Derecho. Montoro recuerda que la primera noticia que él tuvo de dicha institución fue al ver en el tablón de anuncios del SEU el anuncio de una conferencia titulada: “La pulga: mis experiencias personales”. A. Montoro, animado por sus amigos y compañeros, ocupó en varias ocasiones dicha tribuna, desarrollando temas filosófico-literarios y políticos. Su última conferencia en dicho lugar, apadrinada por los profesores D. Agustín de Asís Garrote (Catedrático de Derecho) y D. Jesús Cabo Torres (Catedrático de la Facultad de Farmacia) y que suscitó cierta expectación y recelos en las autoridades académicas y políticas, tuvo lugar en mayo de 1964, y versó sobre el tema “Dictadura y caudillaje”. La conferencia, inspirada básicamente en textos de Luis Sánchez Agesta y Max Weber (su ensayo El científico y el político) se desarrolló con total normalidad y tuvo un carácter eminentemente científico, no ideológico, que gustó mucho a los profesores de Asís Garrote, Cabo Torres y a toda la concurrencia en general.
A través de este proceso de aprendizaje retórico, A. Montoro adquirió seguridad en sí mismo y en la expresión y dominio de la palabra hablada, lo que le resultó de gran utilidad cuando alcanzó la condición de profesor universitario.

Alberto realizó el servicio militar en las milicias universitarias durante los veranos de 1963 y 1964, en Montejáque (Málaga), y las prácticas de las mismas, ya como Alférez de Complemento, en los veranos de 1965 y 1966 en La Coruña (Regimiento de Isabel la Católica).

En la Universidad de Granada la cátedra de Filosofía del Derecho la ocupaba entonces Agustín de Asís, quien seguía atentamente la carrera del joven estudiante. Como profesores adjuntos de la materia impartían clase F. Puy Muñoz y N. López Calera. Cuando Alberto obtuvo la Licenciatura, al no disponer el profesor Agustín de Asís de plazas vacantes en Granada, le procuró un encuentro con el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, a la sazón Comisario del Plan de Desarrollo, Laureano López Rodó, en su despacho de la Presidencia del Gobierno en Madrid. De este modo, en octubre de 1964 Montoro se trasladó a Madrid, donde comenzó su tesis doctoral y ocupó el cargo de profesor ayudante de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Complutense en los dos cursos siguientes, hasta 1966. En el mismo otoño de 1964 su maestro Agustín de Asís fue nombrado Delegado Nacional del Servicio Español del Profesorado y se trasladó a Madrid. Como al mismo tiempo se le encargó la dirección del Colegio Mayor Francisco Franco, el profesor de Asís llamó a Montoro para que colaborase con él, nombrándole Jefe de Estudios del citado Colegio, cargo que ejercería durante los dos años siguientes.

En enero de 1966 se convocaron oposiciones para cubrir sendas plazas de catedrático de Filosofía del Derecho en Santiago de Compostela y en Oviedo. Actuaba de Presidente del tribunal José Corts Grau, siendo vocales Mariano Puigdollers, Francisco Elías de Tejada, Joaquín Ruiz Jiménez, y secretario Mariano Hurtado Bautista. Las cátedras mencionadas fueron obtenidas por Francisco Puy Muñoz, la de Santiago, y por Nicolás López Calera, la de Oviedo. En aquella ocasión se produjo un acuerdo entre Elías de Tejada, Agustín de Asís y Mariano Hurtado para que Alberto se trasladase a Murcia a trabajar bajo la dirección del profesor Hurtado. Por esta razón, Montoro abandonó su tesis doctoral de Derecho Administrativo, sugerida por López Rodó, que versaba sobre el patrimonio del Estado. Dicha tesis se estaba realizando bajo la dirección de José Luis Villar Palasí, al estar López Rodó excedente de la Cátedra dada su condición de Ministro. Decidido a abrazar la filosofía jurídica como profesión e
ilusionado por esta perspectiva y por su traslado a Murcia, Alberto se compró y estudió el tratado de G. del Vecchio, junto con otros libros, como el manual de Legaz y Lacambra, la Teoría del Derecho de Bodenheimer, etc., mientras dedicaba los últimos meses del curso a conocer Madrid y a planificar su futuro.

Tras el último período de prácticas de la milicia universitaria en La Coruña y unas pequeñas vacaciones en Priego, Montoro se instaló en Murcia en octubre de 1966, ocupando el cargo de profesor adjunto interino de Derecho Natural y Filosofía del Derecho. Su lugar de residencia fue el Colegio Mayor Julio Ruiz de Alda. Al año siguiente hizo la oposición para Profesor Adjunto, con un tribunal compuesto por Mariano Hurtado, Rodrigo Fernández-Carvajal y Marino Barbero, obteniendo Montoro dicha plaza. La lección magistral que le tocó exponer versó sobre la objeción de conciencia, de donde habría de salir su primera publicación académica (véase la Bibliografía, 1968).

Tras varios años de trabajo intenso, el 25 de mayo de 1969 realizó la defensa de su tesis doctoral ante un tribunal presidido por el Rector de la Universidad de Murcia, Manuel Batlle Vázquez, y compuesto por los catedráticos F. Elías de Tejada, R. Fernández-Carvajal, A. de Asís Garrote y M. Hurtado. El tema de la tesis fue “La filosofía jurídico-política de D. Enrique Gil y Robles” y obtuvo la calificación de Sobresaliente cum laude; más tarde le concedieron también el premio extraordinario de Doctorado.

La noche antes de leer la tesis, Montoro se llevó un pequeño susto, pues Elías de Tejada le comunicó confidencialmente que su destino inmediato iba a ser el de Gobernador Civil de Gerona, cargo para el que ya había sido propuesto. Pero Alberto tenía vocación de investigador universitario y no de político, por lo que declinó firmemente la oferta ante su antiguo maestro Agustín de Asís, rogándole que lo dejasen fuera del juego político. Esta anécdota sirve para ilustrar cómo la verdadera y única vocación de nuestro personaje ha sido siempre la universidad y el estudio, en especial los temas de filosofía jurídica. Ese mismo verano, Montoro realizó una estancia de dos meses en Passau (Alemania), estudiando alemán con una beca de intercambio (DAAD) en el Goethe Institut. Entre las obras que había encontrado en la biblioteca del Colegio Mayor Ruiz de Alda estaba la Política Española de Fray Juan de Salazar, obra que se llevó a Alemania y leyó durante su estancia en Passau y a la cual le dedicó un extenso trabajo, que vería la luz en forma de libro en 1972.

Ya doctor en Derecho y como profesor adjunto, Alberto se decidió a formar una familia. El 10 de octubre de 1970, a la edad de 29 años, contrajo matrimonio
con la que sigue siendo su esposa, Rosa María Rueda Sánchez, de cuya unión han nacido dos hijas, Rosa María (1971) y Cristina (1974); ambas han elegido la profesión jurídica, en el ámbito investigador y docente (Rosa María), o en la práctica de la abogacía (María Cristina).


En la siguiente década siguió defendiendo ponencias en otros congresos de la disciplina: Simposio Internacional sobre “La actualidad de Kant en la Filosofía del Derecho” (Murcia, marzo 1985), Simposio internacional “Los comienzos filosóficos de Schelling” (Fundación Hans Seidel, Marbella, octubre 1985), Simposio Internacional sobre “Derechos económicos, sociales y culturales” (Murcia, abril 1987), II Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social sobre “Derechos Humanos, Derecho Natural y Justicia” (Universidad de Navarra, septiembre 1989), XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Oviedo, marzo 1990). No contamos aquí las conferencias y cursos en los que participó durante todos estos años.

En diciembre de 1985 obtuvo por oposición la segunda cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, ante un tribunal presidido por Mariano Hurtado Bautista, con Francisco Puy Muñoz como Secretario. Fueron vocales de dicho tribunal Luis García San Miguel, Andrés Ollero Tassara y Gilberto Gutiérrez López.
Anteriormente Montoro había disfrutado de algunas becas. En 1993 realizó uno de sus proyectos más meditados. Obtuvo una beca del Programa de Perfeccionamiento y Movilidad del Personal Investigador, de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica, para realizar en la Universidad de Heidelberg un trabajo de investigación sobre el tema “Actos contrarios al Derecho: supuestos ontológicos, naturaleza y tipología de los mismos”. Dicho trabajo lo llevó a cabo en la citada Universidad alemana durante el semestre de verano, de marzo a septiembre, de 1993. Antes de poder publicar los resultados, unos meses más tarde y a causa de un incendio producido el 9 de febrero de 1994 en la Facultad de Derecho de Murcia, Montoro perdió casi todo el material de dicha investigación, por lo cual obtuvo otra beca de movilidad, que le permitió volver a Heidelberg dos meses en otoño de 1994 a fin de reunir de nuevo la bibliografía. Este trabajo ha visto la luz solo parcialmente en un artículo sobre el delito político (2002), pero es posible que en un futuro no muy lejano pueda publicarse el conjunto de la investigación.

En la década de 1990 y en lo que llevamos del nuevo siglo Alberto Montoro ha seguido investigando, impartiendo docencia en Licenciatura y Doctorado, conferencias y cursos, y publicando su obra en libros y artículos, como se refleja en el anexo bibliográfico. Desde su primer nombramiento como profesor en la Universidad de Murcia en 1966, ha impartido las asignaturas de la Licenciatura en Derecho del antiguo plan de 1953 (Derecho Natural y Filosofía del Derecho), las asignaturas del Plan de 2001 (Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho) y finalmente estas mismas asignaturas del nuevo Plan de Estudios de Grado en Derecho. Ha impartido durante muchos años cursos de Doctorado, tanto en la Facultad de Derecho como alguno en la Facultad de Filosofía, tratando diversos temas, como: La protección de los derechos humanos, Los actos ilícitos, Fundamentos filosóficos de la responsabilidad jurídica, Justicia material, La doctrina del derecho subjetivo, Validez del derecho, Problemas actuales de Teoría y Metodología del Derecho, etc.

En septiembre de 2011, cuando por imperativo de edad se ha producido su jubilación, Alberto Montoro ha sido nombrado Profesor Emérito de la Universidad de Murcia y sigue ejerciendo, con igual dedicación y entrega, sus tareas investigadoras y su actividad docente.
Bibliografía
BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

2. Representación pública familiar y desarrollo político. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1975, 142 págs.
3. Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1979, 151 págs.
15. Ética y técnica en el Derecho. DM-Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2009, 141 págs.
| II. ARTÍCULOS |

--- 1972a: “Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídico en Karl Olivecrona”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 12, fasc. 1, Granada, pág. 65-106.


--- 1982: “Análisis estructural y conocimiento jurídico: (notas sobre la significación, las posibilidades y los límites del estructuralismo en el pensamiento jurídico)”, en Anales de Derecho, núm. 3, Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, págs. 7-60 [6].

--- 1983: “Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico: (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross)”, en Anales de Derecho, núm. 4, Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, págs. 19-98 [7].


--- 1984b: “Sobre el proceso de positivación de los derechos humanos”, en Persona y Derecho (Revista de Fundamentación de las Instituciones jurídicas y de Derechos Humanos), vol. 11, Universidad de Navarra, Pamplona, págs. 293-343.


--- 2002a: “En torno a la idea de delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios al Derecho)”, en Horizontes de la Filosofía del Derecho (Homenaje a Luis García San Miguel), Tomo 2, Universidad de Alcalá, págs. 269-294. [Ver también Anales de Derecho, 18, 2000, págs. 131-156].


Nota: El número entre corchetes se refiere al libro en el cual aparece también ese artículo.
III. TEXTOS INÉDITOS

1. Las ideas filosófico-jurídicas y políticas de Enrique Gil y Robles (Tesis Doctoral). Inédito, 572 págs.
2. Concepto, Método y Fuentes de la Filosofía del Derecho. Inédito, 3 volúmenes, 1.320 págs.
3. Del Orden feudal al Estado Constitucional. (Raíces históricas de la protección de los derechos humanos). Trabajo de habilitación para el concurso a la Cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, Murcia, 1985, 513 págs.
04

La Filosofía Jurídica de Alberto Montoro Ballesteros

José López Hernández
Universidad de Murcia
LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

En homenaje a Alberto, con profunda gratitud y sincera amistad.

1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SUS TEMAS

La obra publicada del profesor Alberto Montoro, como puede verse en el elenco bibliográfico anterior, se compone de 16 libros y más de 60 artículos en revistas y obras colectivas. Su obra inédita consta, como mínimo, de su tesis doctoral, los tres volúmenes de su Memoria para las oposiciones a Cátedra, su trabajo de habilitación para el concurso a la plaza de catedrático y otros escritos que seguramente verán la luz en los próximos años. Su obra publicada seguirá creciendo, ya que el profesor Montoro continúa su labor como catedrático Emérito y desarrollando su faceta de investigador.

Pero lo más destacable de su obra no es solo la cantidad, sino la amplitud y la calidad específica de sus trabajos dentro del campo iusfilosófico. Alberto Montoro es un filósofo del derecho en sentido estricto y ha cultivado prácticamente todos los temas de la disciplina con rigor y coherencia, siempre desde una perspectiva filosófico-jurídica.

La obra de Montoro se desarrolla a lo largo de un período de 45 años, desde 1967 hasta hoy. En este tiempo la filosofía del derecho en España ha pasado por varias fases, marcadas por el proceso de cambio político, económico, científico y cultural que ha experimentado nuestro país. Sin remontarnos más atrás en la historia, a partir de 1939, cuando se inicia el régimen de Franco, la filosofía del derecho en España estuvo dominada por el iusnaturalismo tomista y de la escolástica española, con alguna tímida apertura hacia corrientes más modernas, como la filosofía orteguiana, la filosofía de los valores y el institucionalismo. Legaz era durante esos años casi el único representante de la contemporaneidad europea dentro de nuestro país. Pero ya a partir de 1960 se produce una apertura mayor, con la incorporación de “planteamientos rigurosamente positivistas (Felipe González Vicén) y marxistas (Manuel Sacristán)”1.

1 M 1992c: 24. Véase, para más detalle, el estudio de B. Rivaya, *Una historia de la filosofía del derecho española del siglo XX*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 159 ss. Las citas de los artículos de Montoro se hacen con la letra “M” seguida del año de publicación, cuya referencia completa aparece en la lista de sus publicaciones (véase la *Bibliografía* en el artículo anterior). Los libros se citan la primera vez por su título completo y en lo sucesivo de forma abreviada como “op. cit.”.
Esta fase se prolonga hasta 1975, año en el que comienza la etapa de transición del franquismo a la democracia y en el cual todas las tendencias iusfilosóficas empiezan a desarrollarse. Una referencia clave es el número 15 de los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, de ese mismo año, dedicado a tratar el tema de “la filosofía del derecho en España”, en el que participan las dos generaciones, la anterior y la de los jóvenes, que van a marcar el curso de nuestra disciplina en las siguientes décadas; entre los miembros destacados de esta segunda generación figura Alberto Montoro.

En este momento se establecen tres tendencias, que perduran hasta hoy con pequeñas variaciones: 1) Por un lado están los que rechazan de plano el iusnaturalismo tradicional y el Derecho natural en su conjunto: la mayoría son iuspositivistas, filósofos analíticos y seguidores del realismo jurídico escandinavo. 2) Por otro lado están los que critican el iusnaturalismo tradicional y sostienen un iuspositivismo moderado, pero aceptando en alguna medida el Derecho natural, aunque fuese de contenido mínimo, y la teoría de los derechos humanos. 3) Finalmente, están los que defienden el iusnaturalismo tradicional (tomista), tratando de actualizar y modernizar dicha doctrina, armonizando el derecho natural con el derecho positivo. En este último grupo se ubica la obra y el pensamiento de A. Montoro.

El primer problema de la Filosofía del derecho es definir la naturaleza y funciones de la propia disciplina, lo cual varía en función de la concepción filosófica que se adopte. El segundo problema, más concreto y ligado con el anterior, es determinar cuál es su objeto de estudio: los grandes temas o contenidos de la disciplina. Según la opinión mayoritaria, hay tres ámbitos temáticos en la filosofía del derecho: la Ontología jurídica, la Epistemología jurídica y la Axiología jurídica, que incluye la idea de justicia y en su caso el derecho natural. Pero Montoro tiene su propio punto de vista sobre la naturaleza de la filosofía del derecho y sus temas. Esto nos va a servir de punto de partida para presentar una (por fuerza) breve y rápida panorámica de su pensamiento.

Para Montoro la filosofía del derecho, que adquiere esta denominación en el siglo XIX, es la continuación de la ciencia filosófica del Derecho natural, que tuvo su origen en el pensamiento grecorromano, alcanzó su madurez en el pensamiento cristiano medieval y evolucionó posteriormente, cambiando su

2 Rivaya, op. cit.: 199-200.
orientación hacia posiciones subjetivistas, en el seno de la filosofía moderna. Por eso él rechaza el planteamiento reduccionista que hizo el positivismo jurídico, al convertir la filosofía jurídica en una simple ciencia positiva que, bajo el nombre de Teoría general del derecho, estudia solo el aspecto formal y abstracto de lo jurídico y se limita solo al derecho positivo. En su lugar, nuestro autor propone la creación de una disciplina de carácter filosófico, la Teoría fundamental del derecho, que estudia las estructuras y formas esenciales del derecho y los conceptos jurídicos fundamentales, considerando tanto la forma como los contenidos del derecho e incluyendo en este estudio tanto el derecho natural como el derecho positivo. Pero dicha teoría fundamental sigue siendo todavía solo una parte, aunque la más importante, de la Filosofía del derecho.

Así pues, la Filosofía del derecho de hoy día, a pesar de sus peculiaridades, no rompe con el pasado, sino que es una continuación, profundamente renovada, de la antigua reflexión filosófica que realizaba la doctrina del Derecho natural. Desde este punto de vista, la Filosofía del derecho actual “tiene por objeto la comprensión radical, total, última, del fenómeno jurídico” y constituye una “Filosofía especial”, una Ontología jurídica, que estudia el derecho “en su plenitud ontológica (legitimidad, legalidad y eficacia)”. Esta ontología adopta el punto de vista de la “filosofía perenne” y se encuentra abierta a los métodos y conocimientos de otras partes de la filosofía y de la ciencia jurídica. El propio autor reconoce que, debido a la complejidad del derecho como realidad integral y al carácter práctico de su conocimiento, la temática de la filosofía del derecho es difusa y varía según los autores.

Antes hemos visto que hoy se ha llegado a un consenso sobre los tres grandes temas de la filosofía jurídica: Ontología, Epistemología, Axiología. Montoro difiere un poco de esta opinión. Para él, desde que volvió a surgir la filosofía jurídica tras la crisis del positivismo, hacia 1870, nuestra disciplina se ha planteado cuatro preguntas, que han dado lugar a otros tantos bloques temáticos: 1) ¿Qué es el derecho? 2) ¿Podemos conocer el derecho? 3) ¿Cómo se crea, conoce y aplica el derecho? 4) ¿Cuáles son las concepciones acerca del derecho?

---

3 M 1975b: 218 ss.
Las respuestas a estas preguntas conforman los tres grandes temas de la Filosofía jurídica, según Montoro: A) La Historia de la filosofía del derecho y del Estado responde a la 3ª pregunta: estudia las grandes concepciones del derecho elaboradas por filósofos y juristas a lo largo de la historia. B) La Ontología jurídica, que se divide en: B1) Doctrina del derecho natural u ontología ético-material. B2) Teoría fundamental del derecho u ontología lógico-formal. Ambas responden a la pregunta 1ª. C) Gnoseología jurídica, dividida en: Teoría del conocimiento jurídico, Lógica jurídica y Metodología jurídica. Estos temas responden a las preguntas 2ª y 3ª. La novedad de esta temática respecto a la que siguen la mayoría de los iusfilósofos contemporáneos es que la Historia de la filosofía jurídica aparece como un tema central y no meramente auxiliar y, sobre todo, que la llamada “Axiología” aparece aquí integrada dentro de la Ontología jurídica bajo el nombre de Derecho natural (este incluye los valores jurídicos y en especial la idea de justicia), compartiendo el espacio ontológico con la Teoría fundamental del derecho, que estudia específicamente el aspecto formal e interconecta los elementos formales con los contenidos materiales del Derecho natural.

La obra científica del profesor Montoro ha consistido fundamentalmente en el desarrollo de este programa de filosofía del derecho que él había concebido ya en sus primeros trabajos y del que da cuenta su artículo citado de los A.C.F.S. de 1975. Veamos sus aportaciones en cada una de estas áreas temáticas.

2. LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DEL ESTADO

En este campo hay dos tipos de aportaciones. Por un lado, una serie de estudios monográficos sobre autores españoles del ámbito político y jurídico. La tesis doctoral de A. Montoro trató sobre las ideas filosófico-jurídicas y políticas de Enrique Gil y Robles. Aunque esta tesis permanece inédita, tenemos dos muestras de su contenido en sendas publicaciones. En una de ellas7 se presenta la figura de E. Gil y Robles, catedrático de Derecho político de la Universidad de Salamanca, pensador tradicionalista que, sobre la base de la filosofía aristotélico-tomista y la Revelación cristiana, desarrolla una teoría católica del derecho. Sus tesis son la defensa del objetivismo ético y la distinción entre un derecho divino natural y un derecho natural adventicio, en oposición al iusnaturalismo liberal, individualista y revolucionario de la época moderna. Defiende un modelo de sociedad orgánica de raigambre aristotélica. Esto entronca con el segundo

7 M. 1971.
artículo\textsuperscript{8}, en el cual se analiza la idea de democracia del catedrático salmantino. En él se expone cómo Gil y Robles, de acuerdo con sus principios filosóficos cristianos, concibe la democracia como un principio de constitución ético-política de la sociedad, junto a otros principios, y no como un régimen político en el que el soberano es el pueblo, como defiende el pensamiento liberal\textsuperscript{9}.

En el siglo de oro español Montoro ha analizado las obras de dos autores políticos. Una es el Tractado de República de Alonso de Castrillo (1521), fraile trinitario que, aun simpatizando con el movimiento de los comuneros, que ese mismo año fueron derrotados en Villalar, plantea una teoría del Estado moderada, proponiendo una vía intermedia de armonización de los intereses del pueblo con la monarquía imperial. Castrillo era un humanista, como prueban sus citas de los clásicos y su concepción de la historia, tomada de los poetas antiguos (Ovidio), en la que se suceden etapas progresivamente decadentes, desde la edad dorada, pasando por la edad de plata, la edad de cobre y la edad de hierro. En esta última etapa es necesaria la política para organizar la sociedad bajo una monarquía electiva\textsuperscript{10}.

De signo un tanto diferente es el libro Política Española, del benedictino Fray Juan de Salazar, que Montoro analiza en una monografía escrita con el estilo claro y elegante que le caracteriza. El libro de Salazar se publicó en 1619, al inicio de la decadencia española, pero su autor no asumía aquella realidad y en cambio hace una apología de la Monarquía imperial hispánica como monarquía universal destinada a defender los ideales de la religión católica y de la justicia, siguiendo el modelo establecido por Campanella en su obra De Monarchia Hispanica\textsuperscript{11}. Juan de Salazar plantea una teoría del Estado moderno contrapuesta a la que entonces se estaba gestando a través de figuras como Maquiavelo y Bodino. Montoro analiza en este estudio la concepción de Salazar como una teoría del Estado propia del siglo XVI y principios del XVII en España, continuación de la política medieval, que contemplaba el mundo repartido entre dos grandes poderes, el Imperio y el Papado. Analiza las ideas

jurídico-políticas que articulan dicha concepción, como la unión de la sociedad en un cuerpo místico, el papel de los Consejos, la Administración de Justicia, la defensa, la teoría mixta del gobierno bajo el modelo monárquico, los fines de la monarquía en relación con la religión, el providencialismo como filosofía de la historia, concluyendo con algunas ideas sobre la pedagogía y la ética política y el concepto de hombre desfalleciente, de origen teológico, que Montoro habrá de utilizar en algunos de sus escritos posteriores.

Entre los estudios sobre juristas españoles hay que citar, finalmente, dos artículos dedicados a glosar la figura y el pensamiento de dos catedráticos que han sido amigos y colegas durante muchos años en el Departamento de la Facultad de Derecho de Murcia: Rodrigo Fernández-Carvajal y Mariano Hurtado Bautista.

Por otro lado, Montoro ha estudiado algunos autores y movimientos clave de la filosofía del derecho contemporánea, bien de manera monográfica, como ha hecho con el realismo jurídico escandinavo (Alf Ross y Olivecrona) o bien como parte del estudio de algunos temas importantes de la teoría del derecho. Por ejemplo, en su trabajo sobre el imperativismo (2008) se remonta a los supuestos históricos de esta corriente en los inicios de la Edad Moderna y luego analiza el pensamiento de Austin, Kelsen, Bergbohm, Jellinek, Roguin, etc. En sus estudios sobre el tecnicismo jurídico (2006b) analiza un gran número de autores, cuyo nombre omito por brevedad, pertenecientes a las más diversas corrientes y movimientos, a saber: el utilitarismo de Ihering, el marxismo, el fascismo, el normativismo kelseniano, el realismo nórdico, el funcionalismo y pragmatismo americano, Luhmann y la escuela del análisis económico del derecho. En su ensayo sobre el derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico estudia esta corriente y también vuelve sobre los realistas escandinavos. Al estudiar las raíces medievales de los derechos humanos (1990a) se sumerge en la historia jurídica y política de aquel período de la historia. También analiza la historia política y religiosa de la antigüedad, Roma y el pueblo judío, en sendos trabajos sobre el imperialismo romano (1992b) y el proceso de Jesús (2000).

---


13 Sobre esta última escuela véase también M 1999b.

14 Montoro, Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1983. Ver artículo del mismo año, M 1983.
Además de estas investigaciones específicas sobre autores o corrientes de la filosofía del derecho, todos sus trabajos están llenos de un conocimiento profundo de la historia de la filosofía jurídica y política, como muestran sus constantes referencias a los autores y doctrinas de todas las épocas.

| 3. LA ONTOLOGÍA JURÍDICA |

El segundo tema y el más importante de la Filosofía del derecho es la Ontología jurídica. El tema central de la reflexión filosófica es “la pregunta por el ser” —dice Montoro—. De la misma manera, el problema fundamental de la Filosofía jurídica es “la pregunta por el ser del Derecho, por la esencialidad del ser (essentialitas entis) del Derecho. Dicha pregunta hace que la Filosofía del Derecho se configure, ante todo, como ontología jurídica”\(^{15}\). Ahora bien, la concepción del derecho ha variado a lo largo de la historia, plasmándose en diversas concepciones ontológicas, según el espíritu de cada época. A grandes rasgos y siguiendo la división en etapas de la historia del saber hecha por A. Comte (teológica, metafísica y positiva), Montoro describe tres grandes líneas de desarrollo distintas dentro de la ontología: 1) La ontología jurídico-material, representada por la doctrina del Derecho Natural y por el iusnaturalismo, del que hay dos versiones principales: la cristiana medieval y la racionalista moderna. Es la época de la \textit{Iuris Naturalis Scientia}. 2) La ontología jurídico-formal, representada por el positivismo jurídico en sus diversos aspectos: científico, legalista, sociológico, etc., que se ha desarrollado bajo el nombre de Teoría general del derecho o el más genérico de \textit{Filosofía del derecho} positivo. 3) Frente a esas dos concepciones, Montoro hace su propia propuesta. En la época actual la Filosofía del derecho debe superar las etapas anteriores y sus desarrollos ontológicos unilaterales, para avanzar hacia una nueva concepción iusfilosófica: una “ontología integral del Derecho”, que consiste en una síntesis de las ontologías jurídico-material y jurídico-formal. Dicha síntesis se realiza por medio de una \textit{Teoría fundamental del derecho}\(^{16}\).

En trabajos anteriores Montoro había señalado las insuficiencias de la Teoría general del derecho, ya que dicha teoría no contemplaba el aspecto material del derecho, su esencia, fines y valores, o sea, la dimensión jurídica de la legitimidad\(^{17}\).

\(^{15}\) M 1999c: 283.

\(^{16}\) Ibid.: 297.

\(^{17}\) M 1975b: 227 ss.
En un ensayo más reciente hacía balance de una nueva disciplina, surgida en los años 70, la *Teoría del Derecho* (*Rechtstheorie*), la cual, a pesar de sus intentos, tampoco había conseguido superar adecuadamente las corrientes del iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Las críticas principales que le hace a la Teoría del Derecho son: que esta Teoría no tiene un objeto claro, no tiene un planteamiento sistemático, limita su estudio al análisis del lenguaje jurídico, dejando a un lado la cuestión axiológica y, en resumen, no es una verdadera ontología, pues no interconecta las dimensiones material y formal del ser del derecho.\(^\text{18}\)

Frente a esos planteamientos y siguiendo la estela de una larga serie de juristas, entre los que figuran Radbruch, García Máynez y Recaséns Siches, Alberto Montoro propone la construcción de una Teoría Fundamental del Derecho como alternativa iusfilosófica. Esta disciplina se integra en la Filosofía del Derecho, con el objetivo básico de elaborar una nueva ontología jurídica, cuyo objeto es “la comprensión, en una preceptiva totalizadora, del concepto del derecho y de los conceptos y formas jurídicos fundamentales”\(^\text{19}\). Esta disciplina contempla y conecta tanto el aspecto lógico-formal como el aspecto ético-material de los fenómenos jurídicos\(^\text{20}\). En ella se estudian tanto los contenidos del Derecho natural como la forma y estructura del derecho positivo, ya que no pueden existir el uno sin el otro. El estudio del Derecho natural –afirma– “requiere del concurso de una serie de categorías jurídicas –ley, norma, relación jurídica, sujeto de derecho, deber jurídico, derecho subjetivo, sanción, etc.–, cuyo estudio específico es tarea propia de la Teoría Fundamental del Derecho”\(^\text{21}\). Este programa es el que el profesor Montoro ha venido desarrollando de manera constante durante varias décadas de labor docente e investigadora. La exposición sistemática de dicha teoría se inició con el volumen I de su libro *Sistema de Teoría fundamental del Derecho* (1999). Sin embargo, la mayor parte de la misma está expuesta en algunos artículos y libros monográficos.

### 3.1. El Derecho Natural

La Teoría Fundamental del Derecho tiene como primer objeto de estudio la materia ética del derecho: los fines, los valores, la idea de justicia, la ley natural...

\(^{18}\) M 1999a: 286-288.

\(^{19}\) M 1975b: 239.

\(^{20}\) Ibid.: 240.

Todo esto ha sido objeto de la reflexión filosófica desde antiguo y se ha ido plasmando durante siglos en las diversas doctrinas del Derecho natural. Montoro ha desarrollado su concepción del Derecho natural en diversos trabajos y desde diversos puntos de vista, por lo que habremos de limitarnos a lo más significativo de su pensamiento en este campo.

En 1972 planteó las relaciones entre el trabajo y el derecho natural. La significación fundamental del trabajo reside en su relación con la naturaleza humana, de la cual nace su necesidad, así como el deber y el derecho al trabajo. Los rasgos esenciales del trabajo son: la humanidad, la dignidad, su dimensión creadora, su carácter instrumental y su penosidad, aunque este último rasgo es accidental. Todo ello hace que el trabajo sea un derecho fundamental de la persona y que su realización deba hacerse en unas condiciones humanamente dignas, de acuerdo con “las concretas realizaciones históricas de cada momento”, no de manera abstracta y absoluta22.

En otros dos artículos del año 1973 estudia Montoro los lazos del Derecho natural con dos ciencias jurídicas: la Sociología del Derecho y el Derecho comparado. Tras negar que la Sociología jurídica tenga el carácter de ciencia jurídica en sentido estricto, y menos aún que sea la ciencia principal del derecho, como sostenía E. Ehrlich, Montoro reconoce la utilidad metódica de esta disciplina para ayudar a conocer los aspectos materiales de la vida humana en el ámbito social y jurídico y, por consiguiente, para poder conocer los preceptos secundarios del Derecho natural, ya que la reflexión filosófica nos descubre los primeros principios, pero no los principios segundos y preceptos derivados (conclusiones remotas). En esta tarea la filosofía debe ser ayudada por las ciencias (antropología, historia, política, geografía humana) y una de las más necesarias es la Sociología jurídica23. En cuanto al Derecho comparado, tras estudiar su evolución y su estado actual, dirigido al estudio empírico de los distintos derechos nacionales y supranacionales para obtener principios útiles enfocados a las reformas legislativas, Montoro concluye diferenciándolo de la Filosofía del derecho por su objeto y por su método. Y añade: “El derecho natural constituye el tema fundamental de la filosofía jurídica en cuanto que nos proporciona un conocimiento radical y último del ser del derecho; en cuanto que investiga los principios últimos sobre los que se articula y en función de los cuales se ordena la vida social, así como los criterios radicales de justicia

22 M 1972b: 222.
que prestan contenido y validez al derecho. En cuanto tal, la teoría del derecho natural se constituye así en una auténtica ontología jurídica”\[24\].

En otros trabajos, A. Montoro estudia diversos aspectos de la doctrina iusnaturalista. El ensayo de 1984, que trata de la positivación de los derechos humanos, nos interesa especialmente porque en él plantea su posición acerca del iusnaturalismo y conecta el Derecho natural de la tradición con la doctrina actual de los derechos humanos. “Nuestra posición personal –afirma el profesor– trata de ser fiel a los supuestos y al cuerpo de doctrina del iusnaturalismo tradicional. Pensamos con Verdross que los derechos del hombre constituyen principios de derecho natural”\[25\]. En efecto, para la concepción positivista jurídica el derecho positivo es el único válido y no depende de ningún derecho natural, mientras que para el iusnaturalismo el ser humano posee unos derechos naturales, que son inherentes a su naturaleza, anteriores e independientes del derecho positivo, que este solo tiene que reconocer y proteger. En esto consiste precisamente el proceso de positivación. Así pues, Montoro sostiene una concepción del derecho basada en el iusnaturalismo tradicional, de raíz aristotélico-tomista\[26\], y en función de ello considera que la positivación de los derechos humanos es solo “la formulación y plasmación de dichos derechos –que son principios de derecho natural– en normas e instituciones jurídico-positivas, así como el ejercicio y disfrute de los mismos”\[27\]. Este proceso tiene dos momentos: la incorporación de los derechos humanos al ordenamiento jurídico por medio de normas positivas y la realización práctica de los mismos a través de las vías de protección que establece el propio ordenamiento.

El tema de la protección de los derechos humanos lo desarrolla Montoro en otros dos artículos, en uno de los cuales hace un estudio amplio y documentado sobre las raíces medievales de estos derechos\[28\] y en el otro estudia a fondo las garantías sociales, políticas y jurídicas (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) que ofrece el Estado de derecho para la protección efectiva de los mismos\[29\].

26 Ibid.
27 Ibid.: 300-301.
28 M 1990a.
29 M 1990b: 260 ss.
La exposición más completa del Derecho natural, como parte de su concepción ontológica del derecho, nos la ofrece Montoro en un largo ensayo que vio la luz en 1993, en el cual defiende la necesidad de restaurar la armonía, que ya se daba en el pensamiento clásico, entre la razón teórica y la razón práctica para poder volver a comprender hoy el fenómeno jurídico. Según Montoro, el conocimiento humano es plural y complejo, siendo sus dos principales instrumentos el razonamiento teórico o especulativo y el razonamiento práctico que dirige la acción humana, existiendo una armonía entre ambos. En este contexto surgió la doctrina del Derecho natural que, a partir del conocimiento de la naturaleza humana, formulaba los primeros principios del derecho y de ahí derivaba sus conclusiones y preceptos. Pero esta armonía del conocimiento se rompió con la revolución producida por la epistemología moderna, que dividió la razón en dos ámbitos separados por un abismo infranqueable, imposible de saltar a causa de la amenaza que suponía la llamada “falacia naturalista”. Con ello, el Derecho natural, que unía ambas orillas, la naturaleza humana y los preceptos ético-jurídicos, se vio desautorizado. Finalmente, en la pugna entre el racionalismo geométrico y el empirismo (Hume), se impuso este último, disolviéndose así la confianza en la razón práctica y abriéndose paso el voluntarismo y el positivismo jurídico. Montoro estudia la evolución de estas doctrinas en el campo del derecho hasta llegar a Kelsen. Finalmente, hace una propuesta de recuperación de la armonía de la razón, defendiendo la necesidad y posibilidad del Derecho natural en el marco teórico de la actual Filosofía del derecho.

El primer paso es superar el reduccionismo gnoseológico del pensamiento moderno, rechazando la pertinencia de la falacia naturalista, ya que la doctrina del iusnaturalismo tradicional no deduce el deber ser (los preceptos) del ser conocido empíricamente (los hechos). Pues lo que hace el iusnaturalismo es crear un concepto metafísico de la naturaleza humana, basado en datos de experiencia. Pero este concepto contiene una valoración racional de los rasgos que se consideran esenciales en dicha naturaleza, para proponer a partir de ahí una serie de principios y preceptos éticos. Así pues, entre el ser y el deber ser hay un puente, que es el valor. El razonamiento que se hace no es, pues, una deducción del “debe” a partir del “es”, sino un razonamiento que contiene premisas empíricas y premisas valorativas, a partir de las cuales es lícito obtener conclusiones normativas. En esta línea se han pronunciado diversos autores.

30 M 1993.
31 Ibid.: 235 ss.
32 Delgado Pinto, Muguerza, Höffe, Searle y Kalinowski, entre otros (ibid.: 239-246).
Además, estos razonamientos prácticos se realizan, no solo en la vida diaria de las personas, sino en todas las ciencias sociales, como la economía, la política, etc. Así pues, basándose en la estructura finalista de la acción humana, el Derecho natural se postula como posible y necesario.

El Derecho natural en la actualidad, según la reconstrucción del profesor Montoro, tiene los siguientes caracteres: 1) El objeto de la doctrina del Derecho natural ya no consiste en crear “un sistema o corpus de preceptos de carácter material, universales e inmutables”, sino en “conocer y formular razonablemente determinados principios y criterios materiales de justicia” que permitan resolver problemas iusfilosóficos fundamentales como la naturaleza y función del derecho, el deber ser jurídico, la obediencia al derecho, etc.33  2) Los supuestos en que se basa este derecho natural renovado son: a) las estructuras ónticas de la realidad, a saber, la naturaleza del ser humano con todas sus características y las estructuras ónticas del mundo en el que el hombre desarrolla su existencia (“naturaleza de la cosa”); b) la razón y la conciencia, como facultades que permiten al hombre establecer premisas valorativas y descriptivas, a fin de obtener las adecuadas conclusiones deónticas o preceptos; c) el método de conocimiento del derecho natural no puede ser ni empirista ni racionalista deductivo, sino un método de razonamiento práctico, que emplea recursos dialécticos y argumentos probables, siguiendo el criterio de la prudencia (phrónesis) y no el de la ciencia apodíctica (episteme)34.

En síntesis, el profesor Montoro se basa en el iusnaturalismo tradicional aristotélico-tomista, pero adaptándolo a las circunstancias actuales de la historia, la sociedad y las nuevas realidades jurídicas35.

3.2. La Teoría Fundamental del Derecho

En el pensamiento jurídico de Montoro la teoría del Derecho natural no está fuera de la Ontología jurídica, sino que forma parte de ella, aportando los

33 Ibid.: 252.
34 Ibid.: 260-263.
elementos ético-materiales que son necesarios para una correcta comprensión del derecho. A esos elementos hay que sumar los aspectos jurídico-formales, para llegar a obtener así un concepto completo del derecho. Por eso la Teoría fundamental del derecho, que trata de la ontología jurídica integral, incorpora la doctrina y conceptos del Derecho natural, junto con el análisis de las formas y estructura del derecho positivo.

Para llegar a una definición del concepto de derecho Montoro se sitúa en la perspectiva del orden social regido por normas, el orden jurídico. El derecho solo se puede comprender desde esta perspectiva, considerándolo como un sistema normativo, el ordenamiento jurídico, de cuya eficacia depende aquel orden social\(^{36}\). Para definir el derecho como sistema normativo tenemos tres enfoques diferentes:

A) El enfoque \textit{formal} del \textit{positivismo jurídico}: esta doctrina concibe el derecho como un instrumento de control social y por ello solo se ocupa de sus aspectos formales, como la imperatividad de las normas, su generalidad, su coercibilidad, su forma de producción o validez formal, etc. Pero este enfoque formalista deja fuera el aspecto esencial de la legitimidad, sin el cual el derecho podría confundirse fácilmente con cualquier otro conjunto de normas dirigidas a alcanzar fines injustos e incluso delictivos\(^{37}\).

B) El enfoque \textit{material} del \textit{iusnaturalismo}, “en su versión más radical”, según la cual el derecho y la ley jurídica solo son ley y derecho si coinciden plenamente con la justicia. Según Leibniz, Derecho y justicia son lo mismo y, por consiguiente, la expresión “Derecho injusto” es una contradicción\(^{38}\). La crítica a este enfoque consiste en señalar que el derecho positivo siempre tiene imperfecciones, que el derecho es plural y cambiante, mientras que la justicia es una idea y, como tal, inmutable, y además la justicia no es exclusiva del ámbito jurídico, pues es también una virtud moral. En resumen, no se puede definir el derecho solo por su equivalencia con la justicia.

---

\(^{36}\) El ordenamiento jurídico es el conjunto o sistema de normas jurídicas, mientras que el orden jurídico es el resultado de la eficacia de dicho ordenamiento jurídico (\textit{Sistema de Teoría fundamental del Derecho}, op. cit.: 39).


\(^{38}\) Ibid.: 62.
C) El enfoque mixto de la Teoría Fundamental del Derecho, que es la propuesta de A. Montoro, se basa en un iusnaturalismo moderado, según el cual el derecho tiende a realizar el ideal de la justicia, pero no lo puede realizar plenamente, porque como derecho positivo y obra humana que es, es imperfecto. Así pues, el derecho positivo injusto, si cumple los demás requisitos, es derecho, pero incluye un juicio de disvalor por el cual se plantea su eliminación y su sustitución por otro derecho positivo más justo. Desde esta perspectiva, la definición del derecho debe hacerse combinando los aspectos formales y materiales, las formas estructurales y los fines sustanciales. Los requisitos formales son: órganos y procedimientos (rasgos esenciales), justiciabilidad y coercibilidad (rasgos naturales). El requisito material básico es la justicia, en virtud de la cual el derecho posee validez (obligatoriedad) y coercibilidad.

Teniendo en cuenta estos criterios, el profesor Montoro propone la siguiente definición: “El Derecho consiste en un cuerpo o sistema de normas sociales institucionalizadas, de carácter preceptivo y generalmente justiciables y coercibles, que regulan la conducta externa de los miembros del grupo social, y que satisfaciendo determinadas exigencias de carácter técnico-formal (seguridad jurídica) y material (justicia y demás principios de legitimidad) tiene como finalidad perfeccionar técnica y éticamente un sector del orden de la vida social (orden jurídico), para procurar y asegurar a sus miembros el bienestar general (bien común)”.39

Por tanto, la Teoría fundamental del derecho crea una ontología jurídica integral, estudiando el derecho en todos sus aspectos, material y formal, incorporando así las aportaciones del Derecho natural por un lado y de la Ciencia jurídica y la Teoría general del derecho, por otro. El despliegue de esta concepción lo encontramos en otras publicaciones del profesor Montoro. El concepto integral de derecho, cuya definición hemos visto, se concreta de inmediato en la teoría tridimensional. Desde antiguo el derecho fue concebido como razón (Platón, Santo Tomás) y como voluntad (Ockham, Suárez, Hobbes). Hoy el derecho se concibe como fenómeno histórico-cultural y pluridimensional. En su análisis hallamos tres dimensiones o “momentos del proceso ontológico” que conforman todo fenómeno jurídico: A) La legitimidad: son los principios y valores, sobre todo la justicia, que otorgan validez filosófica y obligatoriedad al derecho. B) La positividad: es la normatividad positiva, la existencia del derecho como conjunto de normas vigentes o con validez dogmática. C) La eficacia: es la facticidad, el hecho

social en el que se realizan las dos dimensiones anteriores cuando se cumple o se aplica el derecho.

En resumen, el derecho, como fenómeno preceptivo, es “una realidad compleja en la que se conectan y se sintetizan lo ideal y lo real, el ‘deber ser’ y el ‘ser’, lo normativo y lo fáctico”40. De esta concepción del derecho como precepto, que integra todos sus aspectos y añáe el elemento racional con el volitivo, se deriva su función paidética, hoy casi olvidada en la teoría jurídica, pero sin la cual el derecho sería meramente un mecanismo de coacción ciega, al margen de los valores y fines que le otorgan su legitimidad41.

Más arriba hemos visto la concepción del Derecho natural que sostiene Montoro. Sabemos que el contenido principal del Derecho natural es el tema de la justicia, la cual es al mismo tiempo el fin principal del derecho. Ahora se trata de enunciar, casi enumerar solamente, los otros temas de los que trata la Teoría fundamental del derecho y que nuestro autor ha desarrollado en muchos de sus escritos. Como acabamos de decir, en el aspecto ético-material, el derecho tiene como fin principal la realización de la justicia y esta idea constituye la pieza clave y el fundamento de su legitimidad. En el aspecto jurídico-formal, el derecho tiene como objeto principal la seguridad y en esta idea reside lo esencial de la estructura y formas del derecho; de la seguridad jurídica dependen en gran medida la positividad y la eficacia del derecho. Así pues, las tres dimensiones se hallan interconectadas básicamente a través de estos dos grandes fines del derecho: sin justicia no hay seguridad jurídica y sin seguridad jurídica no es posible realizar la justicia. En conclusión, la justicia y la seguridad jurídica son “fines autónomos del Derecho”, pero al mismo tiempo “entre justicia y seguridad jurídica existe una vinculación esencial”42. No podemos exponer ni una mínima parte de las tesis del profesor Montoro sobre estos dos conceptos básicos de la filosofía jurídica, por lo cual remitimos al lector a sus principales publicaciones sobre estos temas. La justicia la desarrolla sobre todo en el capítulo III de su Sistema de TFD43. La seguridad jurídica la estudia en este mismo libro, capítulo IV, y en varios artículos44.

40 Ibid.: 85.
41 Ibid.: 104-125; véase también M 1992a.
42 Ibid. (Sistema de Teoría fundamental...): 246.
43 El tema de la justicia aparece en muchos de sus escritos, siempre que trata del derecho natural y del derecho según la teoría tridimensional. Véase también la relación entre aleatoriedad y justicia (M 2005a).
44 M 1998a (la seguridad jurídica en relación con la estructura de la norma jurídica); M 2001a (la seguridad jurídica y el ordenamiento jurídico).
Montoro ha estudiado con detalle prácticamente todos los temas y contenidos de la Teoría fundamental del derecho, completando así el amplio programa de filosofía jurídica concebido en un principio y cuyo núcleo central es la Ontología jurídica. Pero por razones de espacio solo podemos ofrecer aquí al lector algunos títulos con sus referencias bibliográficas correspondientes para que el lector interesado pueda acceder a ellos directamente. Estos son los temas estudiados: la teoría de la norma, su carácter general y abstracto\textsuperscript{45}; la teoría imperativista de la norma\textsuperscript{46}; la teoría de la norma como regla técnica\textsuperscript{47}; la teoría del ordenamiento o del sistema normativo\textsuperscript{48}; las fuentes del derecho\textsuperscript{49}; un análisis específico de la costumbre jurídica\textsuperscript{50}; el deber jurídico\textsuperscript{51}; el derecho subjetivo\textsuperscript{52}; la relación jurídica\textsuperscript{53}; el proceso judicial en relación con los conflictos y cambios sociales\textsuperscript{54}; los actos ilícitos y en especial el delito político\textsuperscript{55}; la objeción de conciencia\textsuperscript{56}, etc.

3.3. Derecho, moral y política

Aunque la Ontología jurídica trata del ser del derecho en su forma y en sus contenidos, hay algunos contenidos que se toman de otros ámbitos sociales, como el moral y el político. Montoro ha dedicado mucha atención a los problemas jurídicos que tienen que ver con estos dos sectores. Hemos citado algunas publicaciones en las que aborda temas y autores del pensamiento político y también cuestiones de filosofía moral, sobre todo en relación con el Derecho

\textsuperscript{45} M 1977b.
\textsuperscript{46} M 2008.
\textsuperscript{47} M 2005b, M 2005c, M 2006a, 2006b.
\textsuperscript{50} M 2001b.
\textsuperscript{51} M 1995a.
\textsuperscript{52} M 1983. \textit{Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico}, 1983.
\textsuperscript{53} M 1973-1974.
\textsuperscript{55} M 2002a.
\textsuperscript{56} M 1968.
Ahora vamos a resumir brevemente algunas de sus aportaciones sobre la relación derecho-moral y sobre el concepto político de democracia.

En un primer trabajo (1988) analiza las relaciones entre moral y derecho como sistemas normativos distintos que regulan a veces las mismas conductas. Desde un punto de vista *formal*, estas son las principales formas de relación: A) *Indiferenciación* entre derecho y moral, que es la relación que se daba en la ciudad antigua y más tarde, hasta nuestros días, en los regímenes teocráticos. B) *Distinción* entre ambos sistemas normativos, que se ha ido gestando históricamente, distinguiendo lo lícito de lo honesto, el derecho de las buenas costumbres, aunque el tronco común que une a ambos es siempre el tronco de la Ética, que une moral y derecho. C) *Implicación* del derecho en la moral, como postulaba el agustinismo político, que proponía la inclusión de todas las leyes jurídicas como parte de las normas morales. Implicación de la moral en el derecho, como hacen los Estados totalitarios, que someten todo el ámbito de la moral a la regulación jurídica del Estado. D) *Separación* completa del derecho y la moral, como propone el positivismo jurídico de manera teórica, contradiciendo la realidad histórica y la práctica observable en todas las épocas. Según esta posición, el derecho regularía solo la conducta externa y la moral regularía solo la conducta interna.

Montoro concluye su análisis argumentando que la cultura occidental ha considerado siempre que “Derecho y Moral son dos sistemas normativos diferenciados pero conectados entre sí (...) como ramas diferentes de un mismo tronco constituido por la Ética”.

También desde el punto de vista *material* ambos sistemas están conectados, pues regulan a veces los mismos contenidos y otras veces no, según los cambios políticos, culturales, etc., que sufren las sociedades en su decurso histórico. Finalmente, hay una serie de razones en favor de que la sociedad intervenga en cuestiones morales por medio del ordenamiento jurídico, así como existen unos límites a esta intervención. El derecho solo puede y debe regular aquellas cuestiones morales que representan un “mínimo ético” de salvaguarda de la sociedad y solo en conductas que afectan a otras personas. Sobre las funciones recíprocas que rigen entre la moral y el derecho se trata también en otro artículo.


59 Ibid.: 23.

60 M 1995b.
En cuanto a los conceptos políticos de alcance jurídico, uno de los que más han interesado al profesor Montoro ha sido el concepto de democracia. En 1979 vio la luz un libro que habría de tener mucho eco y generó algún debate en la comunidad iusfilosófica. Bajo el título *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho* abordaba Montoro el problema de la democracia en unos años en los que toda reflexión que no fuese directamente una apología de la democracia en sí, sin más matices, estaba condenada al fracaso. El libro se gestó como un proyecto de ponencia para un congreso de Filosofía jurídica que se celebraría en Salamanca en 1976 sobre el tema “Derecho y soberanía popular”. Por tanto, su elaboración se hizo en pleno proceso histórico de transición hacia la democracia en España.

La tesis principal defendida en el libro es que la democracia no es un régimen político puro, una forma de gobierno en sí misma, sino un principio constitutivo, junto con otros, de la estructura del Estado. Esta idea se sostiene en otra que ha desarrollado también el autor: la doctrina política del régimen mixto. Montoro afirma: “En el contexto de la doctrina del ‘régimen mixto’, la idea de democracia aparece relativizada y reducida a sus justos términos: la democracia no es ya una forma de gobierno, un tipo de régimen político, sino un principio orgánico de todo Estado bien constituido, en cuyo seno aparece limitado y complementado a su vez, dentro del proceso de la vida política, por los principios monárquico y aristocrático”\(^\text{61}\). De acuerdo con esta tesis, la democracia forma parte de todos los regímenes políticos legítimos y, por tanto, es un fundamento indispensable de la legitimidad del derecho. Las razones que avalan este principio son de diversos tipos: teológicas (dignidad de la persona, bien común), filosófico-jurídicas (igualdad y libertad de los individuos) y pragmáticas (eficacia del derecho y de la acción política)\(^\text{62}\).

Pero junto a las razones están también los límites dentro de los de que debe operar el principio democrático, a saber: A) Límites funcionales: la democracia es válida en el ámbito político, pero no vale para todo, y en otros ámbitos ni siquiera es operativa (por ej., en la actividad científica). B) Límites pragmáticos: la democracia, si se lleva al extremo, provoca inestabilidad política, a causa de las variaciones incesantes que se producen en la sociedad y su reflejo en las decisiones colectivas. C) Límites filosófico-jurídicos: los valores éticos y la idea de justicia no siempre coinciden con la expresión de la voluntad popular. La democracia legitima el derecho por su

---


\(^{62}\) Ibid.: 46-64.
52

orign, la elección de los gobernantes, pero no legitima el ejercicio del gobierno en todos sus actos ni en todas las leyes que emanan del mismo.\textsuperscript{63}

Así pues, Montoro concibe la democracia como un principio de la legitimidad del derecho, pero esta es solo una parte del fundamento de dicha legitimidad, ya que debe unirse a otros principios éticos, como la idea de justicia, para configurar esa dimensión esencial del ser del derecho. Esta tesis la desarrolla Montoro en un sentido más amplio y desde el punto de vista político en una publicación reciente, de la que extraemos las siguientes palabras: “La democracia en sí misma, en cuanto principio político, no es más que la parte de un todo que es el Estado y que sólo puede articularse constituyendo una especie de trípode cuyos tres puntos de apoyo son los constituidos por los principios monárquico, aristocrático y democrático”.\textsuperscript{64}

Como conclusión general a este apartado, la Teoría Fundamental del Derecho estudia el ser del derecho de manera integral; su objeto es la ontología jurídica. Por eso, la TFD es una disciplina propiamente iusfilosófica, en la cual se integran los contenidos del Derecho natural y los resultados de la investigación sobre las categorías y formas fundamentales del derecho positivo. Ambos elementos son estudiados e interconectados por la TFD, para así lograr un conocimiento de los fundamentos últimos del derecho y de su realidad esencial. “El resultado de ello –dice Montoro– es un mejor y más profundo conocimiento del derecho, al poner de relieve la correspondencia existente entre el ‘ser’ del derecho y los fines del mismo, de un lado, y su estructura y formas lógicas, de otro lado”.\textsuperscript{65} Por esta razón, la TFD integra también el estudio de las relaciones del derecho con otros ámbitos sociales, como la moral y la política.

| 4. GNSEOLOGÍA, LÓGICA Y METODOLOGÍA JURÍDICAS |

El tercer tema de la Filosofía del derecho es la Gnoseología jurídica, que se subdivide en tres apartados: Teoría del conocimiento jurídico, Lógica jurídica y Metodología jurídica.

La Teoría del conocimiento jurídico trata de la posibilidad de dicho conocimiento, las clases del mismo (científico, filosófico, técnico, prudencial), los diversos

\textsuperscript{63} Ibid.: 90: “La democracia, en principio, sólo legitima a quien manda, pero no lo que se manda”.

\textsuperscript{64} M 2012: 159.

\textsuperscript{65} Montoro, Aproximación al estudio de la Lógica jurídica, op. cit.: 26.
saberes jurídicos, sus condiciones, límites y procedimientos. Montoro asume el concepto realista clásico de la verdad como “adecuación, conformidad, ajuste o correspondencia de la inteligencia (de lo que se piensa o se dice) con la realidad”\textsuperscript{66}. Entre las clases de conocimiento la división más importante es la que se da entre el saber especulativo o teórico y el saber práctico, de donde derivan distintos saberes en el ámbito del derecho, como la ciencia jurídica, la filosofía jurídica, la técnica jurídica y la prudencia. Pero estos temas tienen mucho que ver con el método de conocimiento y por eso se desarrollan más ampliamente en el apartado de la Metodología jurídica. La mayor parte de la Teoría del conocimiento jurídico está dedicada al saber científico, que es el más importante, y por eso se configura como Epistemología o Teoría de la Ciencia jurídica, aunque no de manera exclusiva, pues también se ocupa de otros saberes, como el técnico, prudencial, etc.\textsuperscript{67}.

En un artículo de 1991, aparecido en el Libro Homenaje al profesor Francisco Puy, estudia Montoro la problemática de la Ciencia jurídica. En Roma, cuna de la Jurisprudencia, esta tenía las funciones de aconsejar (\textit{cavere}), responder (\textit{respondere}) y actuar (\textit{agere}). Este era un saber más técnico que científico en sentido propio. Ya en la época contemporánea (Kirchmann) se planteó un debate sobre si la Jurisprudencia es ciencia o no lo es o si puede serlo y de qué manera: como ciencia del espíritu, o como ciencia positiva lógica, sociológica, lingüística, etc.\textsuperscript{68}. Tras analizar y criticar las distintas posiciones, Montoro concluye con que es posible y necesario el conocimiento científico del derecho, siguiendo la línea de autores como Radbruch, del Vecchio, Recasëns y Larenz, entre otros. También sobre el objeto de la ciencia jurídica se han planteado distintas posiciones: normativista, realista y, finalmente, la solución sincrética, que recoge y concilia las posiciones anteriores. Teniendo en cuenta el carácter dual del derecho, que en su estructura reúne el aspecto material (la sociedad) y el aspecto formal (las normas), la ciencia jurídica tiene por objeto inmediato las normas y por objeto mediato el sector o los sectores de la sociedad que dichas normas regulan\textsuperscript{69}. Así pues, la ciencia jurídica tiene naturaleza normativa, porque su objeto de estudio son las normas jurídicas. Esta tarea la realiza sobre todo la Dogmática jurídica, pero hay otras ciencias que le ayudan en su tarea y componen el saber científico.

\textsuperscript{66} M 2004: 691.

\textsuperscript{67} Montoro, \textit{Aproximación al estudio...}, op. cit.: 30-31.

\textsuperscript{68} M 1991a: 99-104.

\textsuperscript{69} Ibid.: 126.
jurídico, tales como la Sociología jurídica, la Historia del derecho, el Derecho comparado, la Política Jurídica, a las cuales ha dedicado también el profesor Montoro algunas de sus investigaciones\textsuperscript{70}.

En segundo lugar dentro de la Gnoseología se sitúa la \textit{Lógica jurídica}, que trata del razonamiento jurídico o razonamiento aplicado al derecho. Montoro la considera como un tema de la Filosofía del derecho que “tiene por objeto el estudio del razonamiento jurídico, así como el de los principios, leyes, reglas y esquemas lógicos a los que se ajusta en su desarrollo dicho razonamiento”\textsuperscript{71}. Para utilizar la Lógica en el ámbito jurídico hay que remontarse a la distinción de Aristóteles entre tres tipos de razonamientos, que hoy recogen y aplican los teóricos en este campo (Perelman, Kalinowski): A) \textit{Analítica}: el razonamiento analítico o apodíctico procede por medios deductivos; de premisas verdaderas se obtiene una conclusión verdadera. B) \textit{Retórica}: es un tipo de razonamiento persuasivo, omite pasos en la deducción (entimema) y las premisas no tienen que ser verdaderas, solo probables y aptas para convencer a sus destinatarios. C) \textit{Dialéctica}: es un razonamiento intermedio entre el analítico y el retórico, pues parte de premisas probables, porque el tema sobre el que versan no admite certezas apodícticas (temas humanos, sociales), para poder llegar a conclusiones probables según la razón. Tanto la retórica como la dialéctica se apoyan en \textit{tópicos}, verdades comúnmente aceptadas, pero no absolutamente ciertas. Los tópicos no sirven como fundamento en los razonamientos apodícticos\textsuperscript{72}.

En los razonamientos sobre el derecho se utilizan los tres tipos mencionados: la deducción, la persuasión y el argumento probable. Pero, además, los juristas teóricos y prácticos utilizan desde hace siglos una gran variedad de argumentos que son exclusivos de la ciencia jurídica. Por eso, hay que distinguir, con Kalinowski, tres grandes clases de apartados dentro del razonamiento jurídico: A) El razonamiento jurídico lógico, que puede ser deductivo, inductivo, reductivo, analógico o estadístico, y que puede ser normativo o no normativo, según sus premisas contengan o no normas jurídicas. B) El razonamiento jurídico paralógico o retórico. C) El razonamiento jurídico extra-lógico, cuyos principios y reglas de argumentación son “puramente jurídicas (presunciones, ficciones,

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{70} Ibíd.: 129. Sobre estas otras ciencias jurídicas secundarias ya hemos citado anteriormente algunos trabajos. Añadimos aquí el artículo sobre Política jurídica (M1997).
\item \textsuperscript{71} Montoro, \textit{Aproximación al estudio...}, op. cit.: 37.
\item \textsuperscript{72} Los tópicos son “puntos de vista utilizables y aceptables universalmente” (ibíd.: 69).
\end{itemize}
prescripciones, etc.)". Montoro concluye este trabajo haciendo una referencia a la Lógica deontica y a sus avances recientes, seguida de una última reflexión sobre la dialéctica, la retórica y la tópica jurídicas.

El último apartado de la Gnoseología es la Metodología jurídica, que es “una prolongación y aplicación de la Lógica jurídica (...) a los procesos de creación, investigación científica y aplicación del derecho”74. Según sus ámbitos de aplicación, la Metodología tiene dos ramas:

A) Si se aplica al estudio teórico del derecho, es la Metodología de las Ciencias jurídicas y de la Filosofía jurídica. Sobre estos temas han tratado algunas investigaciones del profesor Montoro. Ha analizado y sometido a crítica la metodología del positivismo jurídico y del realismo jurídico escandinavo en sus autores más representativos75. Ha examinado a fondo la teoría del estructuralismo y la posibilidad de aplicación de su método al conocimiento científico y filosófico del derecho76. También ha estudiado los diversos métodos empleados en otras ciencias y doctrinas: la Sociología jurídica, la Política jurídica, el Derecho comparado, el iusnaturalismo, etc77.

B) Si se aplica en el ámbito del conocimiento práctico, la Metodología estudia la creación, interpretación y aplicación del derecho. En este campo Montoro sostiene la tesis del pluralismo metodológico. El método es solo un instrumento para conocer la verdad, por lo cual varía en función del objeto estudiado y la finalidad perseguida: en el conocimiento práctico, el fin es dirigir rectamente la conducta78. De acuerdo con ello, en el conocimiento jurídico práctico se utilizan los diversos tipos de

73 Ibid.: 101.
74 Ibid.: 28.
75 Véanse sus trabajos sobre Olivecrona (M 1972a), sobre Alf Ross (M 1975a) y el amplio estudio sobre el derecho subjetivo en estas corrientes de pensamiento (Montoro, Sobre la revisión crítica..., 1983, op. cit.).
76 Montoro, Análisis estructural y conocimiento jurídico, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1982.
77 Véanse, respectivamente, sus trabajos de 1973a (Sociología), 1997 (Política), y 1973c (iusnaturalismo y Derecho comparado). Sobre la Ciencia jurídica dogmática, véase el ensayo de 1991a (Homenaje al Prof. F. Puy), comentado más arriba (notas 68 ss.).
78 M 2004: 700-701.
razonamientos de la lógica, según sea el caso y la naturaleza del objeto estudiado (argumentos deductivos, dialécticos, retóricos y tópicos). Pero, por otro lado, la tradición jurídica ha creado y transmitido un método propio para el conocimiento práctico y la aplicación del derecho: el juicio prudencial. Este es un juicio específico de la razón práctica, que se desarrolla en dos momentos: el intelectual y el volitivo. En el primer momento (intelectual) se conocen los principios y normas (morales o jurídicas) que regulan la acción, la realidad concreta en que se actúa y los medios necesarios para alcanzar los fines; después se delibera y se valoran los fines y los medios. En el segundo momento (volitivo), guiado por la razón prudencial, se toma una decisión y se lleva a la práctica.

Después, Montoro analiza la importancia de este método en la práctica jurídica, ya que “la prudencia –dice– interviene decisivamente en las diferentes fases o momentos del proceso dinámico de la realización del Derecho y, concretamente, en la subsunción, en la interpretación y en la integración del ordenamiento jurídico”79. Pero la prudencia ha sufrido un declive y olvido en los últimos siglos a causa del dominio de las tendencias racionalistas, voluntaristas y positivistas, tanto en la moral como en la política y el derecho. Tras la segunda Guerra Mundial, se produjo la rehabilitación de la razón práctica, una de cuyas manifestaciones ha sido el desarrollo de la ética discursiva. Montoro somete a crítica esta corriente de pensamiento porque “implica una inversión total de lo que hasta ahora entendíamos por orden moral”, por su artificiosidad, su excesivo teoréricismo, su formalismo y el peligro de disolución de la conciencia individual en el marco del proceso comunicativo80. Por ello, propone una revisión del papel del discurso y del diálogo dentro del conocimiento práctico, reivindicando el retorno al juicio prudencial. Siguiendo a Ch. Taylor, para quien la ética tiene como supuestos lo bueno y la prudencia, Montoro propone dotar al discurso ético de unas premisas con contenido axiológico e integrar dicho discurso como un momento del juicio prudencial. De esta forma, la verdad práctica se obtiene como resultado del razonamiento guiado por la virtud de la prudencia. “De ahí que la reivindicación de la prudencia en el saber práctico (...) se presente como tarea urgente y necesaria ante las insuficiencias del saber científico y técnico para una ordenación total de la vida humana”81.

79 Ibid.: 720.
80 Ibid.: 740-744.
81 Ibid.: 751.
| 5. CONCLUSIÓN: UNA FILOSOFÍA JURÍDICA TRADICIONAL Y ACTUALIZADA |

En este recorrido apresurado hemos querido mostrar al lector la variedad, amplitud y rigor de la concepción iusfilosófica de Alberto Montoro. Aunque la exposición ha sido sucinta y a veces solo se han podido enumerar los temas, dejando incluso algunos de ellos en el olvido, desde esta perspectiva global es posible hacer una valoración del conjunto de su obra.

Lo que más destaca de la obra de Montoro y lo que define su pensamiento es, por un lado, la creación de un programa de filosofía del derecho propio, original, con sólidos fundamentos, basado en la tradición de la “filosofía perenne” y en lo mejor de la tradición jurídica española y europea; y, por otro, la elaboración constante, cuidada y rigurosa de casi todos los temas que hay previstos en dicho programa, desde el análisis de las doctrinas filosófico-jurídicas y políticas pertinentes para la teoría, pasando por los conceptos básicos de la ontología jurídica, tanto en su aspecto material (Derecho natural, justicia) como formal (estructura del derecho y conceptos jurídicos fundamentales), concluyendo con los temas de la ciencia jurídica, la lógica y la metodología de creación y aplicación del derecho.

Destaca sobre todo su tratamiento, desde un punto de vista filosófico, fundamental y general, de los grandes conceptos jurídicos: la norma, el sistema normativo, el orden jurídico, las fuentes del derecho, los fines del derecho, la justicia, la seguridad, el deber jurídico, el derecho subjetivo, la relación jurídica, la costumbre, el tecnicismo, la eficacia, la aleatoriedad, los actos ilícitos, etc. Todos estos conceptos los ha tratado con un estilo claro y elegante, con profundidad y con una intención sistemática, buscando encuadrarlos siempre en una teoría general y fundamental, como exige el planteamiento filosófico, que en este aspecto difiere del tratamiento parcial y unilateral que caracteriza a la ciencia.

Frente a la especialización excesiva y la desorientación que a veces se extiende por los ámbitos académicos, incluido el del derecho; frente al abandono de los temas tradicionales de la filosofía jurídica para buscar temas novedosos, y a veces peregrinos, de reflexión, y frente a la superficialidad que reina en una parte de las publicaciones actuales de nuestra disciplina, la obra de Alberto Montoro mantiene con nitidez las señas de identidad de la filosofía del derecho. Su obra desarrolla gran parte de los temas de la tradición iusfilosófica y lo hace con rigor y profundidad, actualizando muchos de sus planteamientos. Su pensamiento,
en fin, es claro, sistemático y bien fundamentado, tanto por la riqueza de su información como por la solidez de sus argumentos. Es una obra que enriquece al que la lee, independientemente de que sus tesis y puntos de vista sean, o no, totalmente compartidos.

Para los que hemos tenido durante años el privilegio de trabajar a su lado, compartiendo sus reflexiones y disfrutando de su amistad, la obra de Alberto Montoro resulta especialmente valiosa y constituye una fuente constante de estímulo intelectual.
HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO
Ellas no pueden gobernar: un problema histórico de razón pública

Luis Carlos Amezúa Amezúa
Universidad de Valladolid
ELLAS NO PUEDEN GOBERNAR: UN PROBLEMA HISTÓRICO DE RAZÓN PÚBLICA

| 1. INTRODUCCIÓN |

En demasiadas ocasiones presumimos las razones por las cuales se venía sosteniendo la incapacidad de las mujeres para gobernarse a sí mismas y para regir a los demás. Podrán parecernos infundadas, pero ciertamente fueron lo suficientemente poderosas como para fijar durante siglos en el imaginario colectivo la figura de la mujer como un ser debilitado y veleidoso, permanentemente necesitado de dirección y de cuidado. Configuran el acervo ideológico que nutre el ethos público colectivo.

Al respecto tuvieron importancia ciertas ideas bíblicas desarrolladas por la teología, la doctrina aristotélica de la generación humana -en la cual no interviene activamente la madre, sino que sólo aporta la materia-, acompañadas por la teoría médica galénico-hipocrática de los humores, y por otras consideraciones vulgares implicadas por una sociedad de estructura patriarcal y construida sobre la desigualdad y el privilegio.

Muchos escritores recogieron la variedad de tópicos y se dirigieron a educar a hombres y mujeres en el seguimiento de la moralidad cristiana dominante. Entre las más reputadas personalidades de la edad moderna hispánica hubo también un famoso intelectual, hoy apenas conocido, que recogió la variedad de tópicos acerca de la condición femenina aplicables al problema de la sucesión en el patrimonio familiar y, sobre todo, a la sucesión en la jefatura del Estado. Su recuerdo puede mostrarnos el compendio de valores que constituían aspectos de la moralidad pública.

| 2. UN CLÁSICO DE LA RAZÓN DE ESTADO |

Juan Márquez (Madrid, 1565 - Salamanca, 1621) fue un fraile agustino, catedrático de teología en la universidad salmantina y afamado predicador de Felipe III. No solamente escribió sobre cuestiones estrictamente teológicas, obra de carácter hagiográfico y religioso, sino un extenso tratado político o en materia de razón de estado, motivado por el requerimiento del Duque de Feria, embajador en Francia cuando España financiaba a los liguistas, para ayudar a los

---

hombres de acción a conciliar lo útil con lo honesto y aquietar los problemas de conciencia de los gobernantes.2

En 1612 se publicó la primera edición de esa obra, con el título de *El gobernador cristiano, deducido de las obras de Moisés y Josué*, que gozó de amplia repercusión entre las élites políticas e intelectuales, si nos guiamos por sus numerosas reimpresiones, su traducción a otras lenguas europeas3, y las referencias posteriores a ella, también utilizada como hontanar de argumentos o para saquear los abundantes textos de Bodino que contiene, tal como hizo Solórzano Pereira4. Esta obra sirvió de modelo a republicanos ingleses como Algernon Sidney o a los holandeses5, porque mostraba una manera original de analizar las cuestiones candentes de la política apelando a la historia sagrada, mediante el contraste con las tácticas de los grandes caudillos bíblicos que representan un modelo pseudohistórico. La ponderada doctrina del tiranicidio sirvió también a los fiscales madrileños para apoyar la acusación contra los asesinos del embajador Anthony Ascham (muerto el 6 de junio de 1650), enviado del Parlamento inglés para negociar una alianza con Felipe IV6.

Mantiene Márquez en ese tratado un eticismo novedoso por cuanto dialoga críticamente con Bodino; sin embargo no es sistemático en el tratamiento de los problemas, excesivamente encorsetado por la estructura interna de la obra en torno a las vidas de dos personajes bíblicos, lo cual le fuerza a utilizar argumentos exegéticos


al mismo nivel que los argumentos de razón. Se nutre de más de cuatro mil citas procedentes de trescientos autores antiguos y modernos, paganos y cristianos, que en muchas ocasiones sólo están para lucir su estilo, parecen de aluvión, sin beneficiar la sustancia de lo tratado. La finalidad persuasiva y propedéutica le diferencia de la aridez lógico-demostrativa de los escolásticos. La amplificación de las figuras retóricas, el exceso de autoridades citadas dificultan el acceso al contenido sustantivo de una obra que merecería hoy un estudio detenido y la edición crítica de que carecemos.

3. LA SUCESIÓN DE LAS MUJERES

Según creía Hinojosa⁷, el agustino Juan Márquez había sido el único en el reconocimiento del derecho de las mujeres a suceder no solamente en las herencias privadas sino en la más alta magistratura de la nación. No tendrían las mujeres ninguna incapacidad congénita debida a su condición que les impidiera reinar.

Eso mismo le había llamado la atención a Cánovas, quien elogiaba la independencia de criterio del fraile a pesar de que sus opiniones eran bastante más favorables a la potestad regia que las de los partidos liberales contemporáneos; pero, “en cambio se ve forzado a debatir sobre cuestiones que hoy nadie se atrevería siquiera a plantear.”⁸ Al político conservador le eran gratas las disquisiciones que hacía Márquez sobre el derecho de resistencia e interpretaba a su favor la moderación de la potestad tributaria del soberano a través del cumplimiento de acuerdos jurados, el respeto a una embrionaria división de poderes, o la admisión de la capacidad las mujeres para gobernar en una monarquía mixta y regida por leyes fundamentales. En la agitada España decimonónica para defender algunas limitaciones frente al absolutismo y evitar los dictieros de antipatriota y ateísmo, era más seguro presentar como precursores de las doctrinas templadas a escritores del pasado fuera de toda sospecha. Nada mejor que acudir a los teólogos del siglo de Oro, como también hizo Martínez Marina, y entre ellos a este “varón ilustrado, el cual aunque teólogo y fraile había llegado a reunir una caudal de erudición no vulgar en su tiempo, ni común a los de su profesión y estado”⁹.

---

⁷ HINOJOSA, E., Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo, Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1890, p. 113.


Aunque no es cierto que Márquez fuese el único en tratar si las mujeres podían reinar, ni siquiera que fuese tan templado. Admite la potestad regia de la mujer solamente en la medida en que fuera una costumbre aceptada. Es, pues, la aceptación comunitaria la que determina el estatus socio-político de la mujer y no hay todavía una proclamación rotunda de su capacidad para desempeñar funciones que requieren el ejercicio de potencias intelectuales y morales de índole superior.

Márquez introducirá un extenso apartado segundo en el Libro I, capítulo 31 de ese célebre tratado: “Si es justo excluir las hembras de la sucesión de las grandes casas, y señalandamente de los Reinos”10. Recoge los argumentos, como era corriente, mezclando tópicos escriturarios, literarios y jurídicos con un estilo retórico-persuasivo, pero en ningún caso místico. Sigue la estructura argumentativa que había desenvuelto Bodino en su République, aunque se aparta de sus conclusiones.

3.1. Argumentos contrarios a la sucesión de las mujeres

Recoge primeramente los argumentos que evidencian los inconvenientes de admitir la capacidad jurídica de las mujeres para suceder en la titularidad del patrimonio.

La sucesión de las hembras es infeliz porque la mujer es cabeza y fin de su familia, y devolviéndose a ella la casa acaba también la sucesión. El hijo desea más conservar la memoria del padre y para ello toma de él su apellido, no de la madre; la consecuencia es que en pocos años desaparece el apellido materno, de ahí que en todas las repúblicas se haya preferido los hijos varones a las hembras. La naturaleza dio a los varones la fuerza, la prudencia, las armas y la buena salud, pero la quitó a las mujeres. Las leyes civiles prohiben a las mujeres cargos y oficios públicos. La ley divina y natural quiere que la mujer esté sujeta al marido. Además, por costumbre de todas las naciones las mujeres tienen el pelo largo para prueba de modestia, obediencia y respeto al varón (en cuya señal la naturaleza les cubrió el rostro).

Pero Márquez concluye, en contra de Bodino, que “no es contra la ley natural o divina que el gobierno de los pueblos y la autoridad de vida y muerte sobre los vasallos, esté en manos de mujer”11.

10 Utilizamos la siguiente edición: MÁRQUEZ, J., El governador cristiano, deducido de las vidas de Moysen y Isoue, príncipes del pueblo de Dios, 5ª impresión, Gregorio Rodríguez, Madrid, 1652, pp. 190-195.

11 Ibid., p. 191. Con apoyo en AQUINO, Summa Theologiae, 2-2, q. 164, a. 2.
La explicación etiológica de las aflicciones terrenales se basaba entonces en la culpa original y el castigo divino por la desobediencia. Esto presupone atenerse a la textualidad del Génesis y la determinación de las penas a Adán y Eva: a la mujer se le impuso la doble pena de sufrir en la generación de hijos y en la vida doméstica fue castigada mediante la sujeción al marido. En lo doméstico, no en lo político. De ahí que para rebatir la existencia de una ley preceptiva Márquez acumule argumentos que sopesen ventajas e inconvenientes, y al hacer esto proporciona una información muy clara sobre las consideraciones que contribuyen a consolidar la opinión, al margen de la consistencia con presupuestos teóricos que no le interesaba desarrollar porque carecían de utilidad práctica para quienes desean extraer rápidamente una opinión sin demorarse en la reflexión profunda. Márquez escribe para ser entendido por un hombre de acción, un hombre culto o un político profesional, al que su libro sirva como prontuario para obtener soluciones: “para que no se quejen (como lo hacen los ministros de los Reyes, de que los teólogos los inducen a desesperación, por quererlos demasiado justos)” 12.

Distingue seguidamente, con Bodino, las diversas posibilidades, según la princesa heredera se case o quede sin marido.

Si no se casa perderá la sucesión, porque no tendrá descendencia; además, si el pueblo es brioso acaso menospreciará la “suma potestad” por estar en manos de mujer, con lo cual se incrementan los agravios, robos, homicidios y desórdenes.

Pero si se casa, lo hará con extranjero, o con vasallo. De contraer matrimonio con vasallo, la Casa real recibe deshonor (hemos de suponer que por emparentar con un inferior que es súbdito). Además suscitará celos y envidias en los iguales. Esto mismo acaeció en Escocia al casarse María Estuardo, que se produjeron tosígos y muertes violentas. De ahí el riesgo cierto de alteraciones y discordias en el Reino, que serán fomentadas por los envidiosos y los que esperen medrar con los desórdenes.

La otra posibilidad es que el consorte sea extranjero, pero entonces quebrará la lealtad de los súbditos. Nuevamente está en riesgo la paz social, porque los otros principes estarán celosos y en guerras por ver quien llevará a la Reina. En este argumento hemos de ver la importancia geoestratégica de la alianza, cuando se concibe la monarquía como forma misma del estado y cuando los países mantienen relaciones de confrontación y pretenden imponer unilateralmente su voluntad.

12 Eso escribía Márquez en su epístola inicial “Al lector”. 
La conclusión general, en ambos casos, es que la mujer siempre mirará al varón como hombre que vino a medrar, de manera que surgirán otras discordias en el matrimonio. Podemos entender esta prevención del autor como reflejo del prejuicio social extendido: la convicción generalizada de que el marido es un advenedizo aprovechado repercute en la familia o linaje real y será despreciado por la reina y su familia. Esto nos revela un contrato matrimonial basado en la razón de Estado, pero no tan indiferente a los afectos personales como podría suponerse de la ausencia total de romanticismo en la institución matrimonial. Las consecuencias sociales, de producirse lo que aventura el agustino, son temibles: cundirá el mal ejemplo y con ello la descomposición de las instituciones básicas, el gobierno y las familias. Según dice, ninguna mujer obedecerá a su marido si ven que la reina desprecia al suyo. Márquez expone esta amenaza como una realidad indefectible, pues nada aduce que nos haga sospechar lo contrario.

Esto supondría la disolución del entramado social. Ahora bien, mientras Bodino había erigido su república sobre el cimiento de las familias, el teólogo español no confiere a éstas la capacidad de estructurar la sociedad. Apoya la permanencia de los grandes patrimonios y la redistribución de posiciones de poder entre aristocracia y monarquía, a la par que desconfía en general del poder patriarcal en las familias13. No deja de ser una secuela del giro pesimista sobre la naturaleza humana, “por lo menos en la gente plebeya”, a la que concibe como seres maliciados desbordados de afectos irracionalmente, los cuales habrán de ser necesariamente refrenados y ordenados por la intervención de los mejores14.


14 MÁRQUEZ, op. cit., lib. 1, cap. 24, § 3 (pp. 145-146): “cuán peligroso y errado gobierno es el del estado popular (que como dijo Diónon Cristóstomo) jamás supo dar orejas a razones desapasionadas, ni dejó de moverse por extremos, inclinando a uno o a otro lado con demasiado, ya vencido de indignos temores, ya engreído con locas confianzas. Nace este mal de vivir la plebe menuda demasiado atada a los sentidos, que es la raíz de cualquier pernicioso consejo, porque no alcanzando más con el entendimiento que con los ojos, no se puede obviar a los daños futuros. Y que el pueblo de ordinario se mueve por lo presente, (...) Fuera de que es imposible que bestia de tantas cabezas, y monstruo compuesto de tan gran variedad de animales, resuelva cosa acertada, sino casualmente: porque no puede haber un cierto fin que agrade a todos los miembros, ni una razón firme de estado, en que convengan tan diferentes juicios, mayormente acostumbrados a elegir por antojos privados”; lib. 2, cap. 26, § 2 (p. 314): “la gente carnal, cual es comúnmente la del pueblo menudo, tiene en menos los misterios de la religión, cuando los ven celebrar con falta de aparato”; lib. 1, pr. (p. 2): el ser humano es “vario y mudable en los antojos, doblado y fingido en las palabras”; lib. 1, cap. 4, § 2 (pp. 21-22): “siempre los hombres fueron los mismos, y el que revolviere con diligencia las historias antiguas, allí hallará todas las novedades de sus tiempos (...) Lo cual no solo procede en las sagradas (...) sino también en las profanas, donde hallamos las cautelas de diferentes naciones, guerras movidas por ambiciones de Príncipes, pérdidas de Estados, adulaciones de enemigos, tóisgos, alevosías, venganzas disimuladas, mudanzas y disminuciones de Reinos”.

67
Bodino rechazaba el gobierno exclusivo de una reina. Si la mujer no se casara el Reino vendría a la pura gineocracia, lo que para el francés sería contrario a la ley buena y natural que manda sujetar la mujer al marido no sólo en los Reinos sino en la familia. Y si la princesa heredera se casa, como está obligada a gobernar sus estados, tendría el marido que seguirla, y no a la inversa; lo cual contraviene al derecho de gentes, según opinan comúnmente teólogos y juristas. Para Bodino la ley sálica que impide reinar a las mujeres es la solución conveniente a la previsible pérdida de independencia de un Estado.

### 3.2. Argumentos favorables a la sucesión de las mujeres

Los argumentos a favor de la sucesión femenina se asientan fundamentalmente en un texto bíblico, que contiene la ley divina positiva aprobando la sucesión de las hijas. Y en la equidad y justicia natural, confirmada a través de la evidencia del amor ardiente y deseo general de todos los padres, que es atesorar para sus hijas e hijas (al menos, ellas son preferidas a los parientes transversales). Si las hijas no pudieran heredar en defecto de hermanos varones, se perdería el lustre de la casa. En consecuencia, el Derecho considera odiosa la exclusión de las mujeres. Esto lo reconocen otros autores y lo prueba la experiencia. Así que por derecho divino, natural y de gentes ha de preferirse que sucedan las mujeres a la opinión contraria.

### 4. LA TESIS DE JUAN MÁRQUEZ

Planteados los argumentos favorables y contrarios, a continuación tiene que diferenciar la sucesión de los reinos y estados que llevan anejo el poder supremo de la sucesión ordinaria en las demás casas.

---

15 BODINO, Les six Livres de la République, lib. 6, cap. 5, pp. 1001-13 (Jacques du Puis, París, 1583; reimpresión Scientia Verlag, Aalen, 1977); Id, Methodus ad facilem historiarum cognitionem, cap. 6.

16 MÁRQUEZ, op. cit., lib. 1, cap. 31, § 1 (pp. 188 ss.) reproduce la demanda de las hijas de Salfad (=Selojjad), que está en el Antiguo Testamento (Nm 27, 1-11). Cuando un israelita muere sin dejar hijos varones, pueden heredar las hijas, con el fin de que la herencia no pase a otra familia y a otra tribu. Así se evita que unas pocas tribus concentren toda la propiedad. Además en Nm 36, 2-12: las hijas debían casarse con un hombre de su propia tribu (tribu paterna).

17 Mezcla referencias legislativas castellanas (Partidas 2, 15, 2), ejemplos escriturarios de la Reina de Saba (1 Re 10), la historia antigua de Inglaterra, Etiopía, Escocia, Hungría, Polonia, Noruega, Suecia y aun alude a las amazonas, apoyándose en Tácito, Plinio o Estrabón. Cita al jurisconsulto Luis de Molina (De primogeniorum hispanorum origine, ac natura, lib. 3, cap. 4) y al teólogo jesuita del mismo nombre (De iustitia et iure, tr. 2, disp. 625).
En las casas ordinarias, quienes se oponen a la sucesión de las hijas alegan como argumento principal la conservación de la familia. La unidad del patrimonio se perdería al entrar en posesión de la mujer.

Márquez muestra que esa principal razón es, no obstante, menos poderosa que la contraria, nacida de la equidad natural: también por línea femenina se conserva la sucesión del padre, pues se puede casar la hija dentro de su linaje18.

Es consciente de la reducción de la libertad de los contrayentes, pero da preferencia al superior valor de la casa, esto es, de la conservación y aumento del patrimonio y engrandecimiento del linaje. Recuerda además que esta restricción de la libertad personal se circunscribe solamente para las hijas que, a falta de hijos varones, heredaban toda la hacienda de los padres, porque las que solo obtenían la dote podían tomar marido donde quisieran.

Problema más serio es la sucesión de Reinos. No obstante, afirma que Bodino se equivoca al creer que la pura Ginecocracia contraviene la ley natural (declarada en el capítulo 2 del libro del Génesis) porque ahí sólo se manda que la mujer esté sujeta al varón en el hogar; y esto mismo ordenó San Pablo en la primera carta a Timoteo: “no consiento que la mujer enseñe ni domine al marido”19.

Pero como en los reinos se hereda la suprema potestad sobre vida y muerte, la autoridad para hacer y revocar leyes, señalar jueces, defender el Reino con armas en mano, mandar, vendar y establecer sin recurso a otro superior, cosas todas que las mujeres no pueden dar ni mediano expediente sin hacer más confianza de los ministros de la que fuere menester “me parece que pudieron ser excluidas”, si bien “sería temeridad reprender la costumbre”. Además tiene su utilidad, pues con los casamientos también se amplían los reinos. El agustino no deja de añadir los casos de grandes reinas que narran Tácito y otros historiadores, más el obvio ejemplo de la reina Isabel I de Castilla20.

---

18 Con ejemplo del Antiguo Testamento (Jueces 11, 34-40). MÁRQUEZ, op. cit, p. 194.

19 1 Tim 2, 8-15. Sumisión, silencio y modestia, son las virtudes de las mujeres que propone ese mandato del apóstol. El feminismo localiza ahí una síntesis del oprobio contra las mujeres, pero hay más textos: 1 Cor 11-16; Ef 5, 21-24; Col 3, 18.

20 El traductor de la République de Bodino, Gaspar de Añastro, añadió una loa a Isabel la Católica como una mujer excepcional e irrepetible, porque expulsó a los judíos, creó la Hermandad, ganó los reinos de Granada, Navarra y Nápoles, conquistó las Indias, etc. (Los seis libros de la República, 1590, edición y estudio preliminar por J. L. Bermejo Cabrero. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, t. 2, p. 1125).
Pero hay que advertir lo obvio: son casos excepcionales, no representan una condición de la mujer normalizada. No mejoran la consideración de las mujeres ni siquiera excluyen de sospecha a cualquiera de las reinas que no respondan al ideal.

5. LUGARES COMUNES, SOCIEDAD ESTAMENTAL Y MISOGINIA

Entre los escritores modernos en materia política Márquez es probablemente el más ilustrativo acerca de las opiniones de la época. No hace de moralista que educa a la mujer, como Fray Luis en La perfecta casada. Se dirige al hombre laico culto y le dice lo que era de interés en las altas esferas. Hoy no parecen opiniones demasiado sofisticadas. Bastaba que reforzasen las creencias asentadas, que eran reiteradas desde diferentes campos del saber.

El mismo reconocimiento de la capacidad de las mujeres para gobernar lo encontramos desenvuelto, por ejemplo, en Gregorio López Madera, en Mariana o en Saavedra21, con menor extensión que en Márquez, pero tampoco era excepcional que se admitiera a las mujeres como titulares efectivas de la soberanía, pues también lo hacen teólogos dogmáticos como Gabriel Vázquez o Francisco Suárez. Pero Márquez compendia lugares comunes, argumentos tópicos, convicciones y mentalidades. En esto procede como un cronista de ideas y suministra opiniones sencillas que pueden ser fácilmente utilizadas a favor o en contra de una decisión.

La sumisión de la mujer parece funcional para consolidar el mayorazgo. Importa destacar ahora cómo amparándose en el reconocimiento de la primogenitura y la existencia de la institución del mayorazgo, se nos abre la vía para reconocer la propiedad como un derecho sometido a intervención pública. En la edad moderna las más importantes propiedades estaban vinculadas y amortizadas en manos del monarca, grandes señores, la Iglesia y las ciudades. El mayorazgo preservaba la unidad patrimonial y el engrandecimiento de los bienes de las familias aristocráticas. En una sociedad estamental profundamente desigualitaria y de privilegios, eran las grandes casas las que contribuían -según coinciden en explicar los escritores- a los servicios públicos, a sostener la guerra y defender el orden interno. El mayorazgo beneficiaba a las élites. Los escritores lo consideran una institución natural y divina. Pero incluso quienes rechazaban su carácter natural porque hacía improductivos a

21 LÓPEZ MADERA, G., Excelencias de la Monarquía y Reino de España, 1597, cap. 4, § 2; MARIANA, J., 1599, De rege et regis institutione, lib. 1, cap. 3 in fine; SAAVEDRA FAJARDO, D., Introducciones a la política y razón de estado del Rey católico don Fernando, 1631, lib. 2, cap. 7.
los bienes inmuebles y fomentaba el absentismo o la ociosidad del titular, justificaban su mantenimiento por las ventajas superiores para el bien común.

Márquez también rechazaba la igualación de bienes entre los ciudadanos, pues según él destruiría la república. Este discurso reaccionario consolida la situación existente, como si fuera mandato divino la concentración de grandes propiedades en las casas ilustres, a las cuales considera el pilar del Estado en que estriba la majestad de los reyes. Volverá a mostrar su compromiso aristocratizante al defender la supresión de las dotes y el control por las familias nobiliarias del matrimonio de sus hijas, todo ello, como es obvio, con el fin de mantener el patrimonio familiar.

No se trata, pues, de una cuestión primordialmente personal, que dependa de las características psicológicas o físicas de uno u otro hombre o mujer. Es una cuestión social, que utiliza ciertamente unos prejuicios asentados y apoyados en los conocimientos científicos o pseudocientíficos, en la medicina, en la teología, en el derecho, reforzando la situación de la mujer y a la vez la exclusión social. De ello no se infiere tampoco que pueda excluirse el prejuicio patriarcal, pues la estructura social y el ideario machista se refuerzan mutuamente. Tenemos de sobra ejemplos de desprecio e insulso a las mujeres, como para no descartar la responsabilidad de los intelectuales en la perpetuación del menosprecio y la injusticia. Las estructuras socio-económicas no son fenómenos ineluctables. Las ideas cuentan. Por seguir con otra muestra del mismo Márquez: suprimir las dotes pretendía evitar la ruina de las familias y acabar con pleitos por herencias; pero también era un medio de atar la honestidad de las jóvenes viudas, que sin dote no tendrían más remedio que volver a casarse.

---

22 Era el caso de SOTO, D., De iustitia et iure, lib. 4, q. 5, art. 1 (versión de M. González Ordóñez, IEP, Madrid, 1968, vol. 2, p. 310): “no piensen los magnates que los mayorazgos han sido establecidos en beneficio suyo, es decir, para que su descendencia se conserve, sino piensen que han sido instituidos para el bien de la nación”.


25 MÁRQUEZ, op. cit., lib. 2, cap. 31, § 4, pp. 338-339: “Finalmente por este camino se conservará la honestidad, y recogimiento de las viudas; porque hay muchas, que hallándose con hacienda, y no se atreviendo a todo lo que desearan, por temor de que un preñado las descubra, tomando por medio casar con maridos tan pobres, que no les sirvan más que hacer sombra a sus placeres (...) Y este daño cesará de todo punto, desterrando las dotes de las Repúblicas; porque viudas de poca edad procurarán conservar sin mancilla su opinión, como de quien dependiera todo su remedio, y cuando se descuidaran en algo, no lo pudieran llevar tan adelante, faltándoles el medio del hacienda, y habiendo de casar de necesidad con maridos que fueran señores de su casa”.

71
No necesitaba Juan Márquez esforzarse demasiado en encontrar argumentos racionales, le bastaba con recoger las fuentes tradicionalmente reiteradas. No han desaparecido de una vez. Seguimos hoy encontrando variaciones contemporáneas del menosprecio a la condición de la mujer, tanto desde actitudes de hecho que no se reconocen explícitamente como desde ideologías que reproducen especularmente el disvalor entre los sexos, la discriminación o la reducción de las relaciones eróticas a pura dominación. La antropóloga Sherry Ortner explicó la existencia de una dominación masculina casi universal como resultado de una compleja interacción de factores fisiológicos, disposiciones funcionales y dinámicas de poder. También observó que una concepción cultural distinta solo puede surgir de una realidad social diferente, y viceversa. Los cambios sociales y el discurso cultural se coimplican. Algún conocimiento de la historia con el acceso directo a las fuentes puede enseñarnos la operatividad de lugares comunes reiterados como si fueran ideas innatas y hechos naturales, como si la evidencia de que algo es de una manera pudiera justificar que deba seguir siéndolo.

---

La crisis de 2007 y la postmodernidad decadente

Jesús Ballesteros
Universitat de Valencia
LA CRISIS DE 2007 Y LA POSTMODERNIDAD DECADENTE ¹

El fenómeno de la globalización se caracteriza por una mayor comunicación entre las personas y los pueblos. Dentro de este fenómeno es posible diferenciar dos aspectos: uno esencialmente tecnológico, las nuevas tecnologías de información, y de modo especialmente notable, internet. Este aspecto, aunque como todo avance tecnológico es ambivalente, puede considerarse fundamentalmente positivo debido a su capacidad de poner en contacto a las personas, aunque sea de modo virtual, y de darles poder para luchar contra las dictaduras.

El otro aspecto es esencialmente económico, y tiene que ver con la hegemonía total del capital, de los mercados financieros. Ello es consecuencia de su desregulación y su libertad de movimientos incomparablemente mayor que la que se da con las personas y con las mercancías.

Aquí vamos a ocuparnos exclusivamente de este segundo aspecto, pero analizando precisamente sus presupuestos culturales.

I. GLOBALIZACIÓN ECONOMICA Y POSTMODERNIDAD DECADENTE

Hay bastante consenso en afirmar que la globalización económica comienza en 1975 en la Conferencia de Rambouillet ² con el establecimiento de la libre circulación de capitales. Esto implicaba abandonar el principio establecido en la Conferencia de Bretton Woods, que prohibía tal circulación para evitar la especulación. Existe también acuerdo al considerar que esta desregulación frente a los acuerdos de Bretton Woods había comenzado cuatro años antes con el abandono el 15 de agosto de 1971 por parte del presidente norteamericano Richard Nixon, del principio de estabilidad monetaria, que establecía la convertibilidad fija del dólar con el oro. El proceso de globalización económica se completaría en 1995 con la creación del WTO, que viene a liberalizar el comercio de mercancías. Es también muy común hoy pensar que la crisis económica del 2007, todavía en curso, implica para la desregulación, que sirve de base a la globalización, algo semejante a lo que supuso la caída del Muro de Berlín con el comunismo.


² Presidida por Reagan, Thatcher y Pompidou.
La tesis que queremos mostrar aquí es que en la gestación de esta globalización económica, que ha entrado ahora en crisis, no hay que tener en cuenta tan sólo, como es habitual, los supuestos economicistas, del neoliberalismo sino también, -lo que es menos estudiado-, los planteamientos nihilistas de la postmodernidad decadente3, ya que éstos se encuentran también en el fondo de las propuestas de los neoliberales, como luego veremos.

Desde este punto de vista nos parece importante añadir a la fecha del 15 de agosto del 71, la fecha simbólica del mayo francés del 68. Por otro lado una y otra fecha están relacionadas aunque en modo diferente con la guerra de Vietnam.

1. MAYO DEL 68 Y POSESTRUCTURALISMO: LA PÉRDIDA DE REFERENTES Y LA DESREGULACION

El Mayo francés del 68 tenía varios mensajes, algunos de ellos dignos de ser tenidos en cuenta, como el rechazo de la guerra y la exigencia de una mayor democracia. Pero desgraciadamente no fueron estos aspectos los que triunfaron sino los que iban unidos al postestructuralismo, en cuanto continuador de la izquierda freudiana y de la antipsiquiatría, de Reich y de Marcuse. Esto es, la primacía del principio de placer sobre el principio de realidad, del deseo sobre la razón, del inconsciente sobre la conciencia, de lo instantáneo sobre lo duradero, y en contra de todo compromiso y de toda norma y de todo límite: “prohibido prohibir”. El postestructuralismo en cuanto mentor y a su vez heredero del mayo francés se ha convertido en uno de los ingredientes culturales más hegemónicos de los últimos cuarenta años, gracias a su presencia y su apoyo en los mass-media. El postestructuralismo ha logrado dicha hegemonía gracias a la divulgación y trivialización del pensamiento de Nietzsche, al reducir a éste a defensor del espontaneismo, el instantaneísmo y el ludismo, y al olvidar el sentido trágico de sus ideas del amor fati y del eterno retorno. Nietzsche rechazó radicalmente la conciencia de culpa al vincularla con la realidad de la deuda4. Pese a su expreso antieconomicismo5 la influencia nihilista de su pensamiento ha contribuido a generalizar la indiferencia irresponsable en la adquisición de deudas/culpas en la sociedad actual.

---

3 Sobre ello remito al capítulo tercero de mi libro Postmodernidad: decadencia o resistencia, Madrid, Técnos, 2000, 2ª, dedicado al postestructuralismo o postmodernidad decadente.

4 Genealogie der Moral, libro II, ap. 4º. Como es sabido, en lengua alemana, Schuld designa conjuntamente deuda y culpa.

5 “Hombres superiores: marchaos del mercado” Also sprach Zarathustra, cap. “De los hombres superiores”. 
Los ingredientes postestructuralistas de la globalización económica implicaban y siguen implicando en el plano epistemológico la negación de la realidad, de acuerdo con la idea de que no hay nada fuera del texto. “Il n’y a rien hors du texte”. Todo se reduce a interpretación o representación. El postestructuralismo parece responder perfectamente a la decadencia profetizada por T.S. Eliot, en estos espléndidos versos:

Where is the wisdom we lost in knowledge?
Where is the knowledge we lost in information?  

En efecto, en el postestructuralismo se le niega al lenguaje toda dimensión de referencia a la realidad, que haga posible el conocimiento. Tanto más se le niega el hallazgo del sentido de la vida, en que radica la sabiduría. Por tanto esta reducción de lo real a la simple información va a influir en el progresivo alejamiento de la realidad (la economía real) y su sustitución por el juego especulativo de la bolsa, en definitiva en la financiarización de la economía.

En el plano antropológico, el postestructuralismo implica la negación del sujeto como unidad existencial y ética y por tanto de toda responsabilidad ante el otro y el futuro. Del mismo modo que no hay nada fuera del texto, no existe tampoco nada fuera del deseo inconsciente e instantáneo. En contra de lo señalado por Freud, ahora el deseo (el Id) debe triunfar sobre la razón. Este instantaneismo implica la supresión de todo límite moral, incluida la regla de oro. No es exigible tratar al otro como a uno mismo, porque no existe la continuidad temporal del yo en el tiempo, ya que somos varios, y por tanto tenemos bastante ocupación con atender a nuestros distintos yoes.

Esta influencia postestructuralista ha destruido las raíces calvinistas del capitalismo y lo ha convertido en un capitalismo lúdico, en un capitalismo de

---


7 Choruses from the Rock.


9 Ballesteros, J. Postmodernity, cit. chap. 7
casino. El capitalismo calvinista podía ser definido en términos de R. Niebuhr\textsuperscript{10} como el del hombre moral, dominado por la idea de obligación en su vida privada familiar (fidelidad matrimonial y responsabilidad con los hijos) y laboral (sobriedad, ahorro, moderación) instalado en la sociedad inmoral, regida por la búsqueda desenfrenada del lucro.

Ahora por el contrario lo que domina es junto al instantaneísmo, el ludismo, el gusto por el vivere pericolosamente\textsuperscript{11} y consiguientemente la progresiva irresponsabilidad. La mentalidad del homo ludens desplaza el trabajo, el esfuerzo y el ahorro, por el riesgo como elemento para conseguir rápidos beneficios económicos e implica a su vez, como había escrito Huizinga\textsuperscript{12}, el primado de la apariencia, del como si, la indiferencia e independencia respecto a la moral. El instantaneísmo del capitalismo financiero no se basa sólo en la búsqueda de la liquidez (aspecto criticado por Keynes y Orlean\textsuperscript{13}) sino también en la venta del sexo, y de la intimidad\textsuperscript{14}. Un precedente remoto de este capitalismo lúdico en el campo teórico puede encontrarse ya en 1740 con la alabanza de la prodigalidad y el lujo realizada por Bernard de Mandeville\textsuperscript{15}. De este modo se considera prioritario ampliar los derechos que responden a

\textsuperscript{10}Moral man and immoral society: a study in ethics and politics, Charles Schreibers´s Sons, New York, 1947

\textsuperscript{11}El gefährlich leben expuesto por F. Nietzsche en Die fröhliche Wissenschaft, ap. 208, pasa, como es sabido, al fascismo y en un sentido bursátil contagia al mundo desde la década de los 70. En Zarathustra había escrito: “¿Qué os importan las jugadas perdidas. Confiad en las próximas”. Este sentido lúdico de la vida, que enlaza endeudamiento y especulación, culmina hoy en los brokers creadores de productos derivados como Fabrice Tourre, Vicepresidente de Goldman Sachs, artífice del ABACUS.2007- ACI


\textsuperscript{15}En su escrito de 1740 The fable of the bees, or, private vices, public benefits (1740), Penguin Bookes, 1970. Mandeville es asimismo autor de un significativo libro A modeste defense of public stews, New York, Palgrave, MacMillan, 2006 and Free Thoughts on Religion, the Church and National Happiness, claramente antirreligiosos.
simples deseos de los adultos, sin tener en cuenta las consecuencias para terceros, aquellos que no pueden defenderse a sí mismos. Este capitalismo lúdico instaurará la sociedad de mercado o sociedad del espectáculo\textsuperscript{16} en la que la intimidad es sustituida por la extimidad\textsuperscript{17} y lo que todavía es más importante, la democracia es reemplazada por la democratura\textsuperscript{18}. Mientras que los verdaderos derechos a la vida y al desarrollo se harán mas vulnerables o desaparecerán ante la volatilidad de los mercados y de los compromisos.

Se declara la muerte de la familia, como realidad basada en la unión estable entre un varón y una mujer, ya que hasta la prohibición del incesto se considera una antigüalla. Del mismo modo se declara la muerte de la empresa como proyecto duradero en el tiempo, al subordinar ésta al supremo interés del accionista, \textit{shareholders value}, olvidando la atención al conjunto de los afectados(\textit{stakeholders})\textsuperscript{19}.

Tener en cuenta al postestructuralismo a la hora de analizar las causas de la crisis permite comprender ésta en la totalidad de los problemas que engloba, es decir, tanto el fenómeno del endeudamiento como en el de la especulación, frente a los planteamientos ideológicos, que pretenderían atenerse de modo simplista y unilateral a uno u otro aspecto de la cuestión. Endeudamiento y especulación son consecuencias del mismo instantaneísmo, alentado desde premisas nihilistas. Con el culto a la velocidad y al lucro, con la negación de la duración y el compromiso, el presente hipoteca el futuro del trabajo humano, de los recursos naturales y del dinero mismo.

2. 1971, 15 AGOSTO: TRIVIALIZAR LAS DEUDAS Y ESTIMULAR LA ESPECULACIÓN

El 15 de agosto de 1971 Nixon decide abandonar el cambio fijo de 34 dólares por onza de oro, establecido en Bretton Wood. Y el 18 de diciembre

\textsuperscript{16} Este es el título del libro de G. Debord, Buchet-Chastel, Paris, 1967

\textsuperscript{17} La expresión procede de J. Lacan, como sinónimo de lo vedado a la conciencia pero ahora es utilizada en un sentido completamente distinto como la trivilización y venalización de la intimidad.

\textsuperscript{18} En la que la realidad es reemplazada por la “imagen de síntesis de los media” y se produce “la uniformización creciente” que a través del “estímulo a la pereza y la comodidad” conduce al total inmovilismo. G. Mermet, \textit{Democrature. Comment les médias transforment la démocratie}, Paris, Aubier, 1987, pp. 201 y p. 232s.

se firma el Acuerdo de Washington. El motivo, según Daniel Bell 20, era el gigantesco déficit de la balanza de pagos, producido por la guerra de Vietnam así como por el consumismo incontrolado del pueblo norteamericano. USA decide así unilateral y arbitrariamente no responder a la deuda contraída21. Se manifiesta de este modo la conexión entre la falta de referentes que caracteriza la postmodernidad decadente y la falta de fundamento del dólar como moneda de referencia. Se da igualmente una convergencia entre la desaparición del patrón oro, y la pérdida de reconocimiento de la regla de oro, sustituida por el simple deseo individual, clave del postestructuralismo.

La irresponsable decisión de Nixon tuvo dos consecuencias inmediatas:

a) La negación de la deuda existente, es decir, de la convertibleidad del dólar, permitió a la Reserva Federal de Estados Unidos darle tranquilamente a la máquina de hacer dinero. Esta creación de dinero será la gasolina que provocará el incendio actual22.

b) Dado que la especulación se basa en obtener beneficios basándose en las incertidumbres del futuro, la fluctuación de las monedas y de los precios aumenta indefinidamente la posibilidad de las apuestas.

Por ello a partir de 1971, la desaparición del cambio fijo del dólar permite la especulación sobre su cotización futura, abriendo así paso al incremento de la “negociación” y la especulación sobre el conjunto de las monedas23. USA


en efecto desregulariza el mercado y la bolsa, propiciando un juego sin reglas. Se produce así el ascenso de la crematística al por mayor sobre la economía productiva y la política. Ello implicaba la inversión de la jerarquía de actividades, acorde con el sentido común y la racionalidad, que había establecido Aristóteles.

La decisión de Nixon de romper con Bretton Woods fue provocada por Milton Friedman. Este economista se encontraba claramente dentro de la dinámica nihilista de la postmodernidad decadente. En su obra propone despenalizar lo que él llama “crímenes sin víctimas” (victimless crimes) tales como la prostitución, las drogas, la obscenidad, la pornografía, la eutanasia, el aborto, dado que si hay consentimiento entre adultos no existe injusticia criminal alguna. La petición de romper con Bretton Woods la había pedido en 1953 en su artículo “Propuesta para resolver el problema de la balanza de pagos en USA” y se la sugirió expresamente a Nixon durante la campaña electoral de 1968. Por ello tan sólo tres meses después de la decisión presidencial, el 13 de noviembre de 1971 le dió garantías al financiero judío polaco Leo Melamed de que Bretton Woods no sería nunca restablecido, apoyando así la creación del Mercado de Futuros en Divisas. En efecto, poco después se creó en Chicago el Mercado Monetario Internacional, obra conjunta de Leo Melamed y de Milton Friedman, transformando su Bolsa mercantil que negociaba con huevos, mantequilla y tripas de cerdo en el mercado de futuros más radical de la historia. En 1960 Friedman había defendido ya el carácter positivo y estabilizador de toda especulación y en 1972 defendió explícitamente la especulación sobre el mercado de futuro de las monedas. La bibliografía de ambos personajes pone de relieve su afición por el juego especulativo en relación

La economía en la década de los 70 y los 80 se basa en las teorías de Friedman. De hecho éste recibió el Nóbel en 1976. Su tesis fundamental era: “el negocio de los negocios son los negocios” (the business of business is business). Con ello quería decir que el único propósito de las empresas es crear valor, dinero para sus accionistas. Sobre el contubernio Melamed- Friedman, vease C. Salas, La crisis explicada a sus víctimas, Alternativa, 2009. El ocaso de Friedman sólo comenzó a finales de lo 90, cuando Greenspan logró reducir el paro al 4%, sin que ello supusiera incremento de la inflación, frente a la tesis sostenida por Friedman desde 1968, de la existencia de una tasa natural de paro no acelerador de la inflación (NAIRU)


con las monedas. Friedman quiso apostar contra la libra esterlina y Melamed había visto a su padre especular con monedas en su exilio de Polonia a Japón. Al crearse el Mercado de Futuro de Divisas el 16 de mayo de 1972 en Chicago Friedman escribió con entusiasmo en *The Wall Street Journal*: “Estoy asombrado de que una pandilla de jugadores de dados apostando sobre tripas de cerdo sean tan temerarios de pensar que podrían arrebatar el negocio a algunos de los mas sofisticados operadores del mundo”.

Los hechos principales ocurridos en el nuevo Mercado de Chicago fueron:

1973, se abre la bolsa para opciones de compra de acciones
1976, comienza el mercado de futuros sobre el oro
1978, comienza la especulación con el precio del petróleo
1982, comienzan las opciones sobre divisas.

En 1983, el Reino Unido continúa la orgía ludópata con el *bing bang* de la bolsa de Londres y la izquierda francesa con Mitterand y Fabius al frente se suma a la movida desreguladora. Como escribe Pierre Rimbert 29 “después del giro liberal socialista de 1981, la bolsa se convirtió en un fin en si mismo gracias a Laurent Fabius y su Ministro de Economía, Beregomov. Jóvenes como Jacques Attali, Jean Louis Bianco, Francois Stasse, Alain Minc, convencieron a Mitterand para des regular los mercados. Afirmando que la izquierda debía hacerlo, porque la derecha no lo habría hecho”. Esa exaltación de la bolsa como fin en si se concretó en la Ley de 11.09.1985 que creó el *Mercado a Termino de los Instrumentos financieros* (MATIF) 30.

La bolsa deja de servir a la producción, no apoya a empresas que crean empleo, y busca sólo la negociabilidad de todo, de acuerdo con el criterio de la rentabilidad inmediata, universalizando el riesgo.

---

29 En su artículo “La izquierda desregularizó los mercados. La paradoja francesa” *Le Monde diplomatique* mayo 2009, p.7. La financiarización de la economía y su globalization se había dado ya en la “belle epoque” (1870- 1914), junto a la infame conferencia de Berlín, que repartió Africa entre las grandes potencias de la época y finalizó con la Iª Guerra Mundial.

30 La extensión de los derivados se produjo de este modo:

- Holanda EOE (European Options Exchange) 1978
- Reino Unido LIFFE (London International Financial Futures Exchange) 1978
- Francia MATIF (Marché a Terme International de France) 1985
- Suiza SOFFEX (Swiss Financial Futures Exchange) 1988
- Alemania DTB (Deutsche Terminbourse) 1990
- Italia MIF (Mercato Italiano Futures) 1993
El marketing bancario seduce a la población haciéndole creer que tiene el derecho a satisfacer todos sus caprichos siempre que sean solventes, y simultáneamente convence al insolvente de que puede ser solvente cargando su insolvencia real a terceros desconocidos. Como afirmó Bell, “la artimaña de la venta a plazos- y del crédito bancario- fue evitar la palabra deuda y destacar la palabra crédito”. Como veremos, esta artimaña será la clave de la ingeniería financiera, al convertir la deuda en crédito negociable.

3. LA PRIMACIA DE LOS DERIVADOS. LA OPACIDAD DE LAS FINANZAS Y LA ASIMETRÍA EN LA INFORMACIÓN

Las finanzas van a mostrar a partir de los setenta su afinidad con el postestructuralismo en el rechazo de la realidad. Ello aparece especialmente con claridad con la primacía de los productos financieros derivados respecto a los primarios. La idea de la interpretación indefinida, de la intertextualidad propia de los postestructuralistas conecta perfectamente con la primacía del mercado de derivados, con la especulación indefinida. Escribe Foucault, “Si la interpretación no puede acabar jamás, esto quiere decir que no hay nada que interpretar. No hay nada absolutamente primario para interpretar, porque en el fondo ya todo es interpretación, cada signo es en sí mismo no la cosa que se ofrece a la interpretación, sino la interpretación de otros signos”. Podemos sustituir la palabra interpretación por la palabra especulación y la palabra signo por la palabra producto financiero y nos encontramos con una descripción de lo que ocurre en las bolsas, y en los bancos: la autorreferencialidad del juego especulativo en el que la realidad (de la empresa y de la familia) desaparece.

En efecto, desde finales de los 70 la Banca comercial, que recogía depósitos e invertía en operaciones a corto plazo sin riesgo rompe la regla del balance con la creación de las securities, para hacer negociables sus propios créditos de modo inmediato. Los Bancos comerciales quisieron imitar así a los Bancos de inversión, que implicaban siempre riesgos a largo plazo, creando algo parecido a un bono que jugara en la bolsa.

---

31 The Cultural Contradictions of Capitalism, cit. p.76

32 La intertextualidad procede de Mallarmé, y está presente en Barthes, Derrida, Kristeva..


De este modo se produce tanto en la Banca como en la Bolsa un incremento exponencial del mercado secundario sobre el primario.

- Mercado primario es el que se comercia al contado con acciones (“trozos de una empresa”) deuda privada y deuda pública (el dinero que piden prestado empresas y gobiernos), materias primas, alimentos y monedas (compraventa de divisas).

- Mercado secundario está dominado por los derivados, consistentes en “apuestas sobre el resultado de algún evento futuro” Su valoración de cotización se apoya en el precio de otro activo subyacente. Como hemos dicho, esto comenzó en Chicago con el mercado de futuros de las divisas. En todas sus formas, 1) futuros, 2) opciones, o 3) swaps(permutas), ofrecen la posibilidad de un enorme enriquecimiento desde el apalancamiento, es decir, sin más obligación que la de pagar en el futuro sin tener que pagar nada en el momento de la operación.

a) Los futuros implican la compra del derecho a adquirir algo dentro de X tiempo. Los mercados de futuros son responsables de la subida de precio de las materias primas y de los productos alimentarios, con la consiguiente influencia en la extensión del hambre

b) Las opciones(stock options, opciones de futuro) implican también la posibilidad de adquirir algo en un tiempo X. En ellas se fija el límite de

Ariel, 1990, los directores de entidades de ahorro y préstamo (Bancos comerciales) eran rancheros de ganado, y en Wall Street estaban los cowboys mejor preparados. Los cowboys operaban con bonos de empresas de Estados, y los rancheros quisieron crear algo semejante a los bonos con la titulización.”En su artículo sobre la crisis del 2007, La lezione e il messaggio de una crisi annunciata, Noviembre 2008, AICCOM, www_ecofo.unibo.it


37 Napoleoni, L. La morsa. Le vere ragioni della crisi mondiale, Chiarelettere, Milano, 2009, recuerda que R. Merton y M. Scholes ganaron el Nóbel de economía gracias a la formula matemática que calcula el valor de la opción, “la madre de todos los derivados”. Al año siguiente el fondo de inversión gestionado por los dos premios Nobel Long Term Capital Management se encontró en la ruina y tuvo que ser rescatado por la Reserva Federal.
pérdidas en el valor de la prima previa mientras que los beneficios son de carácter ilimitado. Son un instrumento estrictamente especulativo condicionado al aumento de la cotización bursátil de las acciones. Se presentan generalmente como un modo de retribución adicional para sus directivos: aumenta considerablemente la fidelidad de ejecutivos a la empresa y en caso de que la cotización bursátil de las acciones suba considerablemente puede convertirse en una importante renumeración extra sin ningún costo aparente para la compañía. Ofrecen un derecho de opción de compra de un número de acciones a un precio predeterminado que puede ser ejecutado después de un cierto periodo de años. El secreto de su éxito es que una vez que el beneficiario decide ejecutar la opción - una vez terminado el periodo mínimo y si la cotización supera el precio establecido en la opción -, compra y vende a la vez, o mejor dicho cobra la diferencia. Su cuestionabilidad ética se presenta cuando los beneficiarios son altos ejecutivos que pueden utilizar su influencia sobre las decisiones estratégicas de la empresa en su propio beneficio. Las *stock options* tuvieron un papel decisivo en la crisis de 2001, derivada de la estafa de Enron.

c) Los *swaps* (permutas), y de modo muy especial los *credit default swap* o *CDS*, son contratos por los que se traspasa (*swap*) el riesgo de impago (*default*) de un emisor de deuda (*credit*). Se trata de hacer dinero comprando seguros a compañías o Estados en peligro. Han tenido una influencia determinante en la crisis del 2007. En 08 07 había más de 45 trillones de dólares invertidos en CDS, es decir, más dinero del invertido en el mercado de acciones (alrededor de $22 trillones) y aproximadamente el PIB del planeta era de $65 trillones. Los CDS han sido y son el mejor ejemplo de cómo el capitalismo lúdico provoca la impotencia de las empresas y de los Estados. Joseph Stiglitz ha señalado las razones por las que los CDS jugaron un papel tan nefasto en la actual crisis. En primer lugar “estimar el riesgo de que una empresa quiebre no es como calcular la esperanza de vida. AIG creyó que era capaz de hacerlo, pero no fue así”. En segundo lugar, “la gente no sólo compraba CDS como seguros, sino que especulaba con ellos. Si una institución financiera tuviera que suscribir una póliza de seguros

38 El principio nos lleva al capitalismo marítimo del siglo XVIII, cuando la gente en Inglaterra apostaba que ciertas naves no volverían del Nuevo Mundo. Y ocurrió que la gente hundía las naves para cobrar los seguros

contra la caída de Lehman Brothers, tendría automáticamente interés en que Lehman desapareciera pronto. Y eran muchos los jugadores que podrían adquirir armas de este tipo en cantidad suficiente para manipular el mercado” En tercer lugar, la contradicción de fondo, “los Bancos no podían imaginar la posibilidad de un impago. Y sin embargo estaban comprando y vendiendo CDS sobre los grandes bancos basados en la idea de que existía un riesgo de impago”.

La hegemonía de los derivados va unida a la confusión entre Bancos comerciales (minoristas) que gestionan fondos de los ahorradores y Bancos de inversión que se convierte en legal en USA en 1999 con la ley Gramm–Leach Bliley de Modernización de los Servicios Financieros que deroga la ley Glass–Steagall de 1933.

La opacidad de los productos financieros es conectable también a la jerga postestructuralista40. Las finanzas son el campo en que mejor se cumple lo que había dicho R. Barthes: “La palabra no es mas que máscara y toda reunión, simulacro”41. Lo especialmente grave de las finanzas es que habiendo reducido la realidad a pura información, esta misma se vuelve opaca, inaccesible tanto para el fisco como para los propios clientes debido a la asimetría en la información42. Los Bancos actuales al ser simultáneamente bancos comerciales y bancos de inversión por cuenta de empresas que emiten todo tipo de títulos incurren en conflictos de intereses ya que actúan al mismo tiempo por cuenta del vendedor (empresa que emite títulos) y del comprador (tal vez pensionista) de títulos, lo que es jugar con las personas.43

La indefensión de los clientes se incrementa con la opacidad de los productos financieros y con la banca en la sombra, constituida fundamentalmente por los


43 En la crisis del 2007 Goldman Sachs vendió bonos basura a sus clientes al mismo tiempo que compraban CDS a AIG apostando por la caída de los bonos que habían vendido. En el guión del documental Inside Job(p.40), Lloyd Blankfein, presidente de Goldman Sachs afirma que estas practicas en el contexto del market-making, no supone un conflicto de intereses.
hedge funds (fondos de cobertura o fondos libres)\(^{44}\) y los private equity. Todas ellas son entidades fuera de balance (O.B.S.E.).\(^{45}\) que operan sobre todo en los OTC (Over the Counter)\(^ {46}\) o mercados totalmente desregulados fuera de la Bolsa a través del correo electrónico, el e. commerce. Su modo de actuar se caracteriza por el instantaneismo de sus operaciones, por sus apuestas a cortísimo plazo, que semejan aventuras sadomasoquistas: unidas al apalancamiento (leverage) apuestan contra títulos que no poseen, y que suponen 20 veces su base de capital con la pretensión de enriquecerse con su caída\(^ {47}\).

Las finanzas son la perfecta realización de la fragmentación de lo real y la mascarada, propias de la postmodernidad decadente\(^ {48}\). Así en 1980, Sydney Homer de Salomón Brothers separa los dividendos de los bonos para vender ambos por separado. La titulización se extendió pronto al gigantesco mercado de hipotecas, separando los pagos de intereses y el capital para venderlos como bonos aparte.. Se especula con todo y al descubierto sin poseer el dinero para comprar los títulos.

A la indefensión del cliente contribuye también el cinismo relativista de los agencias de rating, que se defendieron de sus falsas calificaciones de los productos financieros, afirmando que eran simples opiniones\(^ {49}\).

La ludopatía bursátil actual, claramente autorreferencial va a apostar sobre el futuro de todo: divisas y oro, sobre cuanto subirán o bajarán los productos financieros y lo que es todavía mas grave, materias primas y alimentos y ahora los seguros de vida y los bonos basura con distinto nombre. Lo mas alarmante hoy es el aumento del precio de las materias primas alimenticias debido al acaparamiento de suelo fértil,

\(^ {44}\) Creados por Alfred Winslow Jones en 1949 con el objeto de eliminar los riesgos propios de inversiones a largo plazo mediante la venta a corto de acciones. Winslow escribía en la revista Fortune, considerada por D. Bell, Cultural Contradictions, cit. p.76, "as the essence of the new hedonist capitalism".

\(^ {45}\) Entre estos fondos destacan los de George Soros, John Paulson, Paul Tudor Jones (Tudor Investment) y Louis Moore Bacon (Moore Capital Management).

\(^ {46}\) Para J. Birnbreier, en su tesis Análisis y evolución de la crisis financiera global de 2007/08, Madrid, ICADE, 2009, p. 49 esta es una de las características de la peligrosidad de los CDS, junto al no exigir reserva de capital, por parte del emisor por no ser verdaderamente un seguro, sino una permuta.

\(^ {47}\) El endeudamiento y la especulación tienen su expresión más extensa en el FOREX (Foreign Exchange), mercado electrónico de divisas con un volumen diario de 1.5 trillones de dólares.


\(^ {49}\) Inside Job, guión p. 43.
especialmente en el continente africano. Se adquieren cosechas enteras por períodos de cincuenta y más años, por parte de China y Arabia Saudí, lo que está provocando un trastorno de la cotización internacional de los productos básicos 50. El 16.09.09 el Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas, había advertido que el número de personas que pasan hambre ha alcanzado su máximo histórico, al superar los mil millones. Por otro lado, hay que tener en cuenta que con menos del 1% de lo que los gobiernos han inyectado en los sistemas financieros para pagar los excesos ludópticos de sus respectivos países, se podría haber resuelto el problema de la hambruna.51 En su conjunto, la volatilidad constituye un atentado contra los derechos humanos, porque incrementa la vulnerabilidad, la pobreza y la marginación. 52 De ahí la urgencia de la prohibición de especular sobre las materias primas, alimentos y productos energéticos, mediante mecanismos públicos de estabilización de precios.

La irresponsabilidad ante el hecho del endeudamiento por parte de USA53 y los estados periféricos de la Unión Europea 54 ha convertido al sistema actual en algo “quimérico”55 revelando la crisis monetaria como otro aspecto más de la crisis. 56


51 Especialmente trágico es el caso de Somalia. Sobre ello, Garibo, A. P. From the Errors of Colonialism to Horrors of War, en Globalization and Human Rights, cit. p. 113-41.


53 Husson, E. Palma, N. Le capitalisme, malade de sa monnaie, cit.


55 No es casual que sea Quimérica el nombre dado por el historiador N. Ferguson a la simbiosis existente en la ultima década entre el endeudamiento norteamericano y el crédito chino, y que hoy parece llegar a su fin ante la reacción china a la rebaja de la deuda americana por la agencia Standars and Poor’s en agosto de 2011. Por lo que se refiere al riesgo del euro, provocado por la deuda de la periferia europea, tiene como única salida el logro de la unidad política y económica, es decir, los Estados Unidos de Europa, propiciada ya por los grandes pensadores europeos de V.Hugo a J.Habermas o J. Ratzinger, pasando por Ortega y Gasset. Sobre ello, TALAVERA, P. Peace as a Priority, en Globalization and Human Rights, cit. p. 205-40.

II. POSTMODERNIDAD RESISTENTE Y ECONOMIA DE LA PERMANENCIA

4. EL RETORNO DE LA REALIDAD FRENTE A LA FINANCIARIZACION DE LA ECONOMIA

Hay autores que señalan la relación entre la postmodernidad y la crisis económica. Pero la mayor parte no están en condiciones de ofrecer salidas a la misma, por permanecer anclados en la visión postestructuralista o decadente de la postmodernidad, dado que en ella se profesa una lógica autorrefencial, en la que falta la referencia a la realidad y al sentido. Al seguir a Baudrillard ven como inevitable la reducción de la realidad a simulación y lejos de posibilitar cualquier cambio acaban en el total hiperconformismo.

Por ello en mi libro, Postmodernidad, decadencia o resistencia, creí conveniente oponer a este tipo de postmodernidad postestructuralista, otro modelo que reafirma la confianza en la razón como capacidad de abrirse a lo real, en la línea abierta por la fenomenología, “hacia las cosas mismas”, de tratar de comprender los principales retos de la realidad presente, de buscar su sentido. Esta recuperación de la referencia a lo real implicaría en el caso de la economía, la necesidad del rechazo del carácter autorrefencial y especulativo de las finanzas, el reconocimiento del sentido humanista de la economía, y su inseparabilidad de la ética, la defensa de la duración y el rechazo del gigantismo. Veámoslo con más detenimiento.


58 Una excepción la constituye el libro de Sim, S. The End of Modernity. What the Financial and Environrnental Crisis is really Telling Us, Edinburgh University Press, 2010, p.176ss.

59 Frente a las estériles trivialidades de Baudrillard, el científico Mandelbrot, en cuyo concepto de fractal pretende inspirarse el escritor postestructuralista, contribuye por el contrario a superar la crisis económica al mostrar el riesgo de las grandes oscilaciones de los precios en los mercados financieros y como deberían corregirse mediante la regulación. The (mis)Behavior of Markets. A Fractal View of Risk, Ruin And Reward, New York, Basic Books, 2004.

60 Postmodernity,cit.cap. 8°
La primera exigencia filosófica de esta postmodernidad resistente: el volver “a las cosas mismas” implicaría en el ámbito económico la exigencia de volver a la economía real frente a la primacía de las finanzas.

En el siglo XX no han faltado los economistas críticos con la absorción de la economía por las finanzas. Un crítico adelantado de la realidad de la especulación ya presente en la época de la belle époque\textsuperscript{61} es Thorstein Veblen quien en 1899 afirmaba que el gran conflicto social no estaba, como había creído Marx, entre los empresarios y los trabajadores sino entre los creadores de riqueza (empresarios y trabajadores) y los que se enriquecían sin crear riqueza (los especuladores), lo que hoy llamaríamos parásitos, cuyo estilo de vida giraba en torno al juego\textsuperscript{62}. Pero este nuevo capitalismo no se convertirá, como decimos, en hegemónico hasta la década de los 70 del pasado siglo por la influencia del postestructuralismo.

En 1936, mucho tiempo antes de la eclosión de la especulación, J.M. Keynes, en su obra principal, \textit{Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero}, plantó el mejor crítico contra la especulación para percibir la degradación antropológica y ética que contiene. “El espectáculo de los mercados de inversión moderno me ha llevado algunas veces a concluir que la compra de una inversión debe ser permanente e indisoluble, como el matrimonio, excepto por motivo de muerte o de otra causal grave”\textsuperscript{63}. Keynes advierte aquí como el mal de la especulación radica en su carácter lúdico, instantaneísta, cortoplacista, comparable al del aventurerismo sexual. Por ello sus propuestas se basan en su lúcida equiparación

\textsuperscript{61} Sobre el papel de la City en esa época, P.J. Cain y A.G. Hopkins, Gentlemanly Capitalism and British Expansion Overseas, II, “new imperialism, 1850-1945", en \textit{Economic History review} 1987, XL. pp. 3ss. El artículo comienza con una frase de W. Churchill, “I would see Finance less proud and Industry more content”. Sin embargo los británicos hoy consideran a la City su mayor industria, lo que resulta inquietante.


\textsuperscript{63} \textit{The General Theory of Employment, Interest and Money}, cap. 12. No puede resultar más significativo que Keynes destaque como elemento central para la salud de la economía la primacía del espíritu del compromiso matrimonial sobre la irresponsabilidad del casino.
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

de las bolsas con los casinos. “Generalmente se admite que por interés público, los casinos deben ser inaccesibles y costosos y la razón de la menor peligrosidad de la City en relación con Wall Street es el carácter más limitado de la primera”. A tal efecto considera conveniente implantar un impuesto elevado sobre las transacciones de la bolsa con vistas a limitar sus riesgos.

Cincuenta años después, en 1986 tres grandes economistas destacaron los riesgos del crecimiento de la especulación bursátil, unida a la Banca de inversión. Peter Drucker 64 muestra la separación de las finanzas respecto a la economía real poniendo de relieve como el tamaño de la primera sobrepasaba de modo alarmante el tamaño de la economía real. “Cada día, el mercado interbancario de Londres gira de diez a quince veces el montante de divisas transnacionales de las necesarias para financiar los intercambios de bienes y servicios. El noventa por ciento o más de las transacciones financieras de la economía transnacional no sirven a lo que los economistas considerarían una función económica, sirven puramente a funciones financieras: lo que el llama la economía simbólica domina ampliamente a la verdadera economía productiva. Dieciséis años más tarde 65 Peter Drucker afirma que cuando el comercio generado por el nuevo sector de los servicios financieros en los años 70 se convierte en la actividad principal deja de ser comercio y se convierte en “apuesta” y añade “Hasta que las pérdidas fueron tan enormes que ya no fue posible ocultarlas, el especulador era un héroe y nadaba en dinero”. E insiste: “el mercado internacional de dinero, por ej. el dinero interbancario londinense tiene cada día una voluntad de actividad mayor en dólares de lo que el mundo entero necesitaría para financiar todas las transacciones económicas durante un año. Es un dinero sin función. No puede generar ningún beneficio porque no sirve a ninguna función”. Una parte importante de este dinero virtual, de máxima volatilidad, esta formado por el mercado de divisas” 66

Mas citado hoy es Hyman Minsky 67, quien afirmaba que las crisis financieras tienen que ver con la temeridad al subir las apuestas del juego. Cuando la


66 Segun datos del Banco de Basilea, en 2009, circularon en el mundo $1.000 trillones de capital ficticio, mientras que el PIB mundial no superaba los $50 trillones.

La economía se encuentra en un periodo de estabilidad relativa todos dan por hecho que las condiciones se mantendrán estables indefinidamente. Poco a poco, asumen mayores riesgos, unos solicitando y otros concediendo más y más préstamos, lo que paulatinamente provoca la inestabilidad, ya que la estabilidad de la economía se mide por el porcentaje de financiación que puede encuadrarse en cada una de esas tres categorías:

1. «financiación con cobertura», los inversores tienen capacidad para devolver sus préstamos con el dinero en efectivo que generan.

2. «financiación especulativa», el dinero en efectivo no llega más que para pagar los intereses de los préstamos y hay que refinanciar el principal por medio de nuevos préstamos.

3. «financiación a lo Ponzi» (que recibe su nombre del famoso estafador de los años 20 Charles Ponzi), el dinero en efectivo que se genera es insuficiente para pagar tanto los intereses como el principal del crédito y hacen falta nuevos préstamos para hacer frente a todos los conceptos de las obligaciones de pago de una empresa. No hay más salida que aumentar la valoración de los activos con la finalidad de obtener nuevos préstamos. Al final, el fenómeno da lugar a una economía fuertemente endeudada, inestable y propensa a la crisis. une economía que se base principalmente en «financiación a lo Ponzi» será la menos estable y la más propensa a una crisis. En los años anteriores a la crisis de 2008, en la economía global y muy en especial en los mercados de capitales de Estados Unidos han aumentado peligrosamente los riesgos de «financiación a lo Ponzi». 68

Por último Susan Strange69 acuñó el término Casino Capitalism70 para poner de relieve que la primacia de las finanzas sobre la producción convertía a la economía en un gran casino, en el que los pocos que jugaban condicionaban la

68 Stabilizing, cit. pp. 225-38. H.Minsky es el gran crítico del capitalismo financiero, o capitalism management, destacando con razón como desde los 70 los gestores del dinero (Finances) suplantan a los managers de los negocios (business) Finance and Stabilility. The limits of capitalism, Milan, 1993,

69 Catedrática de Economía Internacional en la Universidad de Warwick (+2000)

70 Como indicamos en nota 51 J. M. Keynes, en The General Theory, se había referido ya a Wall Street como un casino, pp. 145ss.
vida de toda la población. Strange destaca en su libro como desde 1970 se han dado en USA los siguientes componentes del capitalismo de casino:

a) un pseudo monetarismo, debido al crecimiento salvaje del gasto publico, especialmente en armamento y guerras\(^{71}\)

b) una desregulación total de las finanzas, que permitía la especulación con nuevos productos

Esta misma autora en su libro del 98, *Mad money* \(^{72}\) predijo el crash del 2008, debido al agravamiento del carácter irracional e imprevisible del sistema financiero. Pero desgraciadamente no fue escuchada.

Tampoco fue escuchado Juan Pablo II, cuando en su discurso dedicado a la globalización en la Jornada por la paz, de 1 de enero de ese mismo año, advirtió de la financiarización de la economía y de la crisis del Estado social. El año siguiente\(^{73}\) comentaba críticamente que mientras que en la economía productiva hay una clara relación entre la cantidad de trabajo hecho y la cantidad de bienes producidos, en los mercados financieros se pueden ganar enormes sumas de dinero sin necesidad de mucho trabajo. Y destacaba la exigencia de regulación para el sector financiero, porque en la crisis siempre es el mas débil el que paga el mas alto precio.

Con posterioridad a la crisis han criticado con gran clarividencia la financiarización de la economía dos grandes economistas humanistas como Dembinski\(^{74}\), y Zamagni. Stefano Zamagni\(^{75}\) en su ensayo sobre la crisis\(^{76}\), afirma que ésta no es coyuntural o regional sino que tiene carácter sistémico, afecta a lo que llamamos globalización en su conjunto”, y se debe al tamaño desproporcionado que dentro de ella tienen las finanzas. En otros términos, la

---

\(^{71}\) *Casino capitalism*, Manchester University Press, 1986, p. 56..

\(^{72}\) *When markets outgrow government*, University of Michigan Press, 1988

\(^{73}\) En un discurso dirigido a los miembros de la Fundacion centessimus Annus, el 11 de septiembre.

\(^{74}\) *Finance servant ou finance trompeuse*, cit.


\(^{76}\) “The lesson and warning of a crisis foretold: a political economy approach” in *International Review of Economics*, 2009, 56, p. 331 donde destaca tambien las perniciosas consecuencias globales de este proceso de financiarización de la economía y la sociedad, que convierte los medios en fines y los fines en medios y subraya la urgencia de acabar con el carácter autorreferencial de las finanzas.
cuestión central es defender la economía de mercado como modo de organizar la actividad económica que se rige por el principio del bien común, según el cual el bien de cada uno de los individuos es insustituible, y rechazar el capitalismo como un modo de orden social.  

Un paso más en la crítica de la economía dominante es el reconocimiento del carácter humanista de la economía y la crítica de la sociedad de mercado. En ello pueden servir de extraordinaria ayuda las aportaciones clásicas de la economía civil y las contemporáneas del ordoliberalismo y del pensamiento de F. Schumacher.

La llamada economía civil, cuyas primeras formulaciones pueden remontarse a las tesis de los Franciscanos del s. XIV, y muy concretamente a las defendidas por San Bernardino de Siena (1380–1444) defendía una concepción humanista de economía de mercado, fundamentada en las siguientes virtudes cívicas.

a) El trabajo como algo esencial para la realización de la persona, no sólo como un medio de subsistencia. Lo importante es tener trabajo, no recibir subvenciones, ya que como decían los franciscanos del siglo XIV, “la limosna ayuda a sobrevivir pero no a vivir. Porque vivir exige producir y la limosna(o la subvención) no produce”.

b) La libertad de empresa, capacidad de asumir responsablemente riesgos y de ser capaz de innovar, así como de organizar y coordinar. Y el principio de subsidiariedad.

c) El desarrollo, dejar a las generaciones futuras más de lo que se ha heredado de las generaciones pasadas, es decir, solidaridad intergeneracional, equidad y fraternidad.

---


Al mismo tiempo la economía cívica rechazaba con contundencia la sociedad de mercado o capitalismo consistente en subordinar todo al dinero, lo que lleva a poner en el centro la usura que estrangula la sociedad en vez de hacerla crecer y hace que la producción esté solamente al servicio del lucro y no del bien común. Como puede verse, a pesar del tiempo transcurrido sus principios mantienen plena vigencia.

La idea central de la economía civil, la distinción entre economía de mercado de base ética y capitalismo economicista ha sido defendida en la década de los treinta del pasado siglo por la Escuela de Friburgo o ordoliberalismo. Su idea central es la defensa de la finalidad humanista de la economía y la crítica de cuantitativismo, del olvido de lo cualitativo, propio del economicismo. Así escribe Röpke: "El culto al nivel de vida es la crisis social de nuestro tiempo, el desmoronamiento de los fundamentos morales y espirituales de la sociedad". De ahí el rechazo de la matematización de la economía que ha llevado a la exclusión del ser humano de la misma, al olvidar la libertad de la acción humana y rendirse al determinismo. Paralelamente el ordoliberalismo destacó la importancia de los aspectos cualitativos, aspecto fundamental como comprender la crisis ecológica, como luego veremos. Un fundamental acierto de la Escuela es su insistencia en la primacía del derecho, la exigencia de regulación de la economía, frente al “orden espontáneo” defendido por los neoliberales. En este aspecto insiste especialmente Walter Eucken. No hay posibilidad de economía libre sin virtudes sociales. La economía social de mercado es un producto de la cultura, que coincide con la democracia política en la dificultad de su construcción. Base de la economía social de mercado y del “milagro económico alemán” de los 40 a los 70. Sus más importantes representantes fueron Wilhelm Röpke y Walter Eucken, así como Ludwig Erhard.

La economía así matematizada se convierte en una ciencia triste. Es lo que ocurre en los planteamientos de Walras, o Pareto y en los utilitaristas. Frente a esta matematización y a las falsas dicotomías que produce (entre verdad y actualidad, entre necesidades y ganancias...) se subraya la complementariedad entre ambas. Cfr. W. Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, Springer-Verlag, 1950 cit. passim, Röpke, W. Die Gesellschaftskrise der Gegenwart, Erlenbach -Zurich, Eugen Rentsch, 1942.
no sean competidores, productores, negociantes, sino simplemente seres humanos. “La economía de mercado sólo se sostiene en una sociedad no comercializada” 83. Eucken destaca la necesidad de una Constitución económica, en la que el derecho garantice “una economía duradera y digna del hombre” en la que la responsabilidad del empresario sea ilimitada, para que su actuación resulte prudente y no cause daños a terceros en caso de quiebra 84. Esta misma distinción entre economía de mercado, o economía de empresa, y capitalismo aparece en el ap. 42 de la Centessimus Annus: Si por «capitalismo» se entiende un sistema económico que reconoce el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, la respuesta ciertamente es positiva, aunque quizá sería más apropiado hablar de «economía de empresa», «economía de mercado», o simplemente de «economía libre». Pero si por «capitalismo» se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa.

La primacía del derecho exige acabar con la falta de transparencia del sector financiero. Ello requiere que todas las actividades bancarias se realicen dentro del balance y consiguientemente deben controlarse los *hedge funds* 85 y los instrumentos financieros como los CDO, los CDS, los cortos sin cobertura contra activos en peligro así como los derivados en mercados OTC 86. En otros


84 *Grundlagen der Nationalökonomie*, cit. pp 52-54. Justamente el principio opuesto al “demasiado grande para caer” defendido por las administraciones Bush y Obama en relación con los grandes grupos financieros. El ordoliberalismo coincidía así con las posiciones de Hillaire Belloc, y de G.K. Chesterton (especialmente en su obra de significativo título *The outliman of sanity*), así como con los planteamientos del intervencionismo liberal de A. Rüstow


86 El ponente del Parlamento europeo sobre regulación bancaria, J.M. García Margallo y actual Ministro español de Asuntos Exteriores cree que el Parlamento europeo debe crear una autoridad europea que supervise bancos nacionales y transnacionales, aseguradoras y Bolsas y que controle a todos los *hedge funds*, incluidos los de USA. Las fronteras no pueden ser un tope para los supervisores, mientras que no lo son para los *hedge funds*: Si no se da esta regulación conjunta – concluye- retrocedemos a la situación anterior al Tratado de Roma. *Frente a la Crisis Mas Europa*, Valencia, EPP. 2011.
términos, hay que intentar acabar con la Banca en la sombra, con los paraísos fiscales, con las operaciones Offshore. En este sentido, las últimas cumbres del G.20 han sido un fracaso en lo referente a la regulación bancaria debido a las divergencias entre Europa por un lado y USA y los emergentes por otro. Junto a USA y Reino Unido, los países emergentes se han opuesto hasta ahora al impuesto sobre la Banca alegando que la banca debe pagar sólo allí donde actuó de forma irresponsable, es decir, en los países avanzados mientras que ellos presumen de haber convertido los flujos de capitales en inversión productiva, al sancionar los movimientos especulativos, (los llamados “capitales golondrina”)87.

6. LA CRÍTICA DEL COLOSALISMO

El capitalismo y su proyección en la globalización se caracteriza por el colosalismo frente a la economía de mercado, que es organización de la competencia. Este colosalismo es la consecuencia de la creencia científica de la superioridad de lo visual sobre lo oral, de lo cuantitativo sobre lo cualitativo, de las matemáticas sobre la experiencia humana. La concentración de capitales va unida a la dispersión mental, a la falta de vida interior y de espíritu crítico. Como escribe Rôpke: “El capitalismo es opuesto a la economía de mercado, porque ésta excluye los monopolios y oligopolios y exige agentes económicos pequeños, mientras que el capitalismo se apoya en aquellos y transfiere al poseedor del capital ingresos sin prestación propia”88.

La crisis del 2007 manifiesta la vigencia de las afirmaciones del ordoliberalismo al mostrar la obsolescencia de la economía de escala, del mejor cuanto más grande89. El colosalismo había irrumpido en los 70 con las corporaciones multinacionales que controlan el 11% de la producción mundial pero representan 2/3 del comercio mundial, 90. buscando el mayor rendimiento del accionista junto a la congelación de salarios91. En el ámbito financiero, el

87 Esto fue señalado ya por el Banco Mundial, en su informe de 1993, cit. por González, J.I. La volatilidad acentúa la vulnerabilidad. Innovar. Revista de Ciencias Administrativas y Sociales, enero-junio, numero 021, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p.15 y 21ss.

88 Civitas Humana, cit. p.27.

89 Schumacher, F. Small is beautiful, cit. 1 /4

90 Dembinski, P.H. Finance servant, cit. cap. 6.

principio del “Too big and e interconnected fall” ha producido la impunidad de los responsables del desastre, los grandes bancos de inversión, y al mismo tiempo el traspaso de la deuda de los Bancos a los Estados, provocando la crisis fiscal de éstos, con el riesgo de varios de ellos de caer en el default. De este modo hoy los gerentes de los grandes bancos multiplican sus beneficios, mientras crece el desempleo, ya que la pequeña y mediana empresa, que crea el 90% del empleo, no encuentra crédito.

Es por tanto urgente recuperar el tamaño humano en la empresa y en el crédito para restablecer la competencia y reducir las desigualdades.

7. LA RESPONSABILIDAD CON LA NATURALEZA HUMANA Y NO HUMANA

El gigantismo de la globalización busca compensar el vacío creado por el instantaneísmo. Como se ha dicho, ”el gigantismo enmascara la volatilidad”. El encogimiento del tiempo, reducido al instante y la extensión del espacio hasta el ámbito global es una consecuencia más de la matematización y cosificación de la realidad, de la pérdida del mundo de la duración, y de la humanidad, que es también la clave del postestructuralismo

Este instantaneísmo impide comprender la gravedad de la crisis actual, que no es sólo financiera, fiscal o económica, sino que es también una crisis ecológica, motivada por la destrucción de recursos no renovables y la creación de residuos no reciclables. Esta crisis obedece a la falsa creencia en un


93 Como escribe Röpke, Civitas Humana, p. 5 : “Feudalismo y monopolio están implicados recíprocamente”. La primacía de lo pequeño y del largo plazo implica el rechazo de la Bolsa como eje de la economía. Por su parte la Banca es concebida como financiadora de la empresa y la empresa se basa a su vez en la participación de los trabajadores. La reforma del sistema financiero, propuesta por Paul Volcker iba en esta misma línea ordoliberal al querer acabar con los Bancos demasiado grandes para caer, dividiendo a los Bancos, pero finalmente la Ley Dodd-Frank de 11 07 2010 fue más modesta en sus exigencias.

94 Dembinski, Finance servante, cit. cap. 6. ap. 6

95 Esta fue la enseñanza central de la obra de H.Bergson, la de que el mundo de las matemáticas ignora la verdadera dimensión del tiempo y por tanto de lo humano. Sobre ello, Le pensée et le mouvant, PUF, Paris, 1969, passim.
crecimiento indefinido. La economía es un subsistema de la ecología, todos sus ingresos vienen del ambiente, por ello no es posible un crecimiento indefinido. La humanidad se mantuvo hasta la Revolución industrial con la energía anual que el sol producía, la fotosíntesis. Con la Revolución industrial hemos vivido un periodo a crédito, gastando en dos siglos los recursos acumulados durante millones de años en forma de combustibles fósiles.  

Por ello desde la Conferencia de Estocolmo de 1972 se insiste en la exigencia de la sostenibilidad, lo que requiere recuperar la dimensión de lo cualitativo: la distinción renovable/no renovable, reciclable/no reciclable, necesario/superfluo. En Alemania, el país con mayor sensibilidad ecológica de Europa desde los 90 se subrayan tres principios básicos de esa sostenibilidad:

- la eficiencia ecológica, es decir el mejor aprovechamiento posible de los recursos, hacer más con menos,
- la coherencia o biomimétesis, es decir la adaptación a los ecosistemas y
- la suficiencia, el no consumir más de lo que sea necesario.

La sostenibilidad debe ir unida a la responsabilidad tanto sincrónica, con nuestros coetáneos, como diacrónica, con las futuras generaciones.

La responsabilidad sincrónica exige distribuir mas justamente el uso de la energía endo y exosomática, de acuerdo con las necesidades de los otros, frente a la injustísima distribución actual. El 20% de población consume el 80% de los recursos. Como se dice en Caritas in veritate: el Sur debe crecer, y el Norte debe frenar su crecimiento y su despilfarro. Esto es lo que ya está ocurriendo de hecho ya que son los países emergentes, especialmente China, India, Brasil, Rusia, Sudáfrica, Turquía, los que están creciendo, aunque desgraciadamente ese crecimiento no va unido a una justa distribución de las riquezas, sino que se mantienen las desigualdades. Según datos de la New Economics Fundation, las doscientas mayores corporaciones manejan el 29% de la actividad económica.


97 Josef Huber, "Nachhaltige Entwicklung durch Suffizienz, Effizienz and Konsistenz", en Peter Fritz, Nachhaltigkeit in wissenschaftliche and soziologische Perspektiv, 1995; Josef Huber y Manfred Linz, en sus trabajos, Weder Mangel noch Übermass, (Ni escasez ni exceso) Über Suffizienz and Suffizienzforschung Instituto Wuppertal, 2004

mundial pero emplean sólo al 0’25% de la fuerza global de los trabajadores. Por ello también sería necesario distribuir mas justamente el tiempo de trabajo, como salida para la crisis actual, de acuerdo con la Carta Social Europea.99

La sostenibilidad guarda relación sobre todo con la responsabilidad diacrónica, con el deber de no dejar a nuestros herederos un mundo peor que el que nosotros hemos heredado. Ello tiene que ver con la dimensión de la permanencia, lo que ha sido considerado como la clave de la sabiduría. “Desde un punto de vista económico, el concepto principal de la sabiduría es la permanencia. Nada tiene sentido económico salvo que su continuidad a largo plazo pueda ser proyectada sin incurrir en absurdos”100.

Esta permanencia está amenazada hoy en primer lugar por la volatilidad de los mercados, producto de la irracionalidad y del deseo ilimitado de lucro. No es casual que la noción de seguridad humana que trata de erradicar todo daño evitable, apareciera para afrontar precisamente las situaciones de especial menesterosidad creadas por los downside risks de las finanzas101.

Pero el establecimiento de una cultura que restaure la responsabilidad requiere sobre todo de una nueva antropología que sepa valorar rectamente el dinero, como algo que resulta indispensable para remediar algunas deficiencias estructurales, como la miseria, la falta de agua potable, de alimentos, de fármacos, pero que no resuelve sin mas el tema de las diferencias de capacidad entre los seres humanos102 y sobre todo nada puede hacer en relación con las deficiencias ontológicas del ser humano, especialmente con la dimensión del sufrimiento y la muerte103. Por ello el sentido de la responsabilidad sólo puede recuperarse,

100 Small is beautifull, cit. 1,4
101 Sobre ello, Ballesteros, J. “Sicurezza umana e indivisibilità dei diritti”, Ragion Pratica.
102 Sobre la irreductibilidad del tema de las capacidades humanas a simples necesidades económicas, véase la obra de A. Sen, Development as freedom, Oxford University Press, 1999. Sen es asimismo el principal artífice de la teoría de la seguridad humana.
tras el paréntesis lúdico de los últimos cuarenta años, reconociendo el papel instrumental, subordinado y limitado del dinero, que obliga a organizar la sociedad de modo que no esté arrodillada ante “los mercados”, sino que por el contrario subordine las finanzas a la producción y ésta al ser humano.

La absolutización del mercado lleva a negar el carácter inalienable de la dignidad humana, considerando que todo tiene un precio, que todo es venal, Sólo superando tal absolutización, se podrá restablecer el respeto a la dignidad ontológica del ser humano y de sus derechos, que deben ser considerados no sólo como inviolables por los otros, sino incluso inalienables por el propio titular.

Por otro lado es necesario evitar la contradicción entre las proclamaciones de sostenibilidad de la economía, que debería tener en cuenta nuestras responsabilidades con las generaciones futuras, y la legalización del homicidio de los ya concebidos. ¿Cómo podemos preocuparnos de las condiciones de vida de nuestros biznietos mientras se nos concede el derecho de matar a nuestros hijos?
Francisco Suárez defendió la libertad de conciencia

Francisco Carpintero Benítez
Universidad de Cádiz
FRANCISCO SUÁREZ DEFENDIÓ LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Las Inquisiciones católica y protestantes funcionaban eficazmente a comienzos del siglo XVII. Su actividad no se limitaba a condenar a los que manifestaran ideas heterodoxas (de acuerdo con las distintas ortodoxias que había en aquel tiempo), sino que indagaban en el interior de cada persona para tratar de saber exactamente lo que cada cual pensaba acerca del dogma del que se sospechaba apartamiento o contraposición. Pues una cosa era la libertad de conciencia y otra la libertad de expresión: para alcanzar esta última era preciso establecer la primera.

Luis de Molina y Francisco Suárez siguieron la teoría, que quizá provenía desde el primer milenio, conocida como la Pura natura humana (aunque siempre la encuentro en ablativo plural, como puris naturalibus), que mantenía que el ser humano tiene dos fines últimos, uno natural y otro sobrenatural\(^1\). Esto es, el hombre sería un ser que vive en principio al margen de Dios y que, en un momento posterior o simultáneo, habría de desarrollar una actividad ‘espiritual’ para alcanzar el Reino de los Cielos.

Tomás de Aquino, tres siglos antes, se había opuesto reiteradamente a esta visión de las relaciones entre el hombre y Dios, ya que aceptar el puris naturalibus implicaba mantener que el ser humano se escinde en dos vidas distintas, y a un aristotélico le resultaba evidente que así como su vertiente sensitiva constituye una misma realidad con la vertiente racional, el ser humano, al tender hacia su perfección ‘natural’, tiende hacia su perfección última\(^2\). El hombre dispone

---

\(^1\) Luis de Molina mantuvo la teoría del puris naturalibus en De justitia et jure opera omnia, edición de Venecia de 1614, Tractatus II, Disp. 21, col. 96. Explica expresamente que él trata de disociar la sociedad civil de la eclesiástica y que ésta es la razón de la distinción entre poder civil y eclesiástico. El hombre no está creado para el fin sobrenatural, sed solum ad finem naturalem. Explica en esta misma obra que podría hablarse de una potestad religiosa laica, como sucede con los japoneses. Esto no es posible, porque si es laica no es religiosa. Vid., De justitia,, cit., II,Disp. 21, columnas 26-27. Luego el poder civil y el eclesiástico han de ir separados, porque el hombre tiene dos fines, uno natural y otro sobrenatural. Vid. op. cit., Tractatus II, Disp. 21, col. 100. Suárez explicó que el poder civil sólo existe para la comodidad de esta vida, y que por esto mantiene la teoría de los dos fines últimos del hombre. Vid. Defensio Fidei Catholica adversus Anglicanae sectae errores, Coimbra, 1613, L. III, cap. 5, § 2. Reiteró que ésta es la razón de la distinción entre poder civil y eclesiástico, que el hombre no está creado para el fin sobrenatural, sed solum ad finem naturalem. Vid. Defensio Fidei,, cit., Tractatus II, Disp. 21, col. 96. Llega a escribir que existe un Duplex rationis lumen: el del alma racional, y el lumen sobrenatural. Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus, Coimbra, 1612, L. I, cap. 3, § 10. El alma racional proviene desde la naturaleza, y la sobrenatural, infundente gratia. Tractatus,, cit., L. I, cap. 3, § 11.

\(^2\) Las citas de Tomás de Aquino negando la viabilidad de esta explicación son numerosas. Baste recordar las de Suma teológica, I, q. 93, art. 3, o la de In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum), Tomus Sextus,“Opera Omnia”, Romae, 1570, L. II, Dist. 34, q. 1, a. 3.
sólo de ‘una’ vida en la que ha de alcanzar al mismo tiempo los fines naturales y sobrenaturales. Si no es así, casi toda la actividad específicamente humana es una pérdida de tiempo ante el fin último, y la vida del cristiano en cuanto que cristiano quedaba reducida a lo que dieran de sí las actividades ascética y mística.

Pero la actitud de Tomás de Aquino planteaba una dificultad una vez que emergieron las guerras de religión: si todo hombre compone una unidad vital, el gobierno puede dirigirse a hacer realidad esa unidad de vida y, en consecuencia, resulta fácil gobernar sobre ‘todo’ el hombre, también sobre los temas religiosos. Estos jesuitas trataron de crear dos compartimentos separados, el civil y el religioso, y de ahí –como declara Suárez expresamente– su defensa de la teoría de la Pura natura hominis.

Quede sentada esta primera premisa. Pero ella no garantizaba la libertad en el pensamiento o las creencias religiosas. Desde milenios se había mantenido que el súbdito debe seguir la religión de su Príncipe, y a prácticamente todos les resultaba evidente que el ciudadano que desobedeciera esta regla política fundamental debía ser castigado, con la muerte si era preciso. Para que el escarmiento fuera más notorio, de modo que la misma forma de morir mostrara más gráficamente la destrucción del error, los condenados solían ser quemados vivos. Calvino se distinguió especialmente en esta actividad.

Un teólogo español, formado en el siglo XVI, que llegaba a su madurez intelectual a comienzos del siglo siguiente, ¿podía mantener frente a la tradición inmemorial el derecho que hoy llamamos de la libertad de conciencia? Razonablemente no, pero Suárez se atrevió a ello.

La forma de argumentar

La argumentación de Suárez es francamente tortuosa, y no constituye un monumento a la claridad. Pero es comprensible que fuera así y prefiero exponerla tal como viene en las fuentes. En caso contrario, perdería vivacidad.

Era común opinión que las leyes ‘civiles’ no tenían por finalidad ordenar todas las virtudes ni prohibir todos los vicios. Sobre este tema publiqué un estudio (“Los escolásticos sobre la prostitución”), y a él me remito. Suárez mantiene expresamente que, en efecto, las leyes civiles no pueden prohibir

---

todos los vicios, quia *hoc esset supra conditionem humanam*⁴. Luego la teología moral debía desentenderse de las permisiones sociales y políticas de muchas inmoralidades.

En el cap. XIII del Libro III del “De legibus”, este autor plantea un tema interesante, que es el inicio de la argumentación ahora estudiada: “Si la ley civil puede ordenar o prohibir los actos externos”⁵. Reconoce que no existen actos simplemente externos porque el acto exterior no puede existir sin el acto interior⁶. Pero la potestad legislativa no puede disponer sobre los actos puramente internos, porque a estos actos no les alcanza la coacción⁷. Escribe a continuación que “La razón principal de este aserto es que el poder legislativo humano sólo se refiere a la paz exterior y al decoro de la comunidad humana, a los que no se refieren los actos que se consuman de forma puramente mental”⁸. Los actos ‘ocultos’ quedan fuera del poder del legislador porque no les alcanza este poder, ya que el juicio humano sólo tiene en cuenta lo alegado y probado⁹.

En el cap. 14 de este libro extiende los ‘actos ocultos’ a los actos mentales o internos y observa que “Los actos mentales y meramente internos, por sí mismos y por su propia naturaleza, están ocultos para todos excepto para el operante, porque los hombres sólo conocen naturalmente a través de los sentidos y a través de los efectos sensibles, y los que no manifiestan signos, por sí mismo y por su propia naturaleza, permanecen al margen del conocimiento humano, y por esto son actos meramente humanos, a los que llamamos ocultos por sí mismos”¹⁰. Hay que concluir que “la jurisdicción <política> existe para aquellas

---


⁵ “An lex civilis tantum possit externos actus praecipere, aut prohibere”.


⁷ “Lex mere humana non potest praecipere actum pure internum directe, et secundum se … Nam potestas legislativa est etiam coactiva, ut diximus, et si ita sit coactiva esse non potest respectu interiores actus, neque legem ferre circa illud potest”. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. XIII, § 2.

⁸ “Ratio vero principalis assertionis est, quia potestas humana legislativa solum ordinatur ad exteriorem pacem, et honestatem communitatis humanae, ad quem nihil referunt actus, qui in pura mente consummatur”. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. XIII, § 3.


¹⁰ “Actus ergo mentales, ac meri interni sunt per se et sua natura occultis aliis hominibus extra
acciones que, por sí mismas y por su propia naturaleza, son cognoscibles humano modo, y que no tratan sobre aquellas que son ocultas por sí mismas, porque éstas permanecen fuera del foro humano"11.

11 "Et ideo <jurisdiction> super eas actiones, quae per se, et natura suas, cognoscibiles sunt humano modo: non vero super alias per se occultas, qua ex se sunt extra humanum forum". Tractatus..., cit., L. III, cap. 14, § 7.
La polarización social en el pensamiento económico-político español de los siglos XVI y XVII

Jesús Luis Castillo Vegas
Universidad de Valladolid
LA POLARIZACIÓN SOCIAL EN EL PENSAMIENTO ECONÓMICO-POLÍTICO ESPAÑOL DE LOS SIGLOS XVI Y XVII

| 1. LA POLARIZACIÓN SOCIAL |

La Edad Moderna es para España una época en la que se pasa de una situación de potencia mundial a otra de grave crisis económica y demográfica que no podía dejar de tener repercusión en el ámbito social, donde se va a producir una fuerte polarización social. Las clases medias se reducen por diversos factores agravándose la distancia entre ricos y pobres. Mientras en el resto de Europa se constituye una poderosa burguesía, que aumenta paulatinamente su poder económico, social y finalmente - tras la Revolución francesa- político, en España durante la Edad Moderna la burguesía fue siempre un proyecto abortado por la intensa polarización social. Las clases medias se destruyen y sus integrantes pasan a engrosar, en algunos casos, el estamento nobiliario, y, en la mayoría de las ocasiones, descienden hacia los diferentes grados de la marginación.

El sistema estamental tricotómico, propio de la Edad Moderna, se mantuvo hasta el siglo XIX por lo que se refiere a su aparato jurídico y político, pero económicamente y socialmente se empieza a resquebrajar desde mucho antes. La manera de llevarse a cabo este fenómeno es clara: de un lado, aparecen nuevos grupos sociales, como la burguesía, que no encajan dentro de la división estamental; y de otro, se introduce la división bipolar de ricos y pobres dentro de cada estamento. Esta diferencia económica terminará por ser más importante que la división estamental. La distinción entre ricos y pobres se hace ubicua: entre el alto clero y los párrocos rurales, entre los grandes de España y los hidalgos empobrecidos, entre el comerciante al por mayor y el pequeño tendero, entre los campesinos ricos y los jornaleros del campo.

Domínguez Ortiz, al referirse a este proceso de transformación de la sociedad española en la Edad moderna, habla de una “contaminación de las categorías nobiliarias por las económicas”1, y de las facilidades de los plebeyos ricos para alcanzar la hidalguía, así como de las dificultades de los hidalgos empobrecidos para conservar su posición. La máquina de la justicia, que permitía esos cambios y garantizaba la conservación de la posición social, necesitaba dinero para su funcionamiento. El hidalgo pobre, por ejemplo, que no tenía dinero para pleitear contra el Concejo podía perder su preciada exención fiscal.

---

1 Domínguez Ortiz, Antonio, Las clases privilegiadas en el Antiguo Régimen, Madrid, Istmo, 1985, p. 50.
En la primera mitad del siglo XVI las oportunidades de ascenso social en la sociedad española fueron considerables, gracias sobre todo a las magnas posibilidades del comercio con América y de los préstamos a los reyes. Pero lo nuevo de la modernidad no son tanto esos cambios sociales, que hicieron posible el enriquecimiento, sino la aceleración con que se producen y la conciencia de esa aceleración. De hecho, siempre ha habido pobres y ricos, y siempre se ha visto a los hombres empobrecer y enriquecer, pero en el siglo XVI, y en España, se empobrece y se enriquece más rápidamente que nunca: el comercio internacional, la banca, la conquista americana, y también las quiebras, las bancarrota, los naufragios y piratas, etc. Otros fenómenos como las graves epidemias, de las que no faltan en la Edad Moderna, producen herencias inesperadas y enriquecimientos súbitos, y a la vez abandonos de tierras y labores. Desde finales del XVI y durante el siglo XVII, las posibilidades de ascenso social decrecen. Se incrementan las desigualdades sociales y se hace cada vez más difícil el ennoblecimiento. Los nobles acaparan la mayor parte de la riqueza. “Fue un siglo en que se acentuó la tendencia a la concentración de la propiedad”2.

La crisis social es resultado de la crisis económica. La nobleza gasta mucho, desprecia las actividades productivas y vive de su riqueza acumulada y de los favores de la Corte. Los campesinos, agobiados por los impuestos, abandonan los campos. “Aunque la progresiva desaparición de las llamadas clases medias se había iniciado en el siglo XVI, asistimos ahora a una verdadera polarización de la sociedad, que queda dividida entre una minoría de privilegiados que gozan de rentas fabulosas y una masa inmensa de gente cada vez más empobrecida, una plebe rural y urbana, que intentará huir de su situación entrando en las órdenes religiosas, empleándose como criados o servidores de los nobles, o viviendo como pícaros, mendigos o delincuentes”3. La crisis económica de fines del XVI y del siglo XVII tuvo como principal repercusión social la destrucción de las clases medias. Los ricos se hacen más ricos y los pobres más pobres. Los “medianos” casi desaparecen.

Los nobles van a gozar, durante toda la Edad Moderna, de una situación desahogada. Nos referimos, claro está, a la alta nobleza que logra participar

---


del poder político aunque sólo sea como funcionarios de la Corte y no a la pequeña nobleza, especialmente la rural, que sobrevive como puede, e incluso se empobrece. El enriquecimiento de los nobles está unido en esta época al servicio real. Los reyes conceden grandes mercedes, pese a las quejas reiteradas de las Cortes por esta largueza. Un período decisivo del auge de la nobleza está relacionado con la aparición de los validos que se produce desde Felipe III. Los nobles son propietarios de grandes extensiones de terreno que arriendan cada vez en peores condiciones para el arrendatario. La falta de pago de los préstamos por parte de los pequeños propietarios permitió el incremento de tierras por parte de los señores. Son asimismo, a menudo, dueños de grandes rebaños de ovejas, defensores por ello de la Mesta y beneficiarios de los múltiples privilegios de esta institución. Pero en la sociedad de la Mesta unos son los esquiladores y otros los esquilados. La preferencia de la nobleza por la ganadería supuso también una considerable reducción del campesinado, ya que es un tipo de actividad que requiere menos mano de obra a la par que sirvió a muchos nobles para reclamar antiguos pastos entregados para uso comunal. “La nobleza castellana ibase apoderando también poco a poco de la propiedad comunitaria, para ensanchar sus fincas”

La jurisdicción especial de que goza el estamento nobiliario le permitía no sólo librarse de los impuestos, sino también de la prisión por deudas o de la venta forzada de sus bienes.

Entre los grandes propietarios del Antiguo Régimen hay que incluir también a la Iglesia quien, con menos del dos por ciento de la población, era propietaria de más del 15 por 100 de las tierras. La concentración de la propiedad en manos eclesiásticas tenía el inconveniente conocido de apartar esos bienes de la tributación, por lo que fue varias veces denunciada por las Cortes. Ahora bien, la desintegración del estamento eclesiástico se produce no solo por su crecimiento desproporcionado –que sigue aumentando cuando la población global estaba disminuyendo– sino, sobre todo, porque se introduce dentro de

---

4 Vassberg, David E., La venta de tierras baldías. El comunitarismo agrario y la corona de Castilla durante el siglo XVI, versión española de David Pradales Ciprés y otros, Madrid, Servicio de Publicaciones Agrarias, 1, 1983, p. 58.


6 En las Cortes de Valladolid de 1523 se denuncia “que segund lo que compran las yglesias e monesterios, y donaciones y mandas que se les hazen, en pocos años podía ser suya la más hazienda del reyno” (Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla, publicados por la Real Academia de la Historia, tomo IV, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1882, p. 379).
él una grave polarización económica. De un lado, los grandes prelados, obispos y abades que acaparan múltiples beneficios, y de otro el bajo clero, pobre y mal instruido. Pero ni siquiera todos los obispos son ricos, sino que había “mitras opulentas y paupérrimas”. La riqueza eclesiástica estaba mal repartida, mal explotada, y continuaba creciendo mientras los bienes civiles disminuían. Jerónimo de Ceballos, que ha visto cómo la conversión de muchas casas de particulares en conventos ha debilitado la ciudad de Toledo de la que es regidor, se lamenta del continuo trasvase de bienes civiles al estamento eclesiástico, lo que perjudica seriamente a la hacienda regia que deja de cobrar impuestos sobre esos bienes, “y es cosa clara que todos los bienes temporales, raíces, que cada día van saliendo del patrimonio real, incorporándose para siempre en el eclesiástico, enflaquecen y disminuyen la Monarquía y derechos reales”.

La polarización social se produjo no tanto por el enriquecimiento de los ricos, que ya lo habían sido durante la Edad Media, como por la pauperización de los campesinos. El nuevo pobre es, además, básicamente urbano y no rural, es un emigrante forzoso del campo que busca su salvación en pueblos más grandes o en las ciudades. “Entre la población campesina son arrendatarios la mayoría de los labradores; así lo imponen aquellas dos características: gran concentración de la propiedad y absentismo”. Debido en parte a las adquisiciones de tierras comunales, por parte de nobles y ciudadanos ricos, muchos de esos campesinos acabarán como vagabundos cuando no como delincuentes. La despoblación se debe pues a la conjunción de causas ocasionales (pestes, levas, etc.) con otras estructurales como la mala división de la propiedad agrícola (minifundios, latifundios, etc.).

Los burgueses, que son el grupo más dinámico y representativo de la Edad Moderna, se enriquecen gracias al comercio, la industria y la banca. Este grupo no pudo impedir la polarización social, no sólo por su reducido número sino por su persistente deseo de ennoblecérselle. La burguesía, como señala Braudel,

---


8 Zevallos, Gerónimo de, Arte real para el bien gobierno de los reyes, y principes y de sus vasallos (1623), edición y estudio preliminar de Salustiano de Dios, Madrid, CEPC, 2003, doc. XXIII, fol. 123 v.

9 Véase Félix Santolaria Sierra, El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI, Barcelona, Ariel, 2003.

traiciona su origen e imita a las clases nobles. Utilizan su dinero para comprar cargos, hidalguías, hábitos o títulos de nobleza. Es significativo lo que indican los historiadores, a saber, que no hay más de tres generaciones de comerciantes. En cuanto podían, los comerciantes apartaban a sus hijos del comercio. Compraban tierras y vivían de las rentas. Pero lo decisivo no son estas conductas, que se dieron en toda Europa\textsuperscript{11}, sino el escaso número y potencia de esta burguesía que la impidió alcanzar en España un desarrollo equiparable al de otros países europeos. También hay que tener en cuenta que la distinción entre pobres y ricos afecta a todos los sectores, también a los comerciantes. Se dividen éstos en dos grupos: los grandes comerciantes, que negocian al por mayor y normalmente en el sector marítimo, y los pequeños detallistas. “El comercio al por mayor podía ser ejercido por los nobles por cuya razón la diferenciación con los detallistas cobraba mayor relieve social”\textsuperscript{12}.

Esta polarización social de la que venimos hablando no pasó desapercibida a algunos de los pensadores más preclaros de la época, como Pedro de Valencia, Martín González de Cellórgo o Pedro Fernández Navarrete, quienes orientaron su solución en el empeño de crear unas fuertes clases medias, como las más productivas y las únicas capaces de hacer frente a la ruina económica y a las consecuencias sociales que provocaba.

Como una propuesta, la de que se reduzcan las grandes desigualdades en materia de propiedad, hay que interpretar las críticas a los ricos que encontramos en Pedro de Valencia, quien dice: “Y así, matando de hambre los pobres y habiendo engordado y héchose ricos con la sustancia y sangre de ellos, tengan por cierto que, aunque más misas digan y oigan, y por más devociones que hagan, que no les han de aprovechar sin penitencia y satisfacción, ni han de agradar a Dios tales sacrificios y ofertas, y que no solamente no les perdonará sus pecados, sino que los castigará acá”\textsuperscript{13}. No menos dramático resulta el planteamiento de López Bravo, para quien la injusta distribución de la riqueza aboca a sólo dos salidas: o la sedición o la despoblación: “La abundancia de uno sume a muchos


\textsuperscript{12} Molas, Pere, La burguesía mercantil en la España del Antiguo Régimen, Madrid, Cátedra, 1985, p. 47.

\textsuperscript{13} Pedro de Valencia, Borrador del tratado o libro sobre el precio del pan, fól. 266v. Obras completas, vol. IV/1. Escritos sociales. 1. Escritos económicos, edición crítica de Rafael González Cañal, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1994, pp. 93-94.
en la miseria y la opulencia de unos pocos supone calamidades para la masa. La consecuencia es o la sedición o la despoblación. Es nociva la miseria derivada de la mala distribución de las riquezas: el poder, la desvergüenza y la haraganería por parte de los que tienen, y la miseria, la servidumbre y la desesperación para los que nada tienen”[14]. No se pretende acabar con la propiedad privada, sino un reconocimiento de las graves consecuencias políticas y económicas que la desigualdad de riquezas producía. González de Cellórigo lo resume así: “Y aunque no sería bien decir que todos hayan de ser iguales, no sería fuera de razón que estos dos extremos se compasasen, pues el quererse todos igualar es lo que los tiene más desconcertados y confundida la República de menores, a medianos y a medianos a mayores, saliendo todos de su compás y orden, que conforme a la calidad de sus haciendas, de sus oficios y estados de cada uno debieran guardar”[15]. Para autores como Juan de Mariana o Lope de Deza, la solución a buena parte de los problemas de la época estaba en la consolidación de una fuerte clase media. Juan de Mariana recomendará, en su obra De Rege, que los reyes pongan toda su voluntad en que “no crezcan unos en demasiadas riquezas y poder y no queden otros en consecuencia, extenuados y reducidos a la última miseria”[16]. Para el catedrático Diego Pérez de Mesa, también en esta misma época, la máxima pretensión política debe estribar en que “las ciudades fuesen muy ricas de propios y que ninguno de los particulares pudiese llegar a superflua riqueza, a lo menos que no llegasen muchos, principalmente en posesiones de la campaña ni en otros bienes raíces, sino que la mayor parte de los vecinos fuesen medianos entre muy ricos y pobres”[17]. Estos tratadistas perciben la grave desestructuración social que se está produciendo y que concretan en la desaparición de clases medias, esto es, de ciudadanos que paguen impuestos, trabajen y cumplan las leyes. Para conseguir ese objetivo encontramos en estos autores propuestas concretas como el remedio de la agricultura o la creación de una industria nacional que favorecen a las clases medias así entendidas.


[15] González de Cellórigo, Martín, Memorial de la política necesaria y útil restauración a la República de España y estados de ella y del desempeño universal de estos Reinos, Valladolid, Juan de Bostillo, 1600, fol. 15-16.


2. EL REMEDIO DE LA AGRICULTURA

Es un dato confirmado por la mayoría de los historiadores, que los primeros monarcas españoles de la Edad Moderna prefirieron la ganadería a la agricultura. Relacionan esta predilección con el proceso de la Reconquista, ya que las luchas continuas y los frecuentes ataques y retrocesos hacían menos daño en el ganado, puesto que se podía trasladar más fácilmente. Además, la Corona estaba interesada en la exportación de lana, porque encontraba en ella una fuente abundante de dinero en metálico. En la especial protección que encontró la Mesta en España, se ha creído ver también el origen de las considerables desigualdades en la propiedad territorial, ya que la ganadería “sobre todo si no se trata de una distribución en pequeños rebaños de montaña, con su tendencia a la concentración, acentúa la división de pobres y ricos”18. En los autores que nos ocupan, aunque hay críticas concretas contra la Mesta, no puede decirse que en términos generales entiendan como contrapuestos los intereses de la agricultura y de la ganadería. Lo que piden es la misma protección para ambas.


Otro problema, al que dan considerable importancia, es a la introducción de las mulas como una de las causas que habría encarecido el trabajo agrícola, ya que “para ser uno labrador ha menester mucho caudal y otro género de hacienda con que sustentar éste”20. Para Juan de Arrieta21, la decadencia agrícola

---

20 Ibidem, p. 67.
21 Véase Juan de Arrieta, *Despertador que trata de la gran fertilidad que España solía tener y la causa de los daños y falta con el remedio suficiente*, Madrid, 1578.
estaba relacionada con la utilización de las mulas porque éstas cultivaban peor la tierra. Igualmente grave para el estado de la agricultura, considera Fernández Navarrete que es el exceso de días de fiesta, “siendo cierto que en muchos obispados pasan de la tercera parte del año, sin los días de toros y otros regocijos públicos”.

Pedro de Valencia no sólo se queja de que “no hay bastante gente en España para trabajar las tierras de labor”, sino que a su juicio tampoco se hace como se debe. Así, por ejemplo, con una mentalidad racionalista, impropia para su época, se muestra muy crítico con los diversos folletos donde se hacían pronósticos sobre el tiempo y lo que convenía o no sembrar, con grave daño para los pobres agricultores que los seguían. Para Valencia no hay que esperar de los astros las buenas cosechas sino del propio esfuerzo. La solución al problema económico, agrícola incluido, no puede venir para estos autores sino del propio trabajo. Se ha abandonado ya el mito de una España de fertilidad sin igual, para reconocer que si España es estéril, “es por no le dar el tributo con que Dios la dió a los hombres, porque si se cultivase cuanto la ley natural nos dicta y enseña, bastaría para mantener infínito número de gente”. Pedro de Valencia defiende una concepción de la propiedad como dada por Dios en común a todos los hombres y repartida por necesidades de carácter histórico y de utilidad. La tierra, de este modo, la hemos recibido “en enfiteusis” y por ello “no nos es lícito tenerla ociosa por pereza y flojedad”. Pedro de Valencia no duda en acudir a la autoridad pública para hacer efectiva esa obligación de cultivar la tierra: “Conviene con premios y apremios hacer que todo se siembre, o cultive, o, forzando a los dueños de las tierras a que las siembren, y que dejándolas holgar ciertos años continuos, las pierdan…”. Se trata, pues, de hacer intervenir al monarca, para que fuerce a que se cultive todo lo necesario, y que muestre el mismo cuidado la Corona que el que había prestado a la ganadería: “Como es señalada y forzosa la tierra de pasto y que no se ha de sembrar, sea forzosa la que se ha de sembrar cada año, que más importa el pan que el ganado, por mucho que importe; pero hay Mesta y cuidado, porque los ganados tienen dueños


Véase Jesús Luis Paradinus Fuentes, “Estudio introductorio”, pp. CXVII-CXVIII.

González de Cellórigo, Memorial de la política necesaria, fol. 1.

poderosos y que se juntan en comunidad. La labor no tiene dueño, séalo Vuestra Majestad que sí es”26.

También Fernández Navarrete ve el remedio de la agricultura en una mayor ayuda por parte de la Corona, similar a la prestada a la ganadería, reduciendo los impuestos que pesan a los labradores o haciendo incluso obras de regadío: “Por lo cual, sin las razones que en otro discurso se dirán, cuando hable de los labradores, conviene a los príncipes que quieren tener bien poblados sus Estados alentar mucho la labranza, convidando a ella con privilegios, y disponiendo todo lo que puede facilitarla, ayudándoles con caudal si les faltare; abriendo ríos navegables, y sacando acequias para los regadíos, que como causas de la generación fertilicen la tierra, y ella con la abundancia convide a su habitación y cultura”27.

| 3. EL DESARROLLO DE LA INDUSTRIA NACIONAL |

Un rasgo común del pensamiento económico de estos autores es su preocupación por el desarrollo de una industria nacional, frente a la política seguida hasta entonces de exportar las materias primas, incluidos los metales preciosos. Para Juan de Mariana, entre las causas de que la moneda de oro española esté en Francia, destaca “la necesidad que tiene España de las mercadurías de fuera, como lienzos, papel, libros, etc.”28. Luis Valle de la Cerda se lamenta de que la lana de su Cuenca natal sirva para vestir a Italia, en vez de salir ya de aquí labrada29. Y, como señala Fernández Navarrete, aunque se conoce el daño que se produce al sacar a otros países la lana y la seda de estos reinos, sin embargo, no se puede evitar por la falta de trabajadores adecuados para su transformación. Son países como Francia, Italia y Países Bajos los que, pese a no tener oro ni plata, se enriquecen “gracias a lo industrial de los oficios”, mientras que en España “donde son pocos los que se aplican a las artes y oficios

26 Pedro de Valencia, Discurso sobre el acrecentamiento de la labor de la tierra, Madrid, 1607, fol. 244v. En Obras completas, IV/1, pp. 152-153.


28 Mariana, Juan de, Tratado y discurso sobre la moneda de vellón, estudio introductorio de Lucas Beltrán, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1987, p. 79.

29 Véase Luis Valle de la Cerca, Desempeño del patrimonio de su Majestad y de los Reinos sin daño del Rey y vasallos y con descanso y alivio de todos, por medio de los Erarios públicos y Montes de Piedad, Madrid, Pedro Madrigal, fol. 64.
mecánicos”30, se dejan perder esos frutos naturales. El desprecio por los trabajos mecánicos, el aumento de los salarios y el exceso de fiestas de guardar han situado a España en una situación de debilidad frente a esos países, “con que se ha abierto puerta a que de provincias y reinos extraños, donde por haber más oficiales mecánicos, y menos fiestas, son más bajos los precios de las labores, se traigan a España infinitas mercaderías necesarias y no necesarias”31.

Precisamente el tratamiento propuesto para las mercancías “no necesarias” es otro aspecto que refleja con precisión la preocupación de estos autores por desarrollar una industria nacional. Su pensamiento contrasta con el de tantos moralistas y teólogos que se oponían al lujo por razones morales y consideraciones sociales. En el caso de Tomás Fernández de Medrano su condena del lujo trata de defender a la nobleza, que se ve amenazada por los nuevos ricos, capaces de imitar y sobrepasar su forma de vestir y vivir. Medrano reconoce que el vestido es una forma de mantener la división social existente: “Bien es necesario que haya diferencia entre el caballero y el ciudadano, entre el noble y el que no lo es, entre el grande y el pequeño”32, apuntando que hasta en el cielo existe una jerarquía divina. Las críticas de Fray Marco Antonio de Camos admiten parecida interpretación, pues se refiere a los trajes costosos “con que el vano escudero se quiere igualar con el señor y con el príncipe”33, así como las de Castillo de Bobadilla sobre los excesos en la comida, criticando “no atreverse un caballero rico a dar ocho reales por una trucha y comprarla luego un zapatero por doce”34. Es ésta una crítica que sólo censura los excesos, y que pretende evitar la ruina de la propia nobleza.

Frente a estas consideraciones morales, los autores que estudiamos centran su preocupación en el hecho de que el lujo recae sobre productos fabricados

30 Fernández Navarrete, Conservación de monarquías, p. 121.

31 Ibidem, p. 104.


33 Camos, Fray Marco Antonio, Microcosmos y gobierno universal del hombre cristiano para todos los estados y cualquiera de ellos, Barcelona, Pablo Malo, 1592, parte segunda, p. 225. Poco antes de este autor, censurando el exceso en el vestir, escribe: “Mas decidme de qué sirve el cabezón o gorgerías hierto y almidonado con unas lechugas tan crecidas y lechugadas que si fuesen de verdura tendría un jumento qué pacer todo el día en una de ellas”.

34 Castillo de Bovadilla, Jerónimo, Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra (Madrid, 1597); edición moderna del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, t. II, lib. III, cap. IV, p. 43.
en el extranjero, con grave daño para la industria nacional. Así Lope de Deza, a propósito de las mercancías superflucas, apunta “el gran perjuicio que en nuestra España causan, porque todas las que vienen de este género se permutan a oro y plata, con que las demás naciones se enriquecen y empobrece la nuestra”35. Más contundente es aún Fernández Navarrete, quien denuncia que la mayoría de estas telas procede del extranjero con lo que “se saca infinito dinero”, sin contar con que son tan delgadas que apenas duran dos días, y a veces menos, por los caprichos de la moda que marcan “los holgazanes de la corte”; y, aunque su razonamiento es básicamente de tipo económico, no deja de acudir a razones militares para mostrar su oposición a la importación de mercancías extranjeras: “Y por esta causa las naciones enemigas de España tienen por buena razón de Estado irla consumiendo con las mercancías deleitables, con que junto con sacarle la sustancia, la van debilitando y enervando en las fuerzas militares; y quizá si le hicieran guerra más descubierta, despertara del sueño y letargo en que la tienen los deleites y demásias”36.

4. LA TASA DEL PAN

Otra constante del pensamiento común a estos autores mesocráticos, es su decidida apuesta por la intervención del Estado en la economía, lo que les granjearía el rechazo frontal del pensamiento liberal posterior. La preocupación del Estado por la economía es también un rasgo peculiar de la modernidad. El Estado moderno, cualesquiera que sean las complejas relaciones entre ese Estado y la incipiente economía capitalista, y aunque sea movido por su propio interés de mejorar la Hacienda, es indudable que pretende que sus súbditos sean ricos, o, al menos, que la pobreza no se llegue a convertir en un problema de orden público. Un factor clave de su intervención, al menos en el caso del Estado en España, vino provocado por la necesidad de la Administración de proporcionar trigo suficiente a la población. Mártir Rizo, en sus consejos políticos, reconoce la necesidad de que el príncipe lleve a cabo esa intervención “y si fuere conveniente mandar poner precio justo a las cosas, porque en la desorden halla el interés grande aumento con daño de los pobres”37. Entre las medidas adoptadas, para hacer frente a las recurrentes crisis de alimentos, destaca la imposición de una tasa del pan, que obligaba a la venta del mismo por debajo

35 Deza, Gobierno político de Agricultura, p. 170.
37 Mártir Rizo, Juan Pablo, Norte de príncipes, Madrid, Diego Flamenco, 1626, fols. 111-112.
de un tope legal. El debate teórico sobre la intervención económica del Estado se articuló, en la época que nos ocupa, en torno a la justificación o rechazo de la tasa del pan. Desde el planteamiento liberal se ha criticado, sin más, a todos los que defendieron la tasa del pan como enemigos de la libertad, pero hay que diferenciar entre los distintos autores, y las diversas razones por las que apoyaron o rechazaron tal medida, que fue objeto de un largo debate.

La tasa pretendía evitar el acaparamiento del trigo, para su posterior venta, en las épocas del año en que valía más caro. Las críticas de los moralistas contra estas prácticas fueron intensas. Entre esas denuncias es conocida la de Francisco de Vitoria: “Y en verdad que tengo por una gran señal de reprobación, que en un año donde mueren nuestros prójimos y hermanos de hambre, tenga uno intento a hacerse rico”38. Un claro defensor de la tasa del pan es Castillo de Bovadilla, quien la considera como instrumento para refrenar la avaricia de los vendedores “que sin tasa llevan a los pobres la sustancia”39. Es natural esta defensa en uno de los encargados precisamente de su aplicación, como Corregidor que fue en varias ciudades y durante muchos años, pero a nosotros nos interesa destacar que, para Bovadilla, la prohibición de vender el trigo a los que no fueran panaderos, sólo debiera alcanzar a los labradores ricos “como son los señores de cortijos de la Andalucía y Reino de Murcia, y los labradores de la Mancha y de Campos y de otras muchas partes que tienen labranzas y no las ejercitan por sus personas por ser gente (como dice el vulgo) de capa negra”40. Para entender las distintas posiciones respecto a la tasa del pan, no hay que olvidar que incidía de diferente manera en los labradores pobres, a los que unos años perjudicaba y otros, la mayoría de años estérILES, beneficiaba; mientras que a los labradores ricos perjudicaba siempre.

Pedro de Valencia es el más firme defensor de la tasa del pan, quien la considera “una protección del pobre”41. Su Discurso sobre el precio del trigo fue

38 Barrientos García, José, Un siglo de moral económica en Salamanca (1526-1629), I. Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1985, p. 46. El texto original de Vitoria es de su Carta del maestro fray Francisco de Vitoria respondiendo a una consulta del padre Arcos sobre la licitud del encarecimiento del trigo en tiempo de necesidad.


entendido “como una nueva arma arrojadiza contra los abusos de Lerma y sus ministros”42. Pedro de Valencia defiende con entusiasmo la creación de una tasa nacional que fije el precio del pan como “el más fácil y universal remedio” a la especulación y a la consiguiente carestía del mismo43. Pedro de Valencia no considera como precio justo de las cosas la consideración de éste determinada por la concurrencia de oferta y demanda, al menos cuando se trata de bienes de primera necesidad como el pan, puesto que no hay libertad en la compra sino auténtica necesidad. El valor de los productos necesarios para la vida debe depender de la remuneración que perciben los trabajadores. El precio justo de esos bienes, imprescindibles para vivir, depende de los jornales que perciben los trabajadores, o sea, “el salario del trabajador tiene que ser suficiente para que éste pueda adquirir todo lo que necesita para vivir”44. La determinación del precio del trigo viene puesta, para Valencia, por lo que podríamos llamar un salario vital, o mejor, un salario familiar. El precio de una fanega de trigo, para Pedro de Valencia, debe corresponderse con lo que gana un jornalero en cinco días teniendo en cuenta sus necesidades de alimentación, vestido, así como de su familia, “aunque sea miserablemente y con aspereza, comiendo, viviendo y vistiendo debajo de tejado, y durmiendo en cama, siendo casado y teniendo hijuelos que mantener mientras pequeños”45.

Según Pedro de Valencia, el establecimiento de la tasa del pan es un claro instrumento de protección de los pobres contra los poderosos. Los vendedores, a quienes perjudicaría esta tasa, no son todos los labradores sin más, sino “los señores, los eclesiásticos, los comendadores, los revendedores y retenedores de trigo, gente poderosa”, y que quedan equiparados a los homicidas y salteadores de caminos, ya que si no matan con hierro matan “de hambre en poblado al que no le da por el pan todo su caudal y aún más”46. Cuando Pedro de Valencia defiende la tasa del pan, era replicado entre otras cosas porque la tasa no dejaba prosperar a los labradores, al impedirles obtener todo el provecho posible en los años de escasez. Pero lo cierto es que Valencia pretende defender a la mayoría

43 Pedro de Valencia, Discurso sobre el precio del trigo, p. 91.
44 Paradinas Fuentes, Jesús Luis, “Estudio introductorio”, pp. LXXXIX-LXXX.
45 Pedro de Valencia, Discurso o memorial sobre el precio del pan, Zafra, 25 de julio de 1605, fol. 171r. En Obras completas, IV/1, p. 34.
46 Pedro de Valencia, Discurso sobre el precio del trigo, p. 95.)
de la población frente al provecho de unos pocos ricos. Y es que “no se han
de llamar labradores los que van por la mañana en un caballo a ver segar sus
sementeras, sino los que las aran y siegan”\textsuperscript{47}. Los labradores ricos podían vender
trigo todos los años; mientras que la mayoría de los labradores sólo ganaban en
los años buenos lo necesario para el sustento, y en los malos se veían obligados
a comprar trigo. A menudo, vendían al coger la cosecha en agosto o septiembre
para pagar sus deudas, y tenían que comprarlo más caro en mayo o junio. La
mejor prueba que encuentra de que esta ley era en favor de los pobres es
su incumplimiento: “Es una grande señal de que esta ley es en favor de los
pequeños el no guardarse, que contra los pequeños el no guardarse, que contra los pequeños todas se guardan”\textsuperscript{48}.

Por lo que se refiere a Fernández Navarrete, hay que decir que rechaza
la tasa porque empeora la situación de los labradores, “porque sus frutos en
años fértiles no tienen valor, y en los estériles no pueden exceder del punto
fijo que les tiene puesta la tasa”\textsuperscript{49}, con lo que tanto en unos años como en
otros no habría remedio para sus males. Para Navarrete, los precios debieran
variar en proporción de las cosechas y de los lugares pero tampoco es este
autor un enemigo acérrimo de la tasa. Reconoce que la esperanza de poder
vender caro, cuando hubiera falta, incrementaría la siembra. Pero admite la tasa
para los ricos: “Y así, supuesta la miseria que del estado de los labradores se ha
representado, parece no tendría inconveniente que la tasa del pan se conservase
con los clérigos y religiosos, con los caballeros, y con todos los demás que tienen
frutos sin labrar por sus personas o las de sus criados las heredades; y que para
los que las labran con su cuidado y asistencia se abriese el precio conforme cada
uno lo pudiese vender”\textsuperscript{50}. A nuestro juicio, más importante que estar a favor o
en contra de la tasa del pan, son estas consideraciones acerca de a qué sectores
sociales beneficia y perjudica. La idea más extendida es que la tasa sobre el trigo
perjudica sobre todo a los labradores ricos, y de éstos se dice que no es justo que
escondan el pan para encarecerlo.

\textsuperscript{47} Pedro de Valencia, \textit{Discurso o memorial sobre el precio del pan}, p. 37.
\textsuperscript{48} Pedro de Valencia, \textit{Borrador del tratado o libro sobre el precio del pan}, p. 85.
\textsuperscript{49} Fernández Navarrete, \textit{Conservación de monarquías}, p. 326.
\textsuperscript{50} \textit{Ibidem}, p. 329.
Las dos lecturas del pensamiento constitucional del Profesor Fernández-Carvajal

Ángel Garrorena Morales
Universidad de Murcia
LAS DOS LECTURAS DEL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL
DEL PROFESOR FERNÁNDEZ-CARVAJAL¹

| 1. INTRODUCCIÓN |

Las páginas que siguen se ocupan de la figura del profesor Fernández-Carvajal, maestro de tantas generaciones de juristas que aprendieron sobre su ejemplo a conocer el Derecho o, para ser más exactos, a amar la justicia. Su formidable saber y su enjundiosa personalidad le hacen merecedor de atención tanto ayer como hoy, cuando ya llevamos quince años privados de su presencia. Diría incluso que esa atención es tanto más necesaria en este presente en el que la vigencia de una Constitución que no fue la que él fundamentalmente trabajó hace que su recuerdo (tan vinculado en su caso, como en el de todos, a la tiranía de las citas) corra el riesgo de ir debilitándose. Con el declarado deseo de que algo tan injusto no suceda escribo estas páginas precisamente en el Libro-Homenaje a quien, como es el caso del profesor Alberto Montoro, fuera su declarado discípulo, admirador y sobre todo amigo.

Y comenzaré por aclarar –cortesía que aprendí de Rodrigo Fernández-Carvajal- en qué va a consistir la exposición que sigue. Mi intención es,

¹ Mi relación con el profesor Alberto Montoro Ballesteros es anterior a nuestra común dedicación académica. Coincidimos en Montequique donde hicimos las Milicias Universitarias en la misma compañía, y allí iniciamos un primer contacto sobre nuestras personales inquietudes que a ambos nos debió resultar enriquecedor. Después volvimos a encontrarnos en la Universidad de Murcia donde él y yo hicimos nuestras respectivas tesis doctorales al tiempo que comenzábamos nuestra preparación para la carrera docente -el orientada a la Filosofía del Derecho, yo al entonces llamado Derecho Político-, largo y complicado camino que también recorrimos juntos. Y cuando digo juntos lo digo en el sentido más literal de la palabra, porque el profesor Montoro, el profesor Mirete Navarro y yo compartimos durante aquellos años de aprendizaje un mismo despacho, mesa con mesa, con la proximidad de experiencias y de aprecios que un espacio tan reducido permite imaginar. Ambos logramos nuestro objetivo, ambos ocupamos nuestras respectivas Cátedras en esa misma Universidad de Murcia y ambos llegamos casi juntos -él tan sólo un año antes que yo- al final de nuestra vida académica. Vea el lector si todo cuanto dejo dicho no justifica el que yo considere que es un honor la invitación que los compañeros del profesor Alberto Montoro me hacen para participar en este Libro-Homenaje. Lo hago encantado y "acometido de nostalgias", como nuestra común edad permite entender muy bien. La cuestión, a partir de aquí, era decidir tan sólo de qué objeto debería ocuparme en esta oportunidad. Y, puesto que durante esos largos años compartidos a los que acabo de referirme ha habido una figura, la del profesor Fernández-Carvajal, que ha ejercido un excepcional magisterio sobre ambos, me ha parecido que ningún objeto sería más adecuado –más común al profesor Montoro y a mí- que el discursí sobre su figura. La estima del profesor Montoro Ballesteros hacia él no necesita –para quienes conocieron la relación que les unía- de mayores testimonios. Si los necesitara, baste a cumplir esa función el muy cuajado trabajo –emocionado y bien construido- que le dedicó en 1998 en Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, no por casualidad titulado "Perfundet omnia luce. Notas en recuerdo y homenaje al Profesor D. Rodrigo Fernández-Carvajal". Por mi parte, las páginas que ahora doy a la luz son la versión depurada de una conferencia que impartí el 27 de septiembre de 2002 en el Centro Cultural Las Claras, de Murcia. Igual que las del profesor Montoro, dan cuenta del afecto que ambos sentimos hacia quien fue –es- nuestro común e inolvidable maestro.
sencillamente, contribuir a esclarecer algunas claves que, a mi juicio, son imprescindibles para realizar una buena lectura del pensamiento constitucional del profesor Fernández-Carvajal. No obstante, antes de ir a ello añadiré, si el lector me lo permite, dos puntualizaciones que pueden ayudar a redondear el sentido de esta intención.

Primera puntualización: que de lo que voy a tratar es de mi particular comprensión, de mi particular “lectura”, del pensamiento del profesor Fernández-Carvajal. No pretendo, por tanto, que sea la de otros ni que otros la compartan. Únicamente digo que es la que yo aprendí de él o, lo que es igual, que éste es el Derecho Constitucional que de él he recibido, en el que me reconozco y con el que me siento identificado. Y presumo que, como yo, muchos otros discípulos suyos.

Y segunda puntualización: que esta lectura contrasta con otra muy distinta que el tiempo podría acabar imponiendo con toda injusticia, una lectura según la cual estaríamos tan sólo ante un “pensamiento de circunstancias”, la teoría constitucional del régimen franquista, y nada más. Un pensamiento, por tanto, bastante complacido con la autocracia, algo integrista y cerrado e incluso cercano a una visión de España –y de la fe católica– que le emparentaría con cierto tradicionalismo simplón y casticista no demasiado extraño en nuestro país, que a él nunca le gustó. Ni que decir tiene que esa otra lectura no es sino una mera simplificación del pensamiento de Rodrigo que lo empequeñece y lo deforma, esto es, que ignora su condición de “gigante” y su vocación de universalidad o, para decirlo del modo más claro, su grandezza como teoría –como “gran teoría”– que transciende cualquier tiempo y cualquier circunstancia. Por lo demás, y vista la cuestión desde otra perspectiva, si sucediera que esta lectura simplificadora y “pequeña” coincidiera con los intereses de ciertas corrientes u orientaciones actuales, y éstas lo monopolizaran, lo hicieran suyo sin mayor reparo, por estas vías se estaría desconociendo uno de los designios más claros de Rodrigo: él, que siempre tuvo a gala “no hacer política” con el discurso académico (“no ser político”, llegó a escribir, es la “primera condición” exigible al científico de la política), acabaría así “haciendo política” después de ido y en el sentido más estrecho.

¿Cómo intentar, entonces, que esto no suceda?

Pues, a mi juicio, (de ahí la intención que al principio declaré) procurando llamar la atención sobre ciertas “claves” que nunca se deberían olvidar en la aproximación a la obra constitucional del profesor Fernández-Carvajal. En
concreto, mi propuesta es que quien quiera adentrarse en ese pensamiento utilice tres “itinerarios”, tres “vías de penetración” en el mismo que, a buen seguro, le resultarán muy provechosos. Esos tres “itinerarios” o vías de penetración son los siguientes: 1º) el itinerario de la historia del pensamiento o de las ideas; 2º) el itinerario del Derecho Constitucional como saber académico ante el que caben opciones muy diversas; y, por último, 3º) el itinerario de las Leyes Fundamentales como Constitución del régimen anterior, a la que él dedicó su atención principal. Veamos, pues, cuáles fueron sus preferencias en el mundo de las ideas, lo que equivale a saber cuáles fueron las fuentes teóricas e ideológicas de su pensamiento; veamos además cuáles fueron sus opciones o “afinidades” metodológicas en el mundo del Derecho y, sobre todo, del Derecho Público; veamos, en fin, cuál fue el sentido y alcance de su compromiso con la Constitución franquista, y después –sólo después- saquemos consecuencias. Yo, por mi parte, eso es lo que voy a hacer, bien que con la concisión que la naturaleza de este trabajo recomienda y el criterio de quienes me lo encargan impone: se trata de hacer un simple apunte que sugiera, que ayude o dé pistas para pensar, y nada más.

Advierto, para concluir esta ya larga introducción, que a la consideración de esos tres itinerarios añadiré un “punto de llegada” que no será resultado o consecuencia de lo visto en los mismos sino que, muy al contrario, intentará transcenderlos, mostrar que, en el fondo, las verdaderas “claves” del Derecho Constitucional del profesor Fernández-Carvajal están y han estado siempre fuera del Derecho Constitucional. Por lo demás, como quiera que en este “punto de llegada” puede que estemos todos de acuerdo, bien pudiera suceder que en el mismo hubiera un “punto de pacificación” o “punto de encuentro” entre las distintas lecturas que caben de su obra, lo que –una vez concordado– ayudaría a resolver muchas diferencias entre ellas.

Y, sin más, entremos ya en la consideración del primero de esos tres itinerarios.

| 2. PRIMER ITINERARIO: LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO |

Mi recomendación de partida a quien quiera profundizar en la lectura del pensamiento constitucional del profesor Fernández-Carvajal es que utilice, como primera vía de penetración, sus páginas –directas o indirectas– sobre la historia de las ideas, las cuales, a buen seguro, le serán de mucha utilidad porque allí están las claves de la filosofía política que estuvo en la base de su Derecho Constitucional. Por lo demás, esta tarea la tiene muy fácil ya que Rodrigo dejó muchas pistas en su docencia y en su obra. En su docencia porque así empezó
su carrera académica, como Profesor Ayudante de Don Luis Díez del Corral en la cátedra de Historia del Pensamiento Político en la Universidad Complutense de Madrid, amén de porque éste –la historia de las ideas– fue el contenido único de sus explicaciones durante sus primeros cursos de Derecho Político, ya Catedrático, en la Universidad de Murcia. Y en su obra porque, desde luego, a este saber dedicó importantes trabajos dentro de su muy fecunda producción, tales como los tres extensos capítulos sobre “El pensamiento español en el siglo XIX” que hubo de redactar entre 1957 y 1968 para la “Historia de las literaturas hispánicas” dirigida por Guillermo Díaz-Plaja, después reunidos en forma de libro tras su muerte, o como sus estudios sobre Renan y la idea de nación o como sus páginas sobre las constantes del pensamiento de Donoso Cortés, pero sobre todo porque la totalidad de su obra estuvo siempre mechada de continuas referencias a este tipo de materiales. En el fondo, es fácil sospechar que ésta fue su verdadera vocación y, en lo que a nosotros interesa, que éste fue su “recurso” preferido –su método– para resolver muchas cuestiones.

¿Y qué va a encontrar ese interesado lector en tales páginas?

Pues, desde luego, no –nunca– una preferencia partidista, parcial o sectaria, casi militante, a favor de autores de una sola y concreta ideología. Lo que va a encontrar es lo siguiente: primero, un pensamiento muy serio que bebe en las mejores fuentes, en las más universales, y –segundo, y llamaría sobre ello la atención– un pensamiento que sobre todo elige o prefiere a aquellos autores a los que acredita una mayor lucidez en el análisis objetivo e independiente de la realidad social.

Por eso hay en su obra un perfecto conocimiento y un constante manejo de Aristóteles y de todo el pensamiento político de la Antigüedad. En el caso de Aristóteles, tan asumido que incluso toma de él su método tópico-analítico, pero sin que esa preferencia se prolongue en nuestros días a través de una escolástica nºnº y decadente (esa que ya no analiza) sino a través de las corrientes de la “nueva retórica” que la modernizan y ponen al día: Leo Strauss, Eric Voegelin o Wilhelm Hennis por lo que hace a la filosofía política, y Gadamer, Perelmann u Olbrechts-Tyteca por lo que hace a la retórica, son referencias habituales en su obra.

Por eso también sus “fuentes” preferidas en la historia del pensamiento social contemporáneo no incluyen tanto a ideólogos de esta o aquella tendencia cuanto a analistas sociales de reconocida mirada escrutadora, diseccionadora y crítica, casi pre-sociólogos y aun sociólogos en muchos casos. A esa genealogía
pertenece una larga lista de “favoritos” de Rodrigo. Nada menos que Edmund Burke y Alexis de Tocqueville entre los más alejados en el tiempo, Max Weber en el complicado quiebro del siglo XIX al XX, y Ralph Dahrendorf, Hannah Arendt y sobre todo Raymond Aron entre los coetáneos.

Y si de ahí nos desplazamos al pensamiento español de los últimos doscientos años, lo que encontramos es lo siguiente: ante todo, un rechazo hacia el pensamiento “pequeño”, chato, falto de vuelo, venga de donde viniere, en cuya cuenta hay que colocar su expreso disgusto (desafecto) por el tradicionalismo español más integrista y castizo, ese al que él llamaba desde tiempos de la revista “Alférez” el “derechismo casticista y menéndezpelayesco” y respecto del que decía cosas como éstas: “El tradicionalismo que vive entre muertos podrá, cuanto más, proponer a sus discípulos un museo de ejemplos ilustres, pero no operar en lo íntimo de sus almas”, o al que se refería en “La Hora” (1949) para advertir que la pendiente modernización intelectual de España “no se puede escamotear en nombre de la fidelidad a Donoso o a D. Marcelino... (hay que) limpiar al catolicismo español de arenillas castizas”. No necesito decir que lo que late debajo de este repudio es su vigorosa concepción de la tradición como “historia viva y en marcha”. Toda política –piensa Rodrigo Fernández–Carvajal; y el profesor Montoro Ballesteros ha localizado los textos– es “transitoria” porque es “perfectible”. Es continuidad pero es avance. Los dos pueblos que mejor han entendido el valor de la tradición –Roma e Inglaterra– han hecho de ella punto de apoyo para construir su futuro: tal es la calidad –dice en alguna de sus páginas– de “…ese instinto de respeto a la continuidad y de amor a las formas que siempre caracterizó a los grandes pueblos políticos, como Roma o Inglaterra, y que es raíz de toda profunda originalidad”.

Por contra, no hay dificultades para hallar en Rodrigo una valoración positiva de corrientes como la Ilustración (“el factor cultural más fuerte” de la etapa liberal) o el Krausismo (ahí, sus alusiones al “attractive socrático” de Giner o de Cossío o a la “integridad moral” de Azcárate) que, en principio, parecerían estar más lejos de sus preferencias.

Pero más allá de lo uno y de lo otro, lo que encontramos aquí –en esta aproximación del profesor Fernández–Carvajal a la filosofía social española de los últimos siglos– es, de nuevo, una opción decidida por “el pensamiento lúcido” y por la mirada penetrante. Entre los más alejados en el tiempo, debe contar, desde luego, su conocida devoción por Gaspar Melchor de Jovellanos. Jovellanos es, para él, la luz, la visión más clara sobre los inicios de la España constitucional; tanto que las coincidencias con sus habituales puntos de vista no son sólo de ideas sino también de actitud, como muy bien advirtiera
Juan Velarde al indicar que ambos –Jovellanos y Rodrigo– compartían, hasta en su constitutiva mesura, un común “talante siempre liberal”. Y ya entre sus contemporáneos está, en fin, el influjo de Ortega y Gasset. Ortega y Gasset es para Fernández- Carvajal –para el Rodrigo Fernández-Carvajal de sus años de formación, y de ahí en adelante– el paradigma de la renovación intelectual de España; es la brillantez y el cuidado de la forma que deslumbra, pero es, además y sobre todo, la construcción total, la interpretación envolvente de la realidad; en suma, la percepción de la importancia que para el saber tiene la “gran teoría”.

¿Se deducen de ahí algunas consecuencias para su posterior trabajo como constitucionalista? Pues yo creo que sí. El Derecho Constitucional que de ahí se derive sólo puede ser: 1º) un Derecho Constitucional comprometido con la realidad y con la historia; para ser más exactos, comprometido con el análisis objetivo de la realidad y con el progreso de la historia. 2º) Será además un Derecho Constitucional conectado a las “grandes preguntas” que interesan al hombre como ser que existe en convivencia, preguntas que son pre-jurídicas, pero que contienen todo el sentido del Derecho. 3º) Y será, en fin, un Derecho Constitucional “orteguiano”, concebido –aqui la influencia de Ortega en la perspectiva adoptada es visible– como cosmovisión, esto es, como visión integral e integradora de la realidad política.

3. SEGUNDO ITINERARIO: EL DERECHO POLÍTICO Y SUS PLURALES OPCIONES METODOLÓGICAS

Pero interrumpamos aquí esta cuestión y vayamos al segundo de los itinerarios propuestos, el de las posibles opciones metodológicas que cabe adoptar ante la tarea de trabajar en el mundo del Derecho y, más en concreto, del entonces denominado Derecho Político y hoy Derecho Constitucional. Y vayamos a ello con una doble curiosidad: en primer lugar, la de saber cuáles son “sus autoridades”, esto es, quiénes fueron los autores cuyo modo de hacer Derecho, y Derecho Constitucional, más influyó sobre la forma de trabajar del profesor Fernández-Carvajal; y, visto ello, la de concluir cuál es “su método” o, lo que es igual, cuál es ese “modo de hacer Derecho” que Rodrigo asumió como propio.

Por lo que respecta a la primera pregunta –¿quiénes son sus autoridades en el campo que mencionamos?– hay que comenzar aclarando que Rodrigo no fue un “hombre de escuela”. No hay, pues, en él ni “maestro oficial” ni adhesiones incondicionadas que tan mal y tan poco iban con su personalidad. Lo que sí hay,
lógicamente, son preferencias o afinidades, y afinidades muy elocuentes para quien sepa leer entre líneas.

¿Por dónde iban esas preferencias? Pues —sin espacio para más— dejaré tan sólo tres pistas, tres trazos para orientar la búsqueda de quien esté interesado en prolongar esta investigación:

(i) La primera de tales pistas consiste en recordar que muchas veces esas preferencias estuvieron allá donde hubiera un buen jurista, sin necesidad de que éste fuera un estricto cultivador del Derecho Político y ni siquiera del Derecho Público. De ahí su estima por su tío Jerónimo González, hermano mayor de su madre y reconocido fundador del moderno Derecho hipotecario en España, de quien solía decir que había aprendido lo que debe ser un buen jurista doblado en apasionado intelectual; o su devoción por ese civilista impecable que fue Federico de Castro, cuya parte general del Derecho civil de España declaraba ser el libro que más veces, y con mayor fruto, había leído a lo largo de su vida; o, en fin, su aprecio por Eduardo García de Enterría, jurista finísimo, espíritu enciclopédico y gran renovador del Derecho Público en nuestro país, con el que Rodrigo compartió también tantas cosas en el terreno de la amistad personal.

(ii) Segunda pista: No deja de tener sentido, asimismo, el hecho de que, entre sus maestros de primera hora, el profesor Fernández-Carvajal se sintiera siempre más cerca del modo de hacer de Luis Díez del Corral, con quien comenzó su vida académica como Profesor Ayudante, que del de Javier Conde (lo que equivale a decir del de Jesús Fueyo y tantos otros), pese a ser Conde el director de su tesis doctoral. Es muy significativo que en la larga “conversación” que mantuvo poco antes de su muerte con Manuel Aragón Reyes sobre todo lo divino y lo humano, destinada a ser publicada en el Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de 1996, cuando Rodrigo pasa revista a sus años de formación no aparezcan en sus respuestas más que dos escuetas referencias, ambas notoriamente “administrativas”, a quien fue su director de tesis, a Conde, la una dirigida a mencionar su condición de tal y la otra a recordar que, como director del IEP, le hizo en su día el encargo de un concreto curso en el Instituto, y en cambio todo se haga deuda y emocionado recuerdo cuando en esas mismas páginas menciona a Díez del Corral o a Maravall: “…tuve la fortuna —dice— de conocer a Luis Díez del Corral y a Maravall,
grandes profesores...; en ellos encontré lo mejor de Ortega...”. De hecho, las citas de Conde que aparecen en la obra de Fernández-Carvajal suelen ser escasas, llegando incluso a no existir en alguna ocasión en la cual la referencia al mismo parecería ser casi obligada, cual es el caso del trabajo de Rodrigo sobre la representación política, tema sobre el que Conde había escrito con largueza.

(iii) Y tercera pista: En la doctrina extranjera sus preferencias se inclinaron fundamentalmente del lado de Georg Jellinek y de Maurice Hauriou, sobre todo de este último al que Rodrigo Fernández-Carvajal llegó a través de García de Enterría y en el que admiraba no tanto su institucionalismo como su teoría de las unidades compuestas o su distinción “poder mayoritario-poder minoritario”, próxima a la idea del régimen mixto que Rodrigo tanto apreció. Por cierto, que en esta admiración por Hauriou el propio Rodrigo dice coincidir con García Pelayo, cuya obra también tuvo en la mayor estima. De Kelsen afirma que apreció bastante “su desnudez y claridad”, pero que no pudo pasar de ahí porque se lo impidió su inaceptable reducción del Derecho a Lógica. No fueron, en cambio, esas preferencias suyas hacia Carl Schmitt, el gran teórico de la dictadura y del decisionismo político, del que llegó a decir que era simplemente “un ingenioso” que sacaba “las cosas de quicio”, alguien que explicaba “el matrimonio por el divorcio”.

¿Y qué método pergeña Rodrigo con todos estos mimbres, con los de aquella teoría analítica que se remonta hasta Aristóteles y con los de estas afinidades en el mundo del Derecho que privilegian a Federico de Castro, a Jellinek, a Hauriou o a Enterría? Pues no es el momento de extendernos en impertinentes desarrollos técnicos, pero sí de indicar que sí nuestro “imaginado lector” quisiera prolongar hasta ahí su búsqueda, hallaría en la obra constitucional del Profesor Fernández-Carvajal una opción metódica muy personal y a la vez muy fértil, un Derecho Constitucional, en definitiva, con “signo de identidad”, como el que hoy ya no se hace. Sus líneas maestras serían las siguientes:

a) En primer lugar -aristotélico en esto hasta la médula- para Fernández-Carvajal el Derecho Constitucional pertenece –como todo el “saber político”– al mundo de la razón práctica o, lo que es igual, al de las Ciencias prácticas. Tiene, pues, que ver con el obrar problemático o dilemático de los hombres. En este caso, con el tremendo dilema de lo justo referido a la mejor organización de nuestra vida en común.
b) Como esto es así, es decir, como ese dilema afecta a preguntas que no son sólo jurídicas sino anteriores y externas al Derecho aunque llamadas a convertirse en tal, de ahí deriva Rodrigo Fernández- Carvajal la necesidad de apostar por el que él llama, sin connotación negativa alguna, el “método impuro”, un método en el que coincide con una larga tradición que engloba a Savigny o a Mommsen, llegando hasta Hauriou, y que reclama la convergencia de tres puntos de vista, el filosófico, el histórico-sociológico y el jurídico, consciente de que hay respuestas que el solo método jurídico no alcanza, y que únicamente en la conjunción de tales vías es posible lograr, en consecuencia, una comprensión total e integrada de la realidad política en tanto en cuanto ésta interesa al Derecho.

c) En fin, la técnica argumental –la herramienta– para aplicar este método es para Rodrigo Fernández-Carvajal (aristotélico aquí de nuevo) la retórica, o sea, el discurso entre contrarios guiado por “tópicos” o lugares comunes.

Ni que decir tiene que, así las cosas, esta opción metodológica suya marca las diferencias con otros modos de hacer o, lo que es lo mismo, que ni el “positivismo” que reduce el Derecho Constitucional a “ley puesta”, como la piedra para el geólogo en el ámbito de las ciencias físicas (por tanto, sin preguntas interesantes y sin ningún empeño crítico), ni el “reduccionismo metódico” que expulsa del Derecho Constitucional cuanto sea historia, filosofía o sociología, ni el “dogmatismo científico” que desconoce cualquier tipo de permeabilidad a las opiniones ajenas y, por lo tanto, ignora esa “docilitas” tan esencial a la retórica y al avance del saber, tienen en el trabajo constitucional del Profesor Fernández- Carvajal lugar alguno. El suyo es, en suma, el “método tópico” asumido en el más auténtico y fértil de los sentidos.

4. TERCER ITINERARIO: SU COMPROMISO CON LAS LEYES FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN DE FRANCO.
ALGUNAS PRECISIONES

Por último, digamos algo sobre el tercer itinerario propuesto: su compromiso con la Constitución franquista. Desde luego, quien elija esta tercera vía de penetración en el pensamiento constitucional de Rodrigo Fernández-Carvajal, lo primero que va a encontrar es la sinceridad y la intensidad de dicho compromiso. Por convencimiento personal, por su sentido de España y por su
dedicación a estudiarlas, éstas, las Leyes Fundamentales, son “su Constitución”. Sólo él hizo la “teoría constitucional” del régimen de Franco y ningún otro jurista –ni siquiera quienes, en todo lo demás, le seguimos como discípulos– “puso tantos huevos en ese nido”. Negar esto es “hacer trampa”, manipular a Rodrigo.

Ahora bien, sentado ello de forma inequívoca, mi consejo a quien quiera seguir este tercer itinerario es que intente ver en qué sentido esa es “su” Constitución, su modelo o paradigma constitucional. Y para ello mi recomendación es que no prescinda de algunas de las conclusiones alcanzadas en los dos itinerarios anteriores. En primer lugar, de su concepto de la tradición y de la historia según el cual toda experiencia política es histórica y, por lo tanto, como en los casos de Roma o de Inglaterra, se hace –se despliega– en forma de avance. Y en segundo lugar, de su visión del Derecho Constitucional como “ciencia práctica”, lo que le lleva a considerar que cada experiencia política –problemática o dilemática en sí– es singular o concreta y, en consecuencia, inseparable de sus circunstancias.

Si lo hace así, tendrá contestada la pregunta que nos acabamos de hacer sobre por qué y en qué sentido las Leyes Fundamentales fueron “su” Constitución. Valorará, por ejemplo, lo que supone que el profesor Fernández- Carvajal calificara de manera insistente al régimen franquista como “una dictadura constituyente y de desarrollo”, y entenderá, según ello, que las Leyes Fundamentales fueron para él, en efecto, su Constitución, pero que no lo fueron porque en ellas estuviera su modelo más querido sino porque eran camino, historia, proceso del que esperaba que el esfuerzo común decantase otro modelo constitucional, éste sí verdaderamente aspirado y anhelado. La dictadura, en definitiva, era en Rodrigo el vehículo, nunca el punto de llegada.

¿Y cuál es ese modelo final al que tendían sus preferencias, ese que sí sería “su Constitución”, la efectivamente deseada?

Pues, si nos atenemos a las formalidades que impone la lectura de las propias Leyes Fundamentales, ese modelo sería una Monarquía limitada en la que el pie forzado de la Monarquía le obligó a hacer verdaderos esfuerzos para encajar un régimen primerministerialista plenamente constitucional. Pero si, por el contrario, vamos directamente al que siempre fue su modelo más estimado, libre de condicionamientos monárquicos puestos por el Derecho, ese modelo pasaría a serlo un régimen democrático de carácter semipresidencial similar al que De Gaulle diseñó para la V República francesa.
Por eso cuando en 1996 el Profesor Aragón le preguntó por la Constitución española de 1978 en la entrevista tantas veces mencionada, Rodrigo contestó que no la había votado, pero lo hizo para significar, acto seguido, que sus únicos cuatro desacuerdos con ella fueron éstos: 1) el artículo 15 y el derecho a la vida, en razón de sus convicciones sobre el aborto; 2) la “complicada manera de instaurar el régimen de las Comunidades Autónomas” (pero no dice la existencia de las Comunidades Autónomas, esto es, el Estado de las Autonomías); 3) la inutilidad del Senado, lo que hoy han pasado a compartir muchos; 4) y la decidida recepción del sistema electoral proporcional con el tendencial desafecto que ello comporta hacia el sistema mayoritario. Si donde Rodrigo habla de la inutilidad del Senado añadiéramos ahora nosotros su conocido deseo de complementar –nunca de excluir– a la representación inorgánica y de partidos con una Segunda Cámara funcional y moderna como la que también quiso establecer De Gaulle en Francia, todo habría cuadrado. Ésta era “su” verdadera Constitución, de donde sólo este resultado final, acertado o no, muestra el sentido, la cara exacta, de su efectivo compromiso con las Leyes Fundamentales del régimen de Franco.

| 5. Y UN PUNTO DE LLEGADA |

Debo concluir ya. Pero anuncié que lo haría refiriéndome a un “punto de llegada” que no iba a ser “consecuencia” sino “trascendencia” de los tres itinerarios ya recorridos. Y no quiero dejar de decir algo al respecto, aunque sólo sean las dos palabras que caben en el espacio que me resta.

Lo que intentaba decir, ahora que tenemos concluido ese triple recorrido, es que todo lo afirmado hasta aquí es tan solo media verdad, esto es, que las verdaderas claves del pensamiento constitucional del Profesor Fernández-Carvajal están –estuvieron siempre– fuera de su pensamiento constitucional. Y que sin tenerlas en cuenta no habremos entendido nada de lo que llevamos dicho.

Esas claves están, en primer lugar, en su preocupación pedagógica o, lo que es igual, en su preocupación por educar a la sociedad como único recurso efectivo para lograr una convivencia –una vida social– mejor. En el fondo, Rodrigo es en esto un “ilustrado” sobre el que planea, una vez más, la sombra de Jovellanos. Tan es así que aquí, en esta preocupación, se enhebra prácticamente toda su vida y toda su obra, desde el sentido último de sus trabajos en “Alférez” hasta el designio que atribuyó a los cursos de verano de La Rábida que tanto empeño puso en sacar adelante, pasando por la intención que subyace a las páginas que escribió sobre “La Constitución como instrumento de pedagogía” o por la viveza que acumula su elaborada teoría de los arquetipos, auténticos modelos pedagógicos, por no mencionar esa
obra fundamental suya que es “Retorno de la Universidad a su esencia”. Para Rodrigo, educar a un pueblo es, sencillamente, la única forma eficaz de constituirlo.

Y esas claves están además, finalmente, en su fe religiosa. En definitiva, el pensamiento del profesor Fernández-Carvajal es pedagogía, pero es también y sobre todo teología. No en el sentido de Carl Schmitt, esto es, no porque en él se produzca una inadmisible teologización de lo político, no porque la política se haga teología, sino porque en él toda la realidad (y, por lo tanto, también la realidad política) tan sólo existe y encuentra su sentido orientada hacia Dios.

Concluyo. Ahora sí. Y lo hago como empecé. Diciendo que ésta es, en definitiva, mi lectura del pensamiento constitucional del Profesor Fernández-Carvajal, que éste es el Derecho Constitucional que de él aprendí, y que recordarlo como acabo de hacerlo me parece la forma más cierta de hacer justicia a su memoria.

| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |


La edición conjunta de sus tres estudios sobre “El pensamiento español en el siglo XIX” la hizo la editorial Nausicaá, de Murcia, en 2003. Su traducción de la obra de Renan “¿Qué es una nación?” la editó el Instituto de Estudios Políticos en 1957 con un extenso estudio preliminar también suyo. “Las constantes de Donoso Cortés” se publicó en la Revista de Estudios Políticos, núm. 95, 1957. La afinidad metodológica y de fondo de Rodrigo Fernández-Carvajal con Aristóteles y con los cultivadores de la “nueva retórica” es patente a lo largo de
toda su producción, y de un modo particular en “El lugar de la Ciencia Política”. Por eso remite a la lectura de esta obra cuando es preguntado por ello en la muy interesante conversación que mantuvo con el profesor Aragón Reyes; vid. Manuel Aragón, “Un buen ejemplo del Derecho Político español, conversación con el Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal”, publicada en el Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 8, 1996, pág. 45. La inserción del pensamiento de Fernández-Carvajal en la línea intelectual de Burke y Tocqueville –obvia, por otra parte– la destaca Juan Velarde Fuertes en la “Necrológica” que redactó para la revista Veintiuno, núm. 35, otoño de 1997, pág. 141; también aquí la referencia de Velarde a la profunda conexión de Rodrigo con Jovellanos y a su común “talante siempre liberal”. La cita relativa al “derechismo casticista y menéndezpelayesco” está en “Educación y casticismo”, trabajo publicado por Fernández-Carvajal en el núm. correspondiente a junio de 1947 de la revista Alferez y después recogido en la recopilación de artículos suyos titulada “Los diálogos perdidos”, Madrid, 1952, págs. 164 a 173. La referencia a “las arenillas castizas” pertenece a “La Hora” de 20 de mayo de 1949 (artículo también recogido en “Los diálogos perdidos”, op. cit., pág. 231). Sobre la condición “transitoria” y “perfectible” de la política, las citas localizadas por el profesor Montoro Ballesteros a las que se alude en el texto (vid. la pág. 19 de su trabajo antes citado) pertenecen asimismo a “Los diálogos perdidos”, pág. 87. La mención de Roma e Inglaterra está tomada de “El lugar de la Ciencia Política”, op. cit., pág. 390. Las alusiones que se hacen a la Ilustración y al krausismo pueden verse en “El pensamiento español en el siglo XIX”, op. cit., págs. 65 y 193. Sobre la condición de Ortega y Gasset como paradigma de la renovación intelectual de España, se leerán con fruto muchas páginas de “Los diálogos perdidos”, entre ellas las ya citadas del artículo publicado en “La Hora”; a ese aprecio se refiere, por lo demás, Antonio Lago, que tan bien conoció al Rodrigo joven, en “Rodrigo Fernández-Carvajal hace cincuenta años”, vol. I del Libro-Homenaje citado al principio.

Para conocer las “autoridades” del profesor Fernández-Carvajal sobre la forma de hacer Derecho, la fuente más espontánea y directa sigue siendo la ya citada conversación con el profesor Aragón Reyes. Allí, sus referencias a Conde, a Díez del Corral o a Maravall (págs. 9 y 10), a su tío Jerónimo González y a Federico de Castro (págs. 12 a 14), a Hauriou y a Jellinek (pág.14, en la que también menciona la relación personal entre Jellinek y Max Weber), a Schmitt, ingenioso que saca las cosas de quicio (pág. 15) o a Kelsen (pág. 14). Por lo demás, la admiración de Rodrigo Fernández-Carvajal por Federico de Castro es clara en “Sobre la idea de Derecho en Federico de Castro”, Madrid, 1986. De su relación con Eduardo García de Enterría da buena cuenta el propio Rodrigo en

Dejando aparte referencias bibliográficas de sobra conocidas que muestran la relación de la obra del profesor Fernández-Carvajal con las Leyes Fundamentales, a los efectos de lo que se dice en el epígrafe IV conviene releer “Las Leyes Fundamentales como instrumento de pedagogía nacional”, trabajo publicado por él en 1974 en la obra colectiva “La España de los años setenta” y después revisado para incluirlo al final de “El lugar de la Ciencia Política”, op. cit., págs. 379 y ss. La cita de sus cuatro desacuerdos con la Constitución española de 1978 está en la conversación con el profesor Aragón, tantas veces citada, pág. 21.

Sobre la preocupación pedagógica de Rodrigo Fernández-Carvajal vuelvo a remitir a su estudio sobre “Las Leyes Fundamentales como instrumento de pedagogía…”, op. cit.; también a sus trabajos sobre el valor formativo de los arquetipos (“Ideologías políticas y arquetipos morales en nuestro tiempo”, en Libro Homenaje a Juan Velaarde, Madrid, 1992) y, por supuesto, a ese modélico libro que es “Retorno de la Universidad a su esencia”, Murcia, 1994. Sobre la clave finalmente religiosa –casi teológica– de todo su pensamiento, me siguen pareciendo inmejorables las página (25 a 32) que el profesor Montoro Ballesteros dedicó al tema en el trabajo que se cita al comienzo de esta referencia bibliográfica.
Derecho, tierra, territorio

Jesús Ignacio Martínez García
Universidad de Cantabria
DERECHO, TIERRA, TERRITORIO

El hombre, ser territorial, no está sin más sobre la tierra, como si fuera tan sólo un objeto situado en determinadas coordenadas espaciales. Habita la tierra y se esfuerza por hacerla habitable. Habitar un territorio exige configurarlo. Implica pasar de eso que la lógica constructivista ha denominado unmarked space a un espacio estructurado. Para ello es necesario trazar marcas: señales, líneas que escinden, que fraccionan, que establecen posiciones y diferencias, que posibilitan relaciones, que transforman


El hombre se instala en la tierra y establece allí su mundo. La piedra o la planta son de la tierra pero no tienen mundo, el animal es pobre de mundo. Sólo el hombre es configurador de mundo. De un “mundo inacabado”, siempre por hacer y rehacer

Hay distintas maneras de “hacer mundos” y el derecho es un poderoso agente constructor de mundo a través de sus operaciones de demarcación. Es

---


un factor decisivo para que haya mundo y para que el mundo se sostenga y avance. Sin derecho el mundo se vendría abajo. Ya no podemos conformarnos con decir que el derecho regula el espacio, que necesita de un espacio para desplegarse: lo primero que hace es construir espacio, generararlo a partir de diferencias, configurarlo. En su sentido más profundo el espacio no se ocupa; antes que nada se abre, se crea.

El derecho se ha concebido a sí mismo como un ámbito peculiar y algunas de sus categorías se designaban clásicamente con metáforas espaciales. Los motivos y argumentos constituían en Grecia topoi, lugares, y en Roma (y durante mucho tiempo más) se denominarán loci. Para pensar jurídicamente es preciso disponer de un repertorio de loci communes, principios decantados por la experiencia que configuran un sentido común jurídico. La moderna tópica jurídica ha puesto esta terminología de renovada actualidad. Más que una sistemática la lógica jurídica sería una tópica.

Hay un viejo lema que expresa bien la peculiar espacialidad del derecho. Se dice: quod non est in actis non est in mundo. Para el derecho “el único mundo existente es el recogido y formalizado en las propias actas”. En una especie de “arrogancia metafísica” puede no reconocer la existencia de lo que no está “autenticado” o debidamente formalizado. De este modo “el criterio de demarcación no separa dos mundos, sino el mundo y la nada, lo inexistente”. Con lo que “el papel de las actas es, en sentido estricto, un orbis terrarum”. Es como si fuera de ellas no hubiera nada. Pero además de un “espacio libre de derecho” hay dentro del


mismo derecho vacíos, huecos o lagunas que es preciso colmar\textsuperscript{7}. La dogmática decimonónica padecía un \textit{horror vacui} similar al que se decía que experimenta el espacio físico.

La palabra griega \textit{nomos}, que solemos traducir por norma, en su significado originario se refería a la apropiación del espacio: asentamiento, ordenación y partición del espacio. Designa, como advertía Carl Schmitt, la “toma de tierra” (aunque dicho por él nos haga pensar en un gesto de fuerza, invasivo, expansionista, que evoca un \textit{Lebensraum})\textsuperscript{8}.

Pero la tierra no puede tomarse y habitarse directamente. Necesita labrarse. En la cosmogonía del \textit{Génesis}, esa imponente indagación sobre los orígenes de la condición humana, el hombre recién nacido del polvo, recibe la tierra para que la labre: \textit{ut laboraretur}\textsuperscript{9}. Hasta para habitar el primer jardín hubo que cultivarlo. Se ha llamado la atención sobre nuestra faceta de \textit{animal laborans} (cómplice de la tierra), como distinta del \textit{homo faber} (dominador de la tierra)\textsuperscript{10}.

La conexión que establecerá Locke entre trabajo y apropiación, entre propiedad y trabajo, tiene este origen remoto\textsuperscript{11}. Es una conexión explosiva: el gran teórico del “individualismo posesivo” no podía sospechar que unas décadas más tarde se reclamará que la tierra sea para el que la trabaja\textsuperscript{12}.

Volviendo a la Biblia, con la expulsión del Paraíso, origen de todos los destierros, el hombre tendrá que vivir en una tierra inhóspita, hostil, maldita,


\textsuperscript{9} Yahvé dejó al hombre “en el jardín de Edén, para que lo labrase y cuidase”, \textit{Génesis}, 2, 15. Pero también dispuso: “henchid la tierra y sometedla” (1, 28). Desde el ecologismo se ha acusado a la tradición judeocristiana de la creación de ciertas interpretaciones desconsideradas de esta facultad para \textit{dominar la tierra}.


\textsuperscript{12} Desde el libro de C. B. MACPHERSON, \textit{La teoría política del individualismo posesivo}, trad. J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970, éste rótulo se ha convertido en un rasgo recurrente para caracterizar la figura del burgués.
haciéndose un hueco con el sudor de su frente. A partir de entonces, en la tierra baldía, comienza la historia propiamente humana y jurídica de la relación con la tierra, de su transformación, de la búsqueda de un territorio, de múltiples penalidades y, cómo no, de esos sueños de tierra prometida que son todas las utopías. Y sabemos también que muy pronto, con el crimen de Caín, la tierra quedará ensangrentada.

Abel representa a los pueblos nómadas, dedicados al pastoreo, que desarrollan un corpus jurídico elemental en el que no hay derecho de propiedad sobre la tierra, sólo derecho de uso. Caín representa a las primeras civilizaciones sedentarias, a las culturas agrarias que fijan los derechos de propiedad sobre la tierra. Mata para señalar su triunfo. Con él se inicia la lógica del asentamiento, uno de los acontecimientos más importantes de la historia humana. San Agustín se preguntaba: “¿Por qué Caín, en los comienzos del género humano, fundó una ciudad?”. Es el “primer autor de la ciudad terrena”. Su fratricidio constituye un arquetipo que tendrá su “eco” más elocuente en la fundación de la civitas destinada a ser caput mundi: Rómulo mata a su hermano Remo. El animal político, el ciudadano, es de la estirpe de Caín.

La dureza del trabajo, que ya no es disfrute sino verdadera lucha por la vida, llevará a que unos trabajen para otros. El que podía buscaba “súbditos” a los que “mandar que le hicieran su trabajo”. Se inicia la relación dialéctica entre señor y siervo, y la lucha por el reconocimiento. La dominación del hombre por el hombre es inseparable de la conquista de la tierra. Parece como si fuera más fácil y provechoso ir a la caza del hombre que trabajar la tierra con las propias manos.

---

13 Esta es la interpretación de R. von IHERING, Prehistoria de los indoeuropeos, trad. A. Posada, Comares, Granada, 2008: “Caín mata a Abel. ¿Qué significa esto? Si no se hubiera tratado más que de un fratricida, ¿a qué insistir sobre la circunstancia de que uno de los dos hermanos era labrador y el otro pastor? La intención es evidente: (…) el fratricidio expresa el hecho de que la agricultura, esto es, el modo más perfecto de explotación de la tierra, ha dado fin al más imperfecto, a la industria pastoril. En el suelo que el labrador se apropia, el pastor no puede mantenerse: Abel sucumbe bajo Caín”. Que la agricultura se identifique con el primogénito, a pesar de que históricamente sea posterior al pastoreo, indica que exige un “hombre de cualidades físicas e intelectuales más altas” (p. 89). Caín simboliza una modalidad de existencia superior, un avance en la civilización.

14 SAN AGUSTÍN, La Ciudad de Dios, trad. S. Santamarta y M. Fuertes, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2009, XV, 4, 5 y 8, pp. 588 y ss.

15 J. LOCKE, Dos ensayos sobre el gobierno civil, cit., I, Cap. V, 45, p. 88.

Algunos, como los colonos de Roma, se hallarán adscritos permanentemente a la tierra junto con sus familias: son *servi terrae* y se consideran como *membra terrae*\(^\text{17}\). El esclavo se apoya en el animal para la labranza, y él mismo no es más que una cosa, *res* que se halla bajo “el yugo de otro hombre”, que se puede comprar y vender. Unos viven de otros, y como dirá Marx analizando la nueva esclavitud que vendrá con la industrialización, más penosa que la antigua, el trabajo que “es un tormento para el trabajador” es “*satisfacción* y alegría de vivir para otro”\(^\text{18}\).

Tras la expulsión del Paraíso la tierra se llena de miedo. Vemos por todas partes al hombre *aterrado*. Sobre la faz de la tierra se libra el eterno combate entre el hombre y la bestia que lleva dentro, entre el hombre y el lobo, como diría Hobbes\(^\text{19}\). En el famoso grabado que ilustra su gran obra surge Leviatán detrás de los montes, como un “*dios mortal*”, guardián de la tierra\(^\text{20}\). Pero es un monstruo.

Rousseau, en su recreación del mito bíblico, en sus conjeturas sobre el estado de naturaleza, no deja de interrogarse por una historia jurídica de la tierra que es inseparable del sufrimiento. Y dirá aquello tantas veces citado y comentado: “El primero que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir: *Esto es mío*, y encontró gentes lo bastante simples para creerlo, ése fue el verdadero fundador de la sociedad civil”. Y añade: “¿Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores no habría evitado al género humano aquél que, arrancando las estacas o allanando el cerco, hubiese gritado a sus semejantes: ‘Guardaos de escuchar a este impostor; estás perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra no es de nadie’!”\(^\text{21}\).

---


\(^{21}\) J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, trad. A. Pintor, Tecnos Madrid, 1990, II, pp. 161-162. Por el contrario, A. SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, trad. C. Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 1997, IV, 2, sostenía que, a pesar de lo que pretenda el “orgulloso e insensible terrateniente” (p. 332), que sólo busca su beneficio, los que acaparan para sí promueven el interés general pues “una mano invisible los conduce a realizar casi la misma distribución de las cosas necesarias para la vida que habría tenido lugar si la tierra hubiese sido dividida en porciones iguales entre todos sus habitantes” (p. 333).
Pero esto no sucedió y no pasó mucho tiempo hasta que “los inmensos bosques se convirtieron en campos risueños que fue necesario regar con el sudor de los hombres y en los cuales bien pronto se vio a la esclavitud y la miseria germinar y crecer con las mieses”\(^2\). Era inevitable. Había advertido Pascal que basta con que alguien diga “éste es mi sitio al sol” para que dé comienzo “la usurpación de toda la tierra”\(^3\). Los vocablos “mío” y “tuyo” son, como apuntará Vico, “los progenitores de las discordias”\(^4\). La dolorosa crónica rousseauiana de una tierra herida y de una humanidad desdichada no deja a nadie indiferente. En el arranque de *El Contrato Social* leemos: “El hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado”\(^5\).

Kant recorre también los avatares por los que la tierra dejó de ser “una especie de jardín cubierto de un cielo benigno”. Pero dirige todo su sarcasmo contra “el espejismo de un paraíso donde poder soñar y retozar en tranquilo ocio y constante paz”, contra la “nostalgia vana” de “esa fantasmagoría, tan cantada por los poetas, de la edad de oro”\(^6\).

Tras un tiempo de paz llega la época de la “discordia” entre los hombres. Cuando se efectúa el tránsito de la caza a la domesticación, y de la recolección esporádica al cultivo, chocan entre sí dos formas de vida. Por una parte el pastoreo, que “no sólo es sosegado sino que proporciona sustento seguro, ya que no pueden faltar los alimentos en un suelo ancho y despoblado”. Por otra la agricultura, que “es muy penosa” y requiere “hogar permanente, propiedad del suelo y poder suficiente para defenderlo”\(^7\).

Surge el conflicto porque “el pastor odia esta propiedad que limita su libertad de pastorear”. Y el agricultor ve que “el animal que pasta no repara en los

\(^2\) *J. J. ROUSSEAU*, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, cit., p. 172.


\(^7\) *Ibidem*, pp. 80 y 81.
cultivos” y que “al pastor le es muy fácil, una vez que el daño está hecho, alejarse con todo su rebaño y sustraerse así a toda reparación”. Por ello “el agricultor tuvo que emplear la violencia”. Los agricultores “no se podían dispersar por familias, sino que tuvieron que juntarse y establecer aldeas (impropriadamente llamadas ciudades) para defender su propiedad contra salvajes cazadores o contra hordas de pastores trashumantes”. En este momento “comenzó también la desigualdad entre los hombres, manantial fecundo de tantos males pero asimismo de todos los bienes, desigualdad que fue acrecentándose”.

Se vivía en estado de guerra pues “los pueblos pastores nómadas, que no conocían como señor más que a Dios, hostigaban a los habitantes de las ciudades y a los agricultores, que reconocían a un hombre (soberano) como Señor”. Hasta que los pastores, seducidos por la suntuosidad de la vida urbana, se incorporaron a “la brillante miseria de la ciudad”. Y con el fin de la guerra “perece la libertad” bajo “el despotismo de poderosos tiranos”. De este modo el género humano se hace “indigno de vivir, como especie que fue destinada a dominar sobre la tierra y no a gozar como animal y a servir como esclava”.

Kant se esforzará como nadie hasta entonces por plantear la relación con la tierra desde la idea de libertad. Se ocupa del “suelo (por el que se entiende todo terreno habitable)” y su proyecto es la búsqueda de una “residencia (sedes)” verdaderamente humana. El paso de la res cogitans, de la cartesiana substancia pensante, a la res extensa, consiste en delimitar esferas de libertad. Su planteamiento es deductivo y apriorístico, hasta el punto de delinear una “posesión inteligible (possessio noumenon)”, que distingue de la posesión empírica, de la tenencia fenoménica. Los enfáticos y solemnes términos jurídicos: res nullius, occupatio, detentio, apprehensio, appropriatio, actum possessorium, titulus, dominium, se ubican ahora en una cartografía conceptual rigurosa y estricta, que quiere obedecer sólo al dictamen de la razón pura y será aprovechada por la dogmática civilista.

Kant sabe muy bien que en última instancia no se trata de relaciones de los hombres con la tierra o con las cosas, sino de relaciones de los hombres entre

---

28 Ibidem, pp. 81, 82 y 83.
29 Ibidem, pp. 83 y 84.
30 ID., La Metafísica de las Costumbres, trad. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, p. 77 y 78.
31 Ibidem, p. 60.
sí. El llamado derecho real (Sachenrecht), derecho de lo cósico (dinglich), plantea un derecho y una relación personal. La consideración de los beati possidentes, de la posesión tranquila y feliz, y su deducción del ius soli forman parte de su propuesta de un mundo más justo.

Por el contrario, Hegel no partirá de un sujeto de derecho ya postulado. En un proceso dialéctico el hombre se conquista a sí mismo exteriorizándose, apropiándose de la realidad y venciendo la resistencia de los otros. La toma de tierra, por seguir empleando la ambigua y sospechosa expresión de Schmitt, es un episodio del nacimiento del espíritu. Forma parte de la lucha por el reconocimiento y deja muy atrás la demarcación kantiana de “lo mío y lo tuyo externo”. No se trata tanto de la relación de unos hombres con otros, sino más bien de unos contra otros y de la emergencia misma de lo humano. Y no hay una tranquila deducción sino un encabalgamiento de contradicciones.

En un texto vertiginoso y atormentado Hegel levantará acta de lo trágico y terrible de ese proceso, en una genealogía que atraviesa ásperas tensiones, que es a la vez análisis y desconstrucción de nuestros vínculos con los otros a través de la tierra.

Comienza diciendo que “el hombre tiene derecho a tomar posesión de lo que pueda como individuo”. Pero inmediatamente advierte que la toma de posesión, que como dirían los civilistas es erga omnes, implica “excluir a un tercero”. Y se pregunta: “¿De qué puedo apoderarme sin injusticia frente a un tercero?”. Responde: “Preguntas así, precisamente, carecen de respuesta”. Habrá que plantear el problema de otro modo, en una torsión diferente. Cuando excluyo al tercero, que representa a todos los otros, “estoy tomando lo que pudiera llegar a ser posesión suya”. Bien, pero “sólo podría llegar a ser posesión suya, mientras que la mía es real”. Yo ya lo tengo. Y como “su posibilidad es inferior a mi realidad”, el tercero “tiene que reconocerme a mí, que soy real”. Se confunden aquí el tener y el ser, mal que pese a Fromm. Y sigue preguntando: “¿Qué poseo entonces?”. Pues “mi cuerpo”, “la cosa que tengo ya en la boca o en la mano; pero no sólo esto, sino lo que ya he marcado con la mirada ansiosa, lo que ya querría, hacia lo que ya se ha tendido mi mano”. En la práctica será “lo que está marcado como mío”. Pero, sigue horadando, “la marca es arbitraria; una porción de tierra cercada”, tierra “alrededor de la cual está trazado sólo el límite, un surco”, o quizá “un poste clavado en una isla”. Pero “¿dónde comienza la

32 Cfr. Ibidem, pp. 75, 64, 71 y 77.
forma en un campo labrado, en un árbol, y dónde acaba?” Mientras tanto “el interior de la tierra sigue intacto o apenas removido”33.

Bien sabían estos autores que en los orígenes, como hasta no hace demasiado tiempo en América, la tierra era de los que la ocupaban. En el Oeste norteamericano las grandes llanuras despobladas estaban a disposición de quien tuviera el valor de ir allí y abrirse camino. Seguía siendo como en los primeros tiempos, pues, según Locke imaginaba, “al principio, Caín pudo apropiarse de tanta tierra como fue capaz de cultivar y, sin embargo, dejó la suficiente como para que las ovejas de Abel pudieran encontrar en ella el pasto que necesitaban”34. Pero la tierra iba dejando de ser un bien libre e ilimitado. Los conflictos por su posesión se hicieron cada vez más ásperos y se resolvían a tiros. Las relaciones de fuerza contaban más que las jurídicas.

Probablemente Hegel no podía imaginar hasta qué punto todavía son asuntos decisivos en muchos lugares del mundo los conflictos por la tierra, las ocupaciones de tierras y la política agraria, los modelos enfrentados de la agricultura industrializada de los latifundios y de la pequeña propiedad familiar. La dificilísima cuestión de la reforma agraria sigue en el centro de las preocupaciones de un ámbito muy amplio de población, en cuyos extremos están hoy los “Sin Tierra” y el agrobussines35.

Pero el segundo momento dialéctico, el poder de lo negativo, forma parte también de la lógica de la tierra. E incluye una figura “lógica” que es previa al conflicto de unos contra otros por la apropiación (del robo, del expolio, que no dañan el objeto sino que lesionan la relación de un sujeto). Es un tipo de destrucción, de carácter elemental e impersonal, denominado devastación. Se asemeja al “aniquilamiento natural, o la destrucción exenta de finalidad, la asolación”, en la que la tierra se hace daño a sí misma. Aniquilándose “la


34 J. LOCKE, Dos ensayos sobre el gobierno civil, cit., II, Cap. V, 38, pp. 231-232.

naturaleza se revuelve de este modo contra la cultura (Bildung) que le da la inteligencia, así como contra su propio producir de cosas organizadas”. Pero la devastación es obra del hombre, que actúa como si fuera una fuerza ciega de la naturaleza que todo lo arrasa. En una completa inversión, “en el género humano, el cultivar (Bilden) se transforma en el destruir”36.

Hegel lo presenta como una revancha de lo informe frente a la labor formadora del hombre, de lo indeterminado frente a lo determinado. Así, “cuando el cultivar ha causado bastante daño a la naturaleza inorgánica y ha determinado por todas partes su ausencia de forma, en ese momento irrumpe desatadamente la indeterminateidad oprimida, y la barbarie de la destrucción cae sobre lo culto y despeja, libera, nivel a e iguala todo”. Es “el fanatismo del devastar”, indiferente a lo que encuentra. Y precisamente “en Occidente hace su aparición la devastación en todo su esplendor, y un Gengis-Kan o un Tamerlán barren por completo, como si fueran las escobas de Dios, continentes enteros”37.

Hegel recibe además otra conexión temática entre tierra y derecho. Se trata del análisis que había efectuado Montesquieu de “las leyes en relación con la naturaleza del suelo”. Hay que distinguir entre los países áridos y abruptos, en donde predomina la ganadería, y los países fértiles, que son llanuras, en donde predomina la agricultura. Los habitantes de las montañas conservan el “espíritu de libertad” y tienden a gobiernos de carácter popular, mientras que “la buena calidad de las tierras de un país establece en él la dependencia de manera natural”, el sometimiento al más fuerte38.

Los pueblos que no cultivan la tierra viven “errantes y dispersos por los pastos y los bosques” y tienen pocas leyes, generalmente de tipo consuetudinario. Pueden ser cazadores (pueblos salvajes, que viven dispersos) o pastores (pueblos

---


37 Ibidem, p. 145. Puntualiza que no es éste el caso de “los bárbaros del norte, que asaltan continuamente el sur” pues “su devastar no se produce indiferente y puramente por el simple hecho del devastar”. En ID., Lecciones sobre la filosofía de la historia universal, trad. J. Gaos, Alianza, Madrid, 1989, se refiere también al “impulso” que origina una “corriente devastadora que no obedece a ningún principio vivo”, que cae “como una inundación devastadora, sobre los países cultivados”, y “no da más resultado que destrucción y soledad” (pp. 166-167).

38 MONTESQUIEU, Del Espíritu de las Leyes, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1987, XVIII, pp. 189 y 190. Observa además que “los países no están cultivados según el grado de su fertilidad, sino según su libertad” (p. 190).
bárbaros, que a veces se reúnen en hordas). Surgen frecuentes querellas entre ellos y “se disputarán la tierra inculta como se disputan entre nosotros las herencias”. El derecho civil se desarrolla entre los pueblos sedentarios y agrícolas. Y también hay que tener en cuenta que “un pueblo que se dedica al comercio y al mar necesita un código de leyes más extenso que uno que se limita a cultivar sus tierras”\textsuperscript{39}.

Hegel desarrolla estos planteamientos referentes a “la existencia geográfica y antropológica del espíritu”\textsuperscript{40}. Propone una majestuosa progresión de tres principios naturales que articulan dialécticamente la historia universal y condensan la historia del derecho.

El suelo estéril (la montaña, el altiplano, la llanura sin agua) es el escenario de la “vida movida e inestable” de los pastores. Constituye el reino de la “libertad indomable”, habitado por pueblos que “no están encadenados al suelo”. En este primer nivel todavía “no hay relaciones jurídicas”\textsuperscript{41}.

Con el tránsito al suelo fértil (el valle) nace la agricultura y la industria. En esta fase, negación de la anterior, cesa la inestabilidad y “surgen las determinaciones de la propiedad y del derecho”. Se da por primera vez “la posibilidad de un gobierno general y, esencialmente, del imperio de las leyes”. El individuo queda sometido a grandes estructuras de poder. Para el cultivo de la tierra es necesario planificar y prever el futuro, lo cual “despierta la reflexión sobre algo universal”\textsuperscript{42}. Con la formación del Estado comienza la historia propiamente dicha\textsuperscript{43}.

En el litoral la tierra entra en contacto con el mar y se desarrolla la navegación y el comercio. Es el tercer estadio dialéctico: la negación de la negación. El elemento líquido aporta “la representación de lo ilimitado e infinito”. Mientras que “la tierra,

\textsuperscript{39} Ibídem, pp. 192 y 193.

\textsuperscript{40} G. W. F. HEGEL, Principios de la filosofía del derecho, cit., § 346, p. 422.

\textsuperscript{41} ID., Lecciones sobre la filosofía de la historia universal, cit., pp. 165 y 166 y 197.

\textsuperscript{42} Ibídem, pp. 167 y 197. En ID., Principios de la filosofía del derecho, cit., dice de la agricultura que “conduce la vida errante del salvaje que busca su subsistencia en el nomadismo a la serenidad del derecho privado”, y la institución de la propiedad constituye una de las “formas de la universalidad” (§ 203, obs., p. 276).

\textsuperscript{43} Cfr. ID., Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio. Para uso de sus clases, trad. R. Valls, Alianza, Madrid, 1997: “un pueblo sin organización estatal (una nación como tal) no tiene propiamente historia (…), ni la tienen los que existen hoy todavía como naciones salvajes” (§ 549, p. 568).
el valle, fija el hombre al terruño y lo sitúa en una multitud de dependencias” ahora “el mar lo saca de este círculo limitado” y lo impulsa a “trascender las limitaciones terrestres”. El hombre “abandona la tierra firme” y se aventura a navegar “llevando consigo el suelo, fabricado por él mismo”. Los estadios anteriores “dependen del suelo, que está fijo”, pero ahora el ser humano “se eleva sobre la naturaleza”. Entra en escena “la libertad individual”. Y “el Estado de más alta formación une las diferencias” conjugando elementos opuestos, como hicieron los griegos, que no permanecieron ni “alejados del mar” ni “olvidados de la tierra”

Había dicho Hegel, en un contexto diferente: “en otro tiempo la historia correspondió a la Tierra; pero ahora la Tierra se halla en reposo. Era una vida que, en fermentación en sí misma, ella misma conllevaba el tiempo: el espíritu de la Tierra aún no había accedido a la contraposición; su movimiento y sueños eran los de un dormiente antes de despertar y recibir en el hombre su conciencia, entrando así en oposición consigo como quieta figuración”

La tierra tiene memoria de sus devastaciones. Guarda, más o menos cubiertos, vestigios y estratos de su pasado. Deja de ser naturaleza y se convierte en historia. Si excavamos nos muestra nuestras raíces, nos devuelve nuestros secretos, nuestros horrores. Sobre cuántas cosas se ha echado tierra. En todas las épocas aparecen juristas arqueólogos que hacen preguntas a la tierra. Que buscan “corrientes subterráneas desatendidas”.

Territorialidad humana terrible y fantástica, inevitable e insatisfactoria, siempre problemática, aporética, insufrible, imposible. Porque la tierra no es sólo tierra. No es un objeto físico sino la proyección de esquemas, de concepciones,

44 ID., Lecciones sobre la filosofía de la historia universal, cit., pp. 169, 199, 349 y 408. En ID., Principios de la filosofía del derecho, cit., leemos que en el mundo griego se logra la “unidad sustancial de lo finito y lo infinito” y “se manifiesta el principio de la personalidad individual” (§ 356, p. 427).

45 G. W. F. HEGEL, Filosofía real, cit., p. 95.


de ideologías, de fantasías, de sueños y pesadillas que toman cuerpo y se territorializan. La tierra: elemento en que se entrecruzan realidad y ficción, despliegue de lo humano y lo inhumano. *Homo, humus, tierra.*

La tierra humana se conjuga de muchas maneras. No es lo mismo el espacio físico que el territorio de las ciencias sociales, o el ámbito espacial de validez del derecho. No es lo mismo espacio que lugar o sitio\(^{48}\). No es lo mismo tierra que suelo (el *Boden* de los nacionalismos de sangre y suelo, o el suelo del urbanismo). Otra cosa será el *ground* inglés o el *Grund* alemán, fondo que nos sustenta o fondo que se desfonda (*Ab-grund*), fundamento y abismo para los filósofos\(^{49}\). O el espacio (*Raum*) como elemento apriorístico de nuestra estructura mental\(^{50}\).

Todos estos nombres y dimensiones de la tierra tienen mucho que ver con el derecho. Y también otro, que ha alimentado siglos de especulación jurídica: la palabra *naturaleza*. El término griego *physis*, como el latino *natura* transmiten el sentido de lo natal, de algo fecundo, de lo que nace, brota, emerge. Es la *natura naturans* de la tierra fértil. Desde muy antiguo estas palabras forman parte del lenguaje del derecho y han llevado a plantear un derecho natural. Aún suena el grito de Antígona. Invoca leyes no escritas y desafía al poder, no por azar, ante un enterramiento denegado. Exige, *in extremis*, un derecho a la tierra\(^{51}\).


\(^{51}\) G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, cit., se sirve de Antígona para plantear la rebelión del derecho de la tierra. La “ley divina” del “reino subterráneo” choca contra la ley humana (p. 268). Ninguna de las dos potencias es autosuficiente. Así como “la ley vigente sobre la tierra” busca apoyo en “la ley subterránea” para legitimarse, “la potencia subterránea, por el contrario, tiene su realidad sobre la tierra” puesto que emerge “por medio de la conciencia” (p. 270). En su conflicto “contra la ley que dispone de la fuerza a la luz del día” aparece como “ley de la debilidad y de la oscuridad”, como “sombra exangüe”. Es frágil y “empieza sucumbiendo, por tanto, ante la ley de la luz y de la fuerza”. Pero dado que “el espíritu manifiesto tiene la raíz de su fuerza en el mundo subterráneo”, al negarse a reconocer la ley de la conciencia “devora con ello su esencia”, con lo que “su victoria es más bien su propio declinar”. Y “el muerto cuyo derecho ha sido atropellado” sabrá “encontrar instrumentos para su venganza”. Se servirá de “otras comunidades, cuyos altares han manchado los perros y los pájaros con el cadáver que no ha sido elevado por la restitución que le es debida” al seno de la tierra (p. 280).
La tierra acogedora, la tierra orientadora, la madre tierra, ha tenido un lugar privilegiado en el paisaje mental de los juristas. Hasta que con el terremoto de Lisboa, “cuando la tierra entreabre sus abismos” y es devoradora de hombres, como dice Voltaire en su amarga invectiva, se ponga fin a una confianza ingenua en el derecho natural, en el curso del mundo y en la tierra misma\textsuperscript{52}. En la crisis del optimismo ilustrado hay una formidable recusación a la tierra.

La obra de Deleuze y Guattari constituye una de las aportaciones más penetrantes al problema de la territorialidad en el pensamiento contemporáneo. Hoy vivimos una tensión extraordinaria entre el espacio estatal y el espacio nómad, cuya figura más moderna sería la red (que no llegaron a analizar, aunque valga para ella todo lo que dicen del “rizoma”). El nomadismo parecía cosa del pasado, y sin embargo ahora se nos califica de nómadas postmodernos\textsuperscript{53}.

Las sociedades primitivas, sin poder central fijo, se caracterizan por “una territorialidad itinerante, basada en divisiones locales enmarañadas”. Las sociedades modernas han sustituido las viejas vinculaciones y arraigos por “un espacio geométrico sobrecodificado”, resultado de planteamientos abstractos\textsuperscript{54}. El Estado moderno se constituye a partir de flujos descodificados y desterritorializados, a los que proporciona consistencia. Efectúa una reterritorialización, que no consiste en afincarse en un territorio semejante al que ya se ha perdido o relativizado, sino que es el paso a otra dimensión diferente: la de las abstracciones.

Con la modernidad se impone “una razón de Estado lineal o geométrica” que es el “resultado de una máquina abstracta”. Se configura un “espacio político homogéneo e isótopo”, un espacio orientado en el que “los distintos núcleos se ponen a resonar en un centro que actúa como denominador común”. El Estado se comporta como un espacio acústico, como una caja de resonancia en la que todos los puntos “resuenan”, repercuten, “entran en redundancia” y “remiten a un centro”. El espacio deviene concéntrico y todo revierte en un


“punto de acumulación”, en un “punto de entrecruzamiento” que es a la vez eje de rotación\textsuperscript{55}.

La “geometría de Estado” implica “la primacía del elemento-teorema, que sustituye las formaciones morfológicas flexibles por esencias”, por “propiedades”. Justamente la institución jurídica de la propiedad es el máximo ejemplo de “un espacio sobrecodificado y cuadriculado por el catastro”, en el que “no sólo cada línea tiene sus segmentos, sino que los segmentos de una corresponden a los de otra”. El espacio concebido more geométrico es una cuadrícula y puede encajar en una organización arborescente. Es un espacio “estriado”, divisible, que se define por una “axiomática”\textsuperscript{56}.

Pero no hay nada estable: “El campo social está constantemente animado por todo tipo de movimientos de descodificación y de desterritorialización”. Deleuze y Guattari no dejan de advertir que “los códigos son inseparables del movimiento de descodificación, y los territorios de los vectores de desterritorialización que los atraviesan”. Cualquiera que éste sea, “el territorio es inseparable de ciertos coeficientes de desterritorialización\textsuperscript{57}. No se trata de contradicciones, como pensaba el marxismo, sino de fugas. Siempre hay “líneas de fuga” por las que algo fluye y escapa a las organizaciones\textsuperscript{58}.

La línea dura del trazo jurídico, los segmentos normativos estables, se ven perturbados por flujos mutantes que alteran el espacio newtoniano organizado y controlado\textsuperscript{59}. Aparece un espacio de microdeterminaciones, una física de partículas, de flujos que habría que expresar en cuantos, que son “grados de desterritorialización en el flujo descodificado”. Frecuentemente no sabemos dónde situar el límite, el dique jurídico, con relación al flujo ni cómo hacerlo.


\textsuperscript{56} G. DELEUZE y F. GUATTARI, Mil mesetas, cit., pp. 217 y 227.

\textsuperscript{57} Ibidem, pp. 224, 226 y 332.

\textsuperscript{58} Cfr. Ibidem, p. 220.

Por más que se ajusten las piezas del derecho siempre huye algo que no se deja encauzar, que abre espacios disipativos. Percibimos cómo “la línea de segmentos (macropolítica) está inmersa y se prolonga en un flujo de cuantos (micropolítica) que no cesa de modificar, de agitar los segmentos”. Y los centros de poder se sitúan siempre “entre la línea y el flujo”\(^{60}\).

Endurecemos nuestros segmentos, nos aferramos a la lógica binaria, nos reterritorializamos. Pero “donde hace un momento veíamos terminaciones de segmentos bien delimitados, ahora hay más bien franjas imprecisas, intrusiones, imbricaciones, migraciones, actos de segmentación que ya no coinciden con la segmentariedad dura”. Ahora “todo ha devenido flexibilidad aparente, vacíos en lo lleno, nebulosas en las formas, imprecisión en los trazos”. Lo que sucede es que “una microfísica del migrante ha sustituido a la macrogeometría del sedentario”\(^{61}\).

En el corazón de la modernidad retorna la figura legendaria del nómada. Para el nómada “la desterritorialización constituye su relación con la tierra”, que deja de ser lugar de arraigo y se convierte en un simple suelo o soporte, como el hardware lo es para el software. El nómada “es un vector de desterritorialización”\(^{62}\).

El espacio estatal está “estriado”, está cuadriculado y es arborescente; es \textit{polis} o \textit{urbs}, está urbanizado. Por el contrario el espacio nómada es “liso”, indefinido y enredado, “sin propiedades intrínsecas, sólo de situación”; es \textit{nomos}. En la dinámica estatal, como ocurre con el ajedrez (juego de Estado, no por casualidad ejemplo recurrente en la teoría del derecho), se trata de “distribuir un espacio cerrado”, de “ir de un punto a otro”, de “ocupar un máximo de casillas con un mínimo de piezas”. Pero en el movimiento nómada “se trata de distribuirse en un espacio abierto, de ocupar el espacio, de conservar la posibilidad de surgir en cualquier punto: el movimiento ya no va de un punto a otro, sino que deviene perpetuo”\(^{63}\).

El Estado se opone a lo difuso: busca fijar, asentar, regular el movimiento del flujo, asignarle canales y conductos. Necesita trayectos fijos, direcciones bien determinadas, que regulen la circulación, que relativicen el movimiento, que lo

\(^{60}\) G. DELEUZE y F. GUATTARI, \textit{Mil mesetas}, cit., pp. 223, 222 y 221.

\(^{61}\) \textit{Ibídem}, p. 231.

\(^{62}\) \textit{Ibídem}, p. 386.

midan. Pero en el espacio nómada “ya no se trata exactamente de extraer constantes a partir de variables, sino de poner las variables en estado de variación continua”.

El espacio sedentario está delimitado (término que viene de limes o muralla, frontera), acotado por muros, lindes y caminos. Es obra de una geo-metría. El espacio nómada es liso, “sólo está marcado por ‘trazos’ que se borran y se desplazan con el trayecto”. No está delimitado sino “localizado”.

El espacio estatal y jurídico es geométrico. Posee una axiomática y configura una “extensio política” con métricas cada vez más complejas. El espacio de los flujos es “numérico, aritmético”. Aquí el número “ya no es un medio para contar ni medir, sino para desplazar”. Es un “número direccional, y no dimensional o métrico”, un “número complejo”, articulado por otros números que “se desplazan y se despliegan”. Un “número numerante” que plantea conjuntos “difusos” y “no axiomatizables”, que fórmula “multiplicidades” y ejerce “la potencia de lo no-numerable”. También podríamos hablar del paso de lo analógico a lo digital.

En todo caso para entender la espacialidad de nuestro tiempo es preciso aceptar un desafío: formular “proposiciones de flujos” y no “proposiciones de axiomas”. Se trata de “un espacio intensivo más bien que extensivo, de distancias y no de medidas”. De un “Spatium intenso en lugar de Extensio”, para el que ya no sirven las viejas metáforas políticas, como organismo y organización. En una tierra que se ha hecho más pequeña por las facilidades de comunicación asistimos también a la “contracción del espacio”, a formas de ubicuidad, y a un ciberespacio que crea “una impresión de simultaneidad e inmediatez que trasciende las barreras del espacio”.

---

64 G. DELEUZ y F. GUATTARI, Mil mesetas, cit., p. 375.
65 Ibídem, pp. 385 y 386
66 Ibidem, pp. 391, 392, 393, 394, 397, 473 y 474.
Pensemos en que el capitalismo no es territorial. Es una poderosa fuerza de desterritorialización y deslocalización. No tiene por objeto la tierra sino la mercancía. La propiedad decisiva no es la de la tierra o el suelo, ni siquiera la de los medios de producción, sino la de “derechos abstractos convertibles”. Los centros de poder son ahora “permutadores, convertidores, osciladores”, situados entre los flujos y los segmentos. La concepción del Estado como poder de dominación, como soberanía, como potencia capaz de determinar y controlar, es cada vez más “una representación ridícula y ficticia”.

En sintonía con estos planteamientos precursores, en la sociología contemporánea se pone de manifiesto una nueva lógica espacial. Frente al “espacio de los lugares” se impone el “espacio de los flujos”, que se está convirtiendo en la forma de espacialidad dominante. La red es la nueva morfología de la realidad social. Es cierto que “los lugares no desaparecen, pero su lógica y su significado quedan absorbidos en la red”. Ningún lugar existe por sí mismo, ya que las posiciones se definen por los intercambios de flujos en la red. Ser algo o alguien es estar conectado. La relación entre el espacio de los flujos y el espacio de los lugares es la que hay entre globalización y localización. La gente sigue viviendo en lugares, pero el poder se organiza en flujos.

La teoría de sistemas ha tomado nota de que “la territorialidad, al menos en la actualidad, es para los sistemas sociales un principio de limitación completamente atípico, más bien exótico, un principio de limitación perturbador de la movilidad normal de la sociedad”. Los sistemas tienen límites, y eso es lo que distingue el

---


70 G. DELEUZE y F. GUATTARI, Mil mesetas, cit., pp. 459 y 229.


concepto de sistema del de estructura. Pero siempre presuponen la posibilidad de rebasarlos. Mediante sus límites no sólo se cierran sino también se abren a su entorno. Son límites autogenerados que rara vez pueden formularse con categorías territoriales. Y la comunicación amplía los límites del sistema.

Pero no se trata sólo de territorializar, desterritorializar o reterritorializar, de lugares y de flujos. Habrá que plantear también lo que Bloch denominaba la “extraterritorialidad” del hombre. Por paradójico que suene nunca habrá una extraterritorialidad radical.

No es propio del hombre reptar como la serpiente, ni excavar madrigueras y subterráneos. No debería mirar con “ojos de topo” un ser que “fue hecho para mantenerse erguido y contemplar el cielo”. El hombre se ha alzado sobre el suelo. Ser capaz de ponerse de pie es el principio de lo humano frente a lo animal. Levantarse es hacer frente a toda parálisis, a toda postración y humillación. Ser hombre es vencer la fuerza de la gravedad y la opresión, ganar altura, elevarse sobre la horizontal de la tierra, trazar una verticalidad y obtener perspectiva. Sólo así se descubre que la tierra tiene horizonte. El horizonte, como destacó la fenomenología, no es una cosa, un objeto que puede aferrarse. Es más bien una dimensión de infinidad que nos acompaña y se desplaza con nosotros.

---


76 Dirá J. G. FICHTE, *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. J. L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, que “el género humano se ha elevado libremente del suelo y ha ganado con ello la facultad de lanzar la mirada a su alrededor y abarcar en el cielo medio universo”. Puesto en pie avanza “con su paso audaz”, “mantiene su razón y libertad continuamente en ejercicio” y “pasa veloz sobre la tierra, que roza con la menor parte de sí mismo” (p. 169).

77 Observa J. G. HERDER, *Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad*, trad. J. Rovira, Losada, Buenos Aires, 1959, que “cuanto más perfecto sea un animal, tanto más se levantará como si dijéramos de la tierra” (p. 103). Con el imperativo “¡Levántate de la Tierra!” inicia su andadura “la figura erecta de la humanidad” (p. 90), destinada a elevarse cada vez más.

78 La voz “levántate” es recurrente en los Evangelios. Cfr. por ejemplo Mc 2, 11; 3, 3; 5, 41. Es muy elocuente también el caso de la mujer “encorvada”, que “no podía en modo alguno enderezarse” (Lc, 13, 11).

Puede que el jurista, de tanto mirar al suelo, pierda el horizonte. El realismo de Kant, que tenía los pies en la tierra, enseñó a mirar al cielo estrellado, tratando de la ley moral\textsuperscript{80}. Pero previno frente a los sueños de los visionarios que se van por las nubes, hacia otros mundos, que olvidan que nuestra tierra es también “una de las estrellas del cielo”. Por eso tras “el alto vuelo que toma la esperanza” es preciso descender a esta tierra y caminar con “pie firme”\textsuperscript{81}. Pues “la tierra misma puede contener en sí lo mejor de las otras estrellas”\textsuperscript{82}.

No hace falta ser montañero para saber que “para escalar las cumbres hay que tener los pies firmemente plantados en la tierra”. Pero ahora “es la tierra misma la que se vuelve cada vez más inestable, débil, poco confiable”. En la precariedad postmoderna “no hay ninguna sólida roca donde asentar los pies para poder saltar”, para proyectar el futuro y cambiar el presente\textsuperscript{83}. Buscamos en vano suelo firme cuando “todo lo sólido se desvanece en el aire”\textsuperscript{84}.

Una última consideración: “Lleno de méritos, sin embargo poéticamente, habita el hombre sobre esta tierra”\textsuperscript{85}. La famosa expresión de Hölderlin nos enseña que para habitar hay que ser poetas. Si no fuéramos poetas, poietai (es decir, creadores), el mundo se vendría abajo. También los juristas somos poetas. Y ojalá que con nuestra fuerza poética hagamos la tierra más habitable.

\textsuperscript{80} Destaca I. KANT, \textit{Crítica de la razón práctica}, trad. E. Miñana y M. García Morente, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1994, que “dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto, siempre nuevos y crecientes, cuanto con más frecuencia y aplicación se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí” (p. 197).

\textsuperscript{81} ID., \textit{Los sueños de un visionario explicados por los sueños de la Metafísica}, trad. P. Chacón e I. Reguera, Alianza, Madrid, 1987, pp. 48 y 49, nota.


Génesis de la personalidad jurídica

Juan Antonio Martínez Muñoz
Universidad Complutense de Madrid
GÉNESIS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

1. INTRODUCCIÓN

Quiero hacer unas breves consideraciones sobre la emergencia de la relación entre la personalidad y el derecho en homenaje al estimado profesor Alberto Montoro Ballesteros, a quien personalmente aprecio y en línea con mis últimas publicaciones sobre el tema. Parece obvia la constatación de que el ser humano se puede socializar de diferentes formas pero básicamente depende del modo en que se realiza culturalmente la inserción en la vida social. La cultura puede dotar al ser humano de distintos significados (a los que aludimos con diferentes palabras) y posibilidades en función de la percepción de lo que uno mismo es, de la autoconciencia: da lugar a desiguales conformaciones sociales sino que varían la percepción de lo que el ser humano entiende sobre sí mismo y sus posibilidades de realización. Una parte importante de la socialización depende del derecho; resulta ser la última instancia para determinar de la posición social del ser humano. El lenguaje o el arte contribuyen decisivamente a la socialización, pero reclamamos algo a los demás en término de derechos. El derecho no es disoluble en economía, en información o en sociología. No significa que esas otras actividades sean superfluas, sino que lo jurídico tiene una especificidad. Pero el derecho contribuye a la socialización humana cuando tiene unas características cuya ausencia la frustran.

La discusión sobre la persona y sus derechos es eminentemente occidental, pero hay un planteamiento divergente en la respuesta de las dos principales perspectivas presentes en la historia del mundo geográficamente occidental. La tradición y la modernidad tienen, en efecto, respuestas diferentes y antagónicas sobre el derecho y sobre el ser humano, no meros desacuerdos accidentales o episódicos, que serían resolubles, sino disidencias de fondo, lo que hace que sus pretensiones resulten intraducibles. Se evidencia en la dualidad rival de sus nociones jurídicas nucleares, entre ellas la personalidad jurídica.

2. EL EMERGER HISTÓRICO

Aunque pudiera parecer que considerar que el ser humano es una persona resulta un dato generalmente admitido y pacífico, en realidad lo personal tiene una historia en que no ha sido reconocido o ha sido fuertemente cuestionado, en la que se expresa el desenvolvimiento y la acción de diversas ideas acerca de la comprensión y autocomprensión del ser humano, que ha resultado turbulenta porque esa comprensión ha estado involucrada, cuando menos de forma latente, en el curso que han tomado los acontecimientos de la historia occidental y su impulso, en no pocas ocasiones, ha sido violento.
A. Las raíces grecorromanas

Los orígenes de la noción de persona se remontan, según es sabido, a las máscaras etruscas usadas por los actores, fundamentalmente griegos, en las representaciones (*dramatis personae*), al igual que usaban *coturnos* (zapatos con tacones) en las tragedias o *soccus* (zapatos bajos) en las comedias y que, aparte de distinguir los caracteres, básicamente sitúan la atención en el personaje en lugar del ser humano concreto que actuaba en el escenario para representarlo. Para ello deformaba la voz e impedía ver el rostro del actor. Evitaba el reconocimiento del hombre particular que estaba detrás del personaje. En esa misma línea, «En los diálogos platónicos el interlocutor es como un modelo vacío en el que todos pueden reconocerse»

El uso de la “persona”, de la máscara, permite desempeñar una función dependiente del objetivo narrativo, fijada por el guion.

El uso originario evidentemente no se refiere propiamente el ser humano, no constituye una caracterización del mismo ni un modo de entenderlo; aunque frecuentemente en las obras teatrales, especialmente en la tragedia, se trasluce una reflexión sobre la condición humana y la estructura del mundo que podemos ver proyectada a la vida humana por el filósofo estoico Epicteto (55-135), cuando dice: «Sabad que eres el actor (*próspon*) de un espectáculo, elegido por el director del teatro, breve, si lo desea breve, largo, si lo desea largo; y si quiere que tú hagas de pordiosero, debes hacer bien esta parte; y lo mismo si se trata de un cojo, de un príncipe o de un ciudadano privado. Tu deber consiste en hacer bien la parte que te ha sido asignada; escógela pero pertenece a un astro», con lo que expresa su resignación ante lo que no podemos cambiar.

Pese a que «el pensamiento griego sobre el estado conduce en última instancia a la creación de la idea occidental de la libre personalidad humana, la cual no se basa en ningún estatuto de los hombres, sino directamente en el conocimiento de la suprema norma», pauta que en Platón no se conecta con el estado históricamente vigente sino con el estado ideal, lo cierto es que el papel que se puede representar socialmente viene fuertemente marcado por el tipo de organización social en que se vive; más que por su articulación concreta, por

---

1 MONTANELLI, I.: *Historia de Roma*, p. 143.
3 EPICTETO: *Manuale*, 17; citado por COTTA, S.: *Persona*, p. 15.
su horizonte espiritual, el cual presenta el elenco disponible de posibilidades de comprensión humana del mismo modo que en la obra teatral lo hace el tipo de escenario y la obra que se representa: Sería absurdo querer representar a Sancho Panza en El Mercader de Venecia. A la par, la actuación dramática «se caracteriza por un conjunto de personajes inmediatamente reconocibles por la audiencia. Tales personajes definen parcialmente las posibilidades de la trama y la acción»⁵.

Cada estructura social, con sus leyes, sus relatos, sus símbolos, sus condiciones económicas, su historia o su religiosidad actúa al modo de un “mundo posible” de Saul Kripke⁶ que enmarca las contingencias del modelo humano realizable en ella. La noción de mundo posible, aunque tiene su origen en la técnica lógica, no es sólo un recurso formal, sino que tiene una estrecha conexión con el uso ordinario en nuestro lenguaje de las nociones de posibilidad y actualidad, al igual que con el reconocimiento de propiedades esenciales y accidentales en las cosas. La afirmación de que un objeto tiene necesariamente una propiedad es verdadera si tiene esa propiedad en todo el mundo posible en que ese objeto existe. A su vez, es verdad que un objeto tiene posiblemente una propiedad si tiene esa propiedad en, al menos, un mundo posible⁷. Esos mundos posibles, lingüísticos o lógicos, que permiten articular la distinción aristotélica entre propiedades esenciales y accidentales, también presentan un claro correlato social y humano.

La conformación de la dimensión social que posibilita la autocomprensión del ser humano se caracteriza en ese mundo posible grecorromano por ser acentuadamente política en Grecia (en la polis) o civil en Roma (en la civitas). La ciudadanía se impone a la personalidad. En ese contexto el derecho es, en su sentido político o civil, uno de los principales soportes para mantener un status social privilegiado: el de ciudadano. El horizonte del derecho, al igual que el de la moral, es la ciudadanía. Las leyes y las virtudes humanas se supeditan al bien de la polis. El uso de la razón es “público” o político. El papel de ciudadano permite gozar de una agradable posición en la vida de la ciudad, motivo por el cual «Los griegos no aprendían lenguas extranjeras»⁸. Implica tener derechos políticos, propiedad, disfrutar una educación que engloba todos los aspectos de

---

⁵ MACINTYRE, A., Tras la virtud, p. 45.
⁶ KRIPKE, S.: Identidad y necesidad, p. 98 y s.
la vida pública, el acceso a la zona selecta de la ciudad y a los magníficos edificios públicos, el tener esclavos y no necesitar trabajar servilmente son algunas de sus ventajas. La libertad, una de las principales cualidades del ser humano, en ese contexto del mundo grecorromano, es igualmente considerada un status social; se interpreta en función de la posición social que proporciona la ciudadanía. Lleva a los seres humanos a considerarse libres por comparación con los que son esclavos o marginados. El varón, propietario, marido, padre, educado, libre no ve en sí mismo una persona sino un ciudadano.

El reverso está en el carácter restringido y excluyente de la ciudadanía. Los griegos, en efecto, «no lograron concebir algo que superase la ciudad con su inmediata campiña. Es más, esta ciudad no la querían sino de cierta medida. Platón decía que no debía rebasar los cinco mil habitantes; y Aristóteles decía que todos debían conocerse entre sí, al menos de vista»⁹; incluso cuando fundaban colonias no lo hacían con una intención de conquista ni imperialista, se ve en el uso de la palabra apoikía (ἀποικία) con que designan a sus asentamientos que, literalmente, quiere decir “casa lejana o fuera” de la ciudad. La ciudadanía estaba vedada al inmigrante, al esclavo, a la mujer, al niño, al meteco, al inmigrante, al campesino; la posición social de éstos es subordinada, no tienen derechos propios y menos aún personales. Se puede decir que los esclavos son personas en el sentido de que son hombres, equivale a decir que son de la misma especie animal que los ciudadanos, lo mismo sucede a los demás marginados por la ciudadanía. No le permite entenderse en cuanto miembro del género humano personalizado. La exclusión de la polis es lo peor que podía ocurrir a los griegos: “Evita la ciudad”, dice Demóstenes de un enemigo suyo para significar que no participa de la vida de todos, lo que era la peor acusación que pudiera lanzarse contra un ateniense»¹⁰. Las mismas reglas “políticas” acentúan el exilio y el ostracismo. La expulsión de la polis era lo peor que le podía ocurrir a los griegos. En esas condiciones era razonable temer el destierro, que implicaba el desarraigo. «El exilio era una forma de castigo en el mundo antiguo, y a menudo era utilizado para los más graves delitos. Traía consigo la pérdida de la pertenencia política y de los derechos civiles, de modo que no existe autor griego o romano que comparta el punto de vista de Hobbes, para quien “un simple cambio de aires no es castigo”... en Atenas, el exilio era un castigo sólo cuando se seguía un juicio y un veredicto. El ostracismo era algo muy distinto, precisamente porque el ciudadano exiliado no era juzgado sino elegido por sus

---

⁹ MONTANELLI, I.: Historia de los griegos, p. 32.

¹⁰ MONTANELLI, I.: Historia de los griegos, p. 32-3.
conciudadanos. El procedimiento fue ideado muy al comienzo del régimen democrático a fin de permitir que los ciudadanos se deshicieran de individuos poderosos o ambiciosos, quienes podrían proponerse la tiranía o cuyas intrigas amenazaban la paz de la ciudad... Los ciudadanos simplemente escribían sobre un pedazo de vasija o sobre una teja el nombre de la persona que deseaban sufriera el ostracismo... quien recibiera la mayoría de los votos era desterrado, sin apelación, por 10 años»11.

Esto afecta no sólo a la convivencia sino a la visión artística, al naturalismo que se caracteriza por «pensar que hay que entender a los humanos en términos de continuidad con las ciencias de la naturaleza extrahumana»12, y afecta igualmente al trato social, marcado por una enorme crueldad y la ausencia de delicadeza. Entre los papeles sociales dominantes no están los que Macintyre ha caracterizado como representativos del mundo actual pero tampoco hay algo parecido propiamente a un caballero medieval. Todo creo que se deriva de que, según se ha dicho autorizadamente, «entre los griegos no hay concepto alguno parecido a nuestra conciencia personal»,13 ausencia provocada por un horizonte de historicidad y trascendencia limitados. Todo ello es relevante porque nos presenta un panorama similar al que podemos encontrar en la autocomplaciente apelación a la ciudadanía de nuestros días frente a los súbditos no emancipados del pasado o los denostados clientes del presente.

B. Emergencia medieval de la persona

En la Edad Media nos situamos socialmente en otro mundo posible, no meramente imaginario sino con una realidad histórica concreta, que plasma unas posibilidades antropológicas diferentes a las del mundo grecorromano, donde los mismos términos pueden tener otro significado. En cierto modo es plausible que la incontestable importancia del pensamiento griego haya sido debida a su inserción en la cultura occidental que en ese momento se engendra; si Grecia hubiera caído en manos de los persas no es fácil que hubiera tenido la misma repercusión histórica. Parece que podemos verlo en la noción misma y en la importancia de la persona.

12 TAYLOR, Ch.: Fuentes del yo, p. 97.
13 JAEGER, W.: Paideía, cit. p. 25.
Pese a que el uso del término persona aparece mezclado con el de hipóstasis (a propósito de los debates trinitarios)\textsuperscript{14}, aparece ya con un significado claramente humano y adquiere el sentido primordial de la gran tradición que ha llegado a la actualidad. Según señala Cotta, con el cristianismo «cada hombre singular -sin distinción de edad, sexo, posición social, raza y cultura- y no solamente la persona es “imagen y semejanza de Dios”. En todas sus formas (mística, teológica, filosófica) la reflexión cristiana repite y glosa esta expresión bíblica. Baste recordar a san Agustín: “Singulus quisque homo, qui […] imago Dei dicitur, una persona est” (De Trinitate, XV, 7, 11)”. No hay que olvidar la oposición paulina entre “hombre carnal” y “hombre espiritual” (de la cual es un desarrollo grandioso el De Civitate Dei agustiniano) pero aquél no es identificable con el individuo ni éste con la persona. Además, si se tiene en cuenta la cuidada distinción entre “imagen” y “semejanza” precisada por la Patrística griega y mantenida particularmente viva en la Iglesia ortodoxa\textsuperscript{15}, la “imagen” es un dato ontológico, por tanto no es cancelada ni cancelable ni siquiera en el hombre carnal (en este sentido también san Agustín, De Trinitate, XIV, 4, 6.), mientras la mayor o menor fidelidad de la “semejanza” está conectada al empeño personal del individuo\textsuperscript{16}.

La dimensión religiosa dotó a la palabra ‘persona’ de una completa originalidad con respecto al mundo grecorromano pues, pese a usar su terminología e instrumental conceptual metafísico, y a pesar de que «Las personas pueden ser, por convicción o por antipatía, antirreligiosas. El que la dimensión religiosa forme parte del ámbito de la posibilidad humana es constitutivo del carácter personal del hombre»\textsuperscript{17}; podemos concluir que la ausencia total de esa dimensión obstaculiza la plena realización humana en forma personal, lo cual obviamente no significa dejar de ser seres humanos.

Se puede situar en san Agustín la introducción del sentido personal de la vida humana. No es que formule ideas completamente originales al respecto, sino que articula de modo coherente y abierto un conjunto de prácticas desarrolladas hasta entonces por la tradición cristiana en el contexto bíblico. Atribuye a la

\textsuperscript{14} BURGOS, J.M.: El personalismo, p. 159.


\textsuperscript{16} COTTA, S.: Persona, p. 25-6.

\textsuperscript{17} SPAEMANN, R.: Personas, p. 105.
personalidad un carácter dialógico y relacional al decir que necesitamos de los demás para ser nosotros mismos\(^{18}\), o que somos con los demás en una forma que estructuralmente salvaguarda el derecho, según ha señalado Cotta\(^{19}\), lo cual supone una especial configuración de la sociedad. De hecho «San Agustín es para él el teórico máximo del amor, un amor concebido por el gran santo en una forma original y desconocida para los griegos»\(^{20}\), motivo por el que es admirado por Scheler. En ese contexto «El encuentro en el sentido amplio del término, nos hace darnos cuenta de la cualidad humana del otro, mientras que amarle nos muestra más acerca de él: su cualidad esencial única. Esta cualidad es la característica constitutiva de lo esencialmente personal. La autotranscendencia, sin embargo, está igualmente implicada, ya trascienda el hombre de sí mismo mediante un cumplimiento del sentido o mediante encuentro amoroso. En el primer caso, está implicado un logos impersonal; en el segundo, un logos personal\(^{21}\); se conecta así con la relacionalidad constitutiva del hombre, con la personalidad y con el amor en sentido cristiano: con la caridad. Pocas cosas hay más personales que el amor, éste implica el apego, «De hecho, el significado personal depende de los apegos: vivimos por nuestras relaciones con las personas a las que queremos, por las metas que perseguimos, ya sean profesionales, políticas, sociales o de otro tipo, y por aquellos aspectos del mundo que han pasado a tener un significado especial para nosotros, aquellos a los que hemos “domesticado”»\(^{22}\). Para san Agustín aunque no podamos hacer nada por ayudar a los demás, siempre les podemos amar. El amor pasa a ser el bien fundamental de la existencia en relación al cual se definen los demás y nosotros mismos; dota de sentido a la vida; impregna la existencia; permite entender la felicidad y su frustración. También se plasma en instituciones caritativas y asienta en la caridad la forma básica de las relaciones sociales que, basadas en ella, son tendencialmente personalizadoras. En ese sentido podemos entender el que «Para Agustín, la verdadera res publica, lo público, no es imperium sino la Iglesia; el imperium ha perdido cualquier derecho a ser verdaderamente público por su rechazo a hacer justicia, por rechazar dar a Dios lo suyos\(^{23}\), mientras que en la concepción moderna del espacio público eso cambia y «La Iglesia, en esta

\(^{18}\) AGUSTÍN, San: Comentarios a los salmos, 125, 13.

\(^{19}\) COTTA, S.: Il diritto nell'esistenza, Cap. IV. 3, p. 80 y s.


\(^{21}\) FRANKL, V. E.: Psicoterapia y humanismo, p. 74.

\(^{22}\) RAZ, J.: Valor, apego y respeto, p. 35.

\(^{23}\) CAVANAUGH, W.T.: Imaginación teo-política, p. 91.
visión, es una entidad esencialmente asocial que sólo proporciona “motivaciones” y “valores” para la acción pública. Los cristianos deben, pues, encontrar su política y su actuación pública en otra parte, escogiendo de entre las opciones que ofrece el estado-nación secular24. Efectivamente eso no significa que san Agustín confunda la justicia con la caridad, sino que no se excluye la caridad de la justicia y, con ello, la más noble forma humana, la personal, puede quedar plasmada en la vigencia social de la justicia.

Por otro lado, con su nueva visión del orden dota al mundo de un sentido humano personal y con la consideración de la historicidad de la vida humana sitúa al ser humano en una perspectiva diferente respecto a la naturaleza en un mundo iluminado por la caridad. En Occidente, por siglos, se ha visto la religiosidad una salvaguarda de la propia personalidad y de su posibilidad en el mundo social. En ello se pueden encontrar algunos de los motivos que justifican el especial apego de las personas a la religión. Del mismo modo que la persona tiene una dimensión religiosa, tiene igualmente una dimensión comunitaria englobante de todos los seres humanos que, en cuanto hijos de Dios, no son sociales por vivir en la polis y en sus condiciones civiles o políticas, sino por sí mismos. La comunidad tiende a la personalización al institucionalizarse (no sólo la autoridad, según señala Renard). Cristalizó esa institucionalización en un entramado novedoso de instituciones sanitarias, caritativas, económicas, educativas o jurídicas. En el campo jurídico se desplegó en el Ius commune, uno de cuyos componente más persistentes ha sido la lex mercatoria, cuyo sentido histórico originario no coincide por completo con el actual.

Se construyó un orden social basado en la personalidad, en la condición personal del ser humano, no en la ciudadanía (del derecho romano, griego o estatal moderno) ni en la individualidad o la humanidad (en el caso de los derechos humanos o subjetivos); basado en un derecho que depende de una especial consideración del ser humano coextensivo con el género humano y que desborda los límites de la polis étnica por derivarse de la condición personal. Se trata de un derecho que supone un nuevo sentido de la libertad dependiente de una condición personal y no de un estatus político o civil. En ese nuevo sentido de la libertad, libertad, culpa y mérito son factores personales determinantes del derecho “personal”, del genuino derecho. La culpa implica alterar deliberadamente el orden, introducir desorden, perturbar el sentido, el sentido que da ese espíritu de caridad y libertad, diferente por tanto al del

positivismo en el que «el orden social será siempre incompatible, por necesidad, con la libertad permanente dejada a cada uno, sin el cumplimiento previo de alguna condición racional, de volver a someter diariamente a discusión indefinida las bases mismas de la sociedad» que cuestiona la ética discursiva y dialógica. La cuestión del orden, en todo caso, nos sitúa en una dicotomía respecto al derecho, evidente en que «Frente a quienes eligen la idea de conflicto como punto de partida para la aproximación al estudio del Derecho... siempre he preferido partir de la idea de orden por entender que, desde esa base de partida resulta mucho más fácil llegar a una comprensión total del fenómeno jurídico».

El mérito correlativo implica que, según señaló el papa Gelasio en la carta al emperador, sólo las cualidades personales, intelectuales y morales, son el cauce adecuado para adquirir prestigio y relevancia social. Idea vinculada a la de servicio que integra incluso a las instituciones de gobierno. Su importancia la podemos ver en unas líneas de Walzer que lo resumen y que, aunque las he citado en otros sitios, repito por ser clarificadores: «el argumento fundamental en cualquier comunidad política donde la idea de cargo ha arraigado, como en los Estados Unidos, no sólo en la Iglesia y en el Estado sino también en la sociedad civil», algo que «En Occidente se desarrolló con toda claridad dentro de la Iglesia católica». La idea de cargo se inserta dentro de la persona jurídica con que se expresa el sentido personal de ese conjunto de instituciones. En ese modo de entender la comunidad se desarrolla el proceso de representación, no propiamente política sino comunitaria o empresarial, de una empresa entendida más en términos culturales que económicos. La concepción medieval de la persona se traduce en instituciones y empresas personificadas jurídicamente, en un mundo animado por un espíritu de caridad. Nada de colectivos de facto ni de las típicas sociedades secretas o tácitas. No en vano la personalidad jurídica se desarrolló en el derecho canónico y floreció en multitud de órdenes, con reglas y constituciones. Pero también dio lugar a la conformación social con agrupaciones: comarcas, familias, reinos. El pueblo ya no es un conjunto de personas sometidas a la misma ley política, según el modo grecorromano, sino


que «El pueblo es un conjunto de seres racionales asociados por la concorde comunidad de objetos amados, para saber qué es cada pueblo, es preciso examinar los objetos de su amor (diligit)»\textsuperscript{29}; el cambio es abismal: deja de estar habitado por ciudadanos y pasa a estarlo por personas.

Básicamente se ve en la personalidad un logro expresado en las formas genuinas de nobleza humana que caracterizan los papeles sociales de la época y, quizá, «En el fondo, la visión caballeresca del amor no ha aparecido en la literatura, sino en la vida»\textsuperscript{30}; es algo que merece protección y esfuerzo, personal y comunitario. Es la idea que ha pasado a la gran Tradición occidental como un componente central de su patrimonio social y espiritual; explica, a mi modo de ver, el que los occidentales se aferren al conjunto de instituciones generadas bajo ese espíritu donde el “alma” inmortal, principio de identidad personal (distinto a la individuación racionalista y de Aristóteles, pese a que la noción está tomada del mundo griego), posibilita la apertura a la relación cultural y permite comprender el sentido de la cultura a la par que conforma al ser humano y su actividad en unas condiciones en que es irrepetible, distinto a los demás e inconfundible pero, a la par, goza del mismo rango ontológico y jurídico a la hora de evaluar su responsabilidad en función del mérito y la culpa que configuran la relación básica con los demás y que hace que no podamos desentendernos de ellos lo mismo que de Dios (con pensamientos, deseos, codicia, etc. que no perciban los demás). Ese principio de personalidad, en cuanto configurador de la más noble configuración humana, impregna toda actividad: el hablar, el decir algo y el escuchar, el amar y el ser amado, el apreciar el arte y aportar algo bello, el obligarse y reclamar respeto, la historicidad y lingüística humanas; la sexualidad y la posición social, el trabajo y la economía, la ciencia y la información, etc. Todo depende del alma personal, tomada del mundo griego pero cuya inmortalidad está tan ligada a una concreta iluminación de la divinidad que difícilmente podemos dejar de considerar revelada, según se ve en que «por mucho que los medios conceptuales con que se intenta resolver este problema teológico sean de cuño griego, el pensamiento filosófico gana a través de ellos una dimensión que estaba vedada al pensamiento griego»\textsuperscript{31} y que nos conforma.

\textsuperscript{29} AGUSTÍN, SAN: \textit{La ciudad de Dios}, Lib. XIX, cap. XXIV, p. 511.

\textsuperscript{30} HUIZINGA, J.: \textit{El otoño de la Edad Media}, p. 108.

\textsuperscript{31} GADAMER, H.G.: \textit{Verdad y método}, I, p. 503.
| 3. BREVE RECAPITULACIÓN |

La conclusión a la que podemos llegar es que el origen de la personalidad jurídica está asociado a una cultura concreta. Al mundo medieval, cuya necesidad de personificación integró en la novedosa idea de la persona elementos grecolatinos que no habían tenido el relieve adecuado para dignificar al ser humano hasta el nivel que lo hizo su consideración personal. Pese a ello, la personificación humana nos evidencia que la plasticidad de la naturaleza humana, su moldeabilidad cultural, las posibilidades de transformación del propio cuerpo, el diseño biológico, la disponibilidad de la mente, en sus contenidos y en sus mismas funciones, llevan a preguntarnos por el riesgo de lo qué significa la ausencia de la categoría de persona en el horizonte humano del que se puede hacer desaparecer conformando la vida humana, podríamos decir, mediante la fórmula de Grocio, “ut si Deus non daretur”. Dado que, según señala el profesor Montoro, «El ser humano, inmerso en el orden de la vida social, en virtud de su capacidad racional, es capaz de comprender y analizar críticamente ese orden –en función de los principios y valores, ideas y creencias que integran y nutren tanto su ethos personal como el ethos social vigente– [...][actuando] sobre las estructuras e instituciones sociales que lo integran con el fin de: –erradicarlas o aniquilarlas... –transformarlas o mejorarlas... –consolidarlas y protegerlas»32, obliga a interrogarnos ¿Qué significaría, por ejemplo, sustituir la convicción de tener alma por la autonomía o la conciencia de clase o de género? Evidentemente suponen riesgos para lo personal cuya elusión creo que sólo puede conseguirse mediante un fundamento personalista (más que humanista) para el derecho.

| 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |


32MONTORO BALLESTEROS, A.: *El derecho como sistema normativo*, p. 28.


Propiedad y libertad como derechos subjetivos en Suárez

José Justo Megías Quirós
Universidad de Cádiz
PROPIEDAD Y LIBERTAD COMO DERECHOS SUBJETIVOS EN SUÁREZ

En su estudio sobre el derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico, el Prof. Montoro puso de relieve cómo con el Renacimiento se inició un profundo proceso de subjetivización del derecho\(^1\). En estas breves páginas trataré de apuntar algunas de las aportaciones de Francisco Suárez a tal proceso.

Suárez realizó una interpretación de los textos jurídicos tomistas enfocada a entrelazar las ideas medievales con las modernas, ignorando aquellos que pudieran dificultar su objetivo\(^2\). Aunque admitió las acepciones tradicionales del derecho como objeto de la justicia, como facultad moral y como ley\(^3\), contrariamente a la mayoría de sus antecesores, a penas prestó atención a la primera de ellas, y así lo hizo notar Villey\(^4\). Por ello, cuando utilizó el término *ius*, casi siempre lo entendió o bien como ley (para él *ius praeceptivum*) o bien como facultad o una “propiedad o una manera de propiedad de alguna cosa”\(^5\) (*ius dominativum*). El derecho, entendido como facultad, poder o, en definitiva, derecho subjetivo será, a juicio de Suárez,

---


\(^4\) Suárez “scinde la notion de droit en deux notions séparées: d’une part ce qui serait le résultat tangible de l’art juridique, le bénéfice qui en résulterait pour l’individu, la faculté, le droit subjectif, d’autre part, au bas de l’autre versant, l’instrument de l’art juridique, c’est-à-dire la loi. Tels sont le deux sens que Suárez en définitive, veut seulement reconnaître au mot *jus* et qui deviendront les deux rubriques de nos dictionnaires modernes, définissant le terme droit”. Op. cit., p. 380.

\(^5\) *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 16. Más adelante hace otras referencias a la única distinción entre derecho legal y derecho como facultad, entre las que destaca, por su claridad, la contenida en el lib. VII, cap. I, n. 9: «Para entender esto, quiero observar –como ya lo observé al principio de este tratado– que el término derecho puede tener dos sentidos: uno, la facultad de usar, que es un derecho o a manera de derecho de propiedad, pues puede llevar consigo el derecho sobre una cosa propia o a hacer propia una cosa, y en general puede llamarse derecho de propiedad, y así, en rigor, pertenece al terreno de los hechos; y otro, la fuerza para obligar o imperar y puede llamarse derecho de ley o legal». Suárez llama al ius-facultad derecho útil o real y al legal lo llama derecho honesto, por constituir normas del bien obrar. Cfr. *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2.
el objeto propio de la justicia: “derecho significa el poder moral (facultas moralis) para adquirir una cosa o para poseerla, ya se trate de una verdadera propiedad ya de alguna participación en ella: este es el objeto propio de la justicia, según santo Tomás”\(^6\). Interpretó, por tanto, el *ius suum* y el *ius justum* como la facultad moral sobre algo: “en este sentido, la noción de *ius* se resuelve en el *suum* y, por tanto, siempre se adjetiva porque alude a un contenido concreto: *ius sepulchri*, *ius ad stipendium*, *ius in re*, *ius ad rem*, *ius utendi vel fruendi* o *ius praediorum rusticiorum vel urbanorum* *seu iura servitutum* entre otros ejemplos que utiliza Suárez”\(^7\).

A la facultad moral iba unida la obligación de respeto por parte de los demás, de modo que la posibilidad de un individuo de edificar, de ocupar un emplazamiento, de cercar un terreno, de hacer esclavos o dejarlos en libertad, etc., se veía correspondida por la obligación del resto de la comunidad de permitir el ejercicio de tales facultades sin poner obstáculos\(^8\).

Para Folgado, el adjetivo *moralis* que acompañaba a la definición suareciana era típico de este autor. Los escolásticos anteriores habían aludido a esta característica —no bastaba con un poder físico, sino moral\(^9\)—, pero sin introducirla en su definición. Sin embargo, niega Folgado que este adjetivo implicara en Suárez el individualismo típico de la modernidad\(^10\), pues no llegó a identificar plenamente *potestas* con *jus*; un poder podía significar una simple licencia de hacer, un poder físico, mientras el derecho implicaba un poder de dominación, una facultad moral con un respaldo superior\(^11\). En este sentido, afirma Sánchez de la Torre que

\(^6\) *De legibus*, lib. II, cap. XVII, n. 2. En el lib. I, cap. II, n. 5 sostiene: «et iuxta posterioriorem et strictam iuris significationem solet proprae ius vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suae, vel ad rem sibi debitam».


\(^8\) *De legibus*, lib. II, cap. XVIII, nn. 4-5.


\(^11\) “Duo illa verba potestas et jus notanda et distinguenda sunt quia non idem significant. Duoibus enim modis potest aliquis potestatem habere aliquid faciendi uno modo quasi permissive, quia licitum est illi facere... sicut mihi licet ingredi alienam domum, alio modo datur potestas cum jure conjuncta sicut est potestas utendi propria domo vel re communi”. *Disp. de triplici virtute*, 18, 1, 1, citado por M. Villey, op. cit., p. 381.
“la moralis facultas suareciana no indicaba al hombre en cuanto mera libertad o voluntad, como podría entenderse a primera vista, sino que entendía al hombre como ser unitario, armónico, y precisamente como órgano de relación social”

El derecho legal, por su parte, estaba constituido por normas del bien obrar, estableciendo cierta igualdad en las cosas y constituyendo la razón del derecho-facultad. Suponía, al igual que en el pensamiento de Luis de Molina, que toda facultad debía estar otorgada –para ser legítima– por una norma, con independencia de su naturaleza. Como afirma Villey, Suárez combinó la definición tomista de ius con la moderna (como facultad), considerando ésta última más correcta.

Entendido tanto en un sentido como en otro, ambos podían ser enmarcados en el ámbito del derecho natural, del de gentes o del civil, de modo que la facultad moral concreta tendría igual naturaleza que el derecho (norma) que la otorgara. Cada facultad o poder moral necesitaba de un fundamento para existir.

Al referirse al dominio, mantenía que “el derecho de propiedad únicamente es materia de otro derecho preceptivo, y consiste –por decirlo así– en un hecho o en una determinada cualidad o relación de las cosas”. La propiedad era simplemente “algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene” para su ejercicio o renuncia, pero que anteriormente había debido ser reconocido u otorgado por una norma. Es decir,

---


16 De legibus, lib. II, cap. XVIII, n. 2.

17 De legibus, lib. II, cap. XIV, n. 18.

18 De legibus, lib. VIII, cap. XXXIII, n. 12. En su lib. I equipara el ejercicio de un derecho de propiedad con la creación de una ley, como actos de poder, y matiza que «todo ejercicio es un acto de la voluntad, pero sobre todo el ejercicio del derecho de propiedad, que es libre». Lib. I, cap. V, n. 15.
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

no era derecho dispositivo, sino dispuesto. Debía ser, por tanto, el derecho natural, el de gentes o el civil los que establecieran ese derecho de propiedad\textsuperscript{19}; después, sería el individuo quien libremente decidiría tener o no algo en propiedad. Por ejemplo, en el caso de la prescripción, era el derecho civil el que disponía la posibilidad de adquirir en determinadas circunstancias. El derecho adquirido mediante la prescripción no hubiera tenido existencia sin esa norma anterior, sin ese derecho civil dispositivo\textsuperscript{20}. Así, mantiene Villey: “Mais le droit subjectif au contraire, cette \textit{facultas}, cette \textit{potestas} reconnue à l’homme par les lois, a pour lui de l’être réel. Le ‘droit dominatif’ est un fait: \textit{jus dominativum consistit in facto quodam} –ou plutôt c’est une qualité des choses: \textit{seu in tali conditione vel habitidine rerum}; et plus précisément encore c’est une qualité de l’homme en relation aux choses matérielles (…) Il s’agit bien d’un attribut du sujet humain, \textit{subjectus}; le terme de droit subjetctif est déjà presque élaboré”\textsuperscript{21}.

Esto, sin embargo, no significaba que el derecho de propiedad –como cualquier otro derecho o facultad– pudiera ser entendido como un derecho absoluto, entendiendo por absoluto la exclusiva dependencia de la voluntad del titular. Tendría sus límites, marcados por el bien común, de modo que el Estado “tiene legítimo poder sobre todas las personas particulares y sobre sus bienes en todo lo necesario para el buen gobierno”\textsuperscript{22} y un individuo podía perder la propiedad adquirida de forma legítima si así lo requiriera ese buen gobierno, aunque para ello se precisaba una causa justa\textsuperscript{23}.

\textsuperscript{19} Nos vamos a referir especialmente al derecho de propiedad, dado que algunos autores, como es el caso de Dabin (\textit{El derecho subjetivo}. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 109), dan por supuesto que Suárez concibe este derecho como un derecho subjetivo.

\textsuperscript{20} \textit{De legibus}, lib. VII, cap. I, n. 9: «Pues bien, el uso de una persona particular puede dar el derecho sobre una cosa propia o la propiedad de una cosa, o el derecho de esclavitud y cosas así, como sucede en la prescripción; pero ese derecho no tiene fuerza de ley, y por eso se dice muy bien que no es un derecho dispositivo porque no manda ni ordena, sino que más bien es un derecho dispuesto, por adquirirse conforme a las disposiciones del derecho».

\textsuperscript{21} Op. cit., p. 381.

\textsuperscript{22} \textit{De legibus}, lib. II, cap. XIV, n. 18. En este sentido, Suárez confiere al gobernante el poder de castigar con la pena de muerte o la privación de los bienes (cfr. lib. II, cap. XIV, n. 4), pero para su materialización requiere su contemplación en una norma y sentencia declaratoria firme (cfr. lib. V, cap. VIII, nn. 2, 3, 6 y 25).

\textsuperscript{23} “El legislador humano de esta manera puede -por una causa justa- producir por sí mismo y a su voluntad tal privación y -por una causa semejante- obligar a semejantes acciones u omisiones, de la misma manera que, cuando conviene, inhabilita a una persona para el matrimonio o prohíbe votar o se incauta de los bienes necesarios al estado”. \textit{De legibus}, lib. V, cap. VIII, n. 9. En el lib. VIII, cap. XXXVII, n. 9, exige la existencia de una causa legítima, referida al bien común y moralmente necesaria.
Podemos concluir, por tanto, que los derechos-facultad debían ser otorgados y regulados por la ley\textsuperscript{24}. En el caso de la prescripción estaba claro, exigiendo la ley tomar posesión y conservarla “firme e incólume”\textsuperscript{25}. Del mismo modo, para mayor seguridad de la sociedad, debía ser la ley la que determinara los modos de perderla, de modo que, una vez regulado todo esto, ni siquiera el derecho natural tendría fuerza suficiente para hacer perder la propiedad\textsuperscript{26}. Establecida la regulación (bien por el derecho civil o de gentes), tales facultades serían respaldadas por el derecho natural siempre que no contrariaran las exigencias de justicia natural según las circunstancias de cada tiempo, lugar, etc. Sólo para el abandono de la cosa propia parecía innecesaria la ley; al entender la propiedad como “algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene y no de otro”, bastaría que cesara la voluntad para que con ella cesara también la propiedad\textsuperscript{27}.

En este sentido, afirmaba Suárez que “una cosa que se tiene por abandonada, al punto deja de ser nuestra aun antes de que otro la adquiera y posea, y eso aunque la cosa abandonada sea al punto ocupable”\textsuperscript{28}. El abandono suponía el cese en la posesión de la cosa, y cuando ese cese iba precedido de una voluntad suficiente de abandonar la propiedad concreta, ésta se perdía y resultaba un bien abandonado\textsuperscript{29}.

Sobre la adquisición por ocupación, dudaba en catalogarla como institución natural o humana. Cuando alude a los ejemplos del \textit{ius gentium} expuestos por S. Isidoro, podemos leer en Suárez que “el primer ejemplo es la \textit{ocupación de emplazamiento}, la cual es tan lícita a cualquiera por derecho de gentes o –más bien- natural, que ninguno puede justamente impedir a otro que ocupe un emplazamiento que no ha sido antes ocupado por otro”\textsuperscript{30}. Y más adelante


\textsuperscript{25} \textit{De legibus}, lib. I, cap. XVIII, n. 11.

\textsuperscript{26} Afirma Suárez que “el derecho natural como tal sólo parece tener virtud para mandar, pero no v. gr. para quitar la propiedad o para hacer algo semejante”. \textit{De legibus}, lib. II, cap. XII, n. 2.

\textsuperscript{27} \textit{De legibus}, lib. VIII, cap. XXXIII, n. 12: “una voluntad así basta para desposeerse de la propiedad de una cosa, pues aunque no basta para traspasar la propiedad a otro, sí parece bastar –al menos por la naturaleza de la cosa- para dejar la propiedad propia, porque la propiedad es algo moral dependiente de la voluntad del que la tiene y no de otro cuando no es imposible que la cosa quede sin ningún verdadero dueño humano”.

\textsuperscript{28} \textit{De legibus}, lib. VIII, cap. XXXIV, n. 9. En el n. 10 expone la necesidad de distinguir entre el abandono y el no uso. Este último no hace perder la propiedad.

\textsuperscript{29} Loc. cit., n. 11.

\textsuperscript{30} \textit{De legibus}, lib. II, cap. XVIII, n. 4.
afirmaba que la ocupación —o el derecho a la ocupación de un emplazamiento— era natural y, por tanto, su licitación provenía del derecho natural. Pertenecía al derecho natural *concesivo*, que confiere al sujeto la facultad de adquirir lo que aún no es de nadie al tiempo que establece la obligación de los demás de respetar esa nueva propiedad.  

Suárez aclaraba en qué sentido se podía entender la ocupación como institución de derecho de gentes. Era un modo natural de adquirir —y por lo tanto una facultad moral natural—, pero el legislador podía establecer la forma concreta de llevarlo a cabo, y sólo en este sentido podía ser entendida como institución humana. Es decir, el principio natural indica que el primero en ocupar algo que no es de nadie lo hace suyo, pero el derecho de gentes puede establecer —sin contrariar este principio— garantías y límites para salvaguardar el bien común.

Este proceder era más conveniente aún en el caso de la usucapión, pues la ocupación en sentido estricto hace referencia a un bien que siempre ha carecido de dueño, mientras que la usucapión se refiere al bien que con anterioridad ha sido objeto de propiedad, pero que, por alguna circunstancia ha pasado a tener un nuevo poseedor.

La usucapión no es más que uno de los efectos de la ley dada por el soberano. Si no existiera esa ley, no se podría adquirir o perder la propiedad mediante usucapión, pues “es preciso que el modo de adquirir lo prescriba la ley”. En este sentido es muy preciso al decir que la “prescripción no tiene su origen solamente...

---

31 Cfr. loc. cit., n. 7.
32 Cfr. *De legibus*, lib. II, cap. XX, n. 10.
33 En *De legibus*, lib. I, cap. XVII, n. 1 mantiene que “el cuarto efecto (de la ley) es traspasar la propiedad de las cosas”; y en el n. 11 expone: “el cuarto efecto era traspasar la propiedad de las cosas, como sucede con la ley de la prescripción, etc. Acerca de ésta puede decirse que este efecto se reduce al precepto, pues la ley manda que éste y no aquél sea el dueño, y el modo como manda es haciendo, porque, de no ser así, no podría mandar eficazmente. Pero puede añadirse que es probable que este efecto y otros semejantes —aunque los confirman las leyes y por eso suelan realizarse por medio de leyes— formalmente no los realizan las leyes en cuanto leyes, porque el quitar o dar la propiedad no es mandar sino —como quien dice— dar u obrar”.
34 Cfr. *Ibidem*. En *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 19 afirma que “las leyes civiles, por una causa justa, puede cambiar o traspasar el derecho de propiedad”; en el lib. V, cap. V, n. 14 expone: “de la misma manera podría uno decir que la ley priva de toda propiedad del dinero y del derecho a él y que lo traspasa a otro, y que de ahí se sigue la obligación de no retener una cosa ajena sino de entregarla a su verdadero dueño, lo mismo que en la prescripción la ley priva al primer dueño de todo el derecho que tenía a poseer la cosa o reclamarla".
en la naturaleza de la cosa, pues ninguna prescripción procede de la sola ley natural, según doy por supuesto como cosa conocida\textsuperscript{35}. Es necesaria una sanción legal del soberano, que tiene la facultad de transmitir las propiedades fundamentada en el poder de administración de los bienes de su Estado\textsuperscript{36} y hace uso de ella a través del derecho civil\textsuperscript{37}. Una vez que el soberano establece la prescripción, es el derecho natural el que obliga a respetar esas adquisiciones, de modo que “en la prescripción interviene la ley humana que traspasa la propiedad de una cosa de un dueño a otro; y sin embargo, la obligación que nace de ahí de no usurparle al otro la cosa que ha prescrito en su favor, es natural, y violarla sería robo”\textsuperscript{38}. Llega a plantear si la prescripción supondría una modificación del principio natural de no quitar lo ajeno\textsuperscript{39}, pero concluye que no, pues nos encontramos simplemente ante un cambio de materia: la ley, por una razón extrínseca, realiza el cambio de propietario, por lo que no se produce robo alguno\textsuperscript{40}.

Otra facultad sobre la que Suárez se manifiesta con amplitud es la de la libertad, aunque sólo haré una breve referencia para intentar comprender sus ideas sobre la libertad individual\textsuperscript{41}. Sánchez de la Torre puso de relieve la repercusión que tuvo el tema de la libertad entre los escolásticos y la polémica surgida a raíz de la concepción molinista\textsuperscript{42}. Suárez también abordó la cuestión y consideró que la libertad, entendida como potencia, como capacidad de determinación, no era un don gratuito, sino “propiedad de la naturaleza humana”\textsuperscript{43}, y desde este punto

\textsuperscript{35} De legibus, lib. VIII, cap. XXXIV, n. 10.

\textsuperscript{36} “El príncipe o el estado no sólo tiene el propiamente dicho poder de jurisdicción para mandar y castigar, sino también el poder de supremo dispensador y administrador de los bienes del estado. Pues bien, la ley con sus efectos propios procede del poder de jurisdicción, en cambio, el transferir la propiedad o impedirla y cosas semejantes pertenecen a la administración de los bienes y al poder de alto dominio que decimos tiene el estado. Este es el poder de que formalmente hace uso el príncipe cuando determina que por prescripción uno adquiera la propiedad y otro la pierda”. De legibus, lib. I, cap. XVII, n. 11.

\textsuperscript{37} Así lo considera Suárez en De legibus, lib. II, cap. XVII, n. 2.

\textsuperscript{38} De legibus, lib. II, cap. IX, n. 9.

\textsuperscript{39} Cfr. De legibus, lib. II, cap. XIV, n. 2.

\textsuperscript{40} Cfr. De legibus, lib. II, cap. XIV, n. 19.


\textsuperscript{43} Sánchez de la Torre, op. ult. cit., p. 714.
de partida reflexionó sobre el alcance de la libertad del individuo que vive en sociedad.

Por derecho natural la libertad compete a todos los hombres, pero es un hecho real que las leyes privan de ella en ciertas ocasiones. La razón que lo justifica es que la libertad pertenece al derecho natural concesivo; atendiéndolo solamente al derecho natural, la libertad está permitida, pero “la ley natural no manda que tales cosas continúen en esa situación”, quedando sometida a las exigencias de la razón. Pero, aclara Suárez, “es de derecho natural más que la esclavitud, porque la naturaleza hizo a los hombres –por decirlo así– positivamente libres con derecho intrínseco a la libertad; en cambio, hablando propiamente no los hizo positivamente siervos”. Al relacionarlo con el derecho de propiedad, consiguió reforzar su valor afirmando que la naturaleza confiere a cada hombre la propiedad sobre su libertad de una forma positiva.

Esto no significa que defendiera una libertad ilimitada, pues “puede decirse que existe también un derecho natural concesivo, cual es el derecho de casarse, el derecho de retener y conservar la propia libertad, ya que esto es honesto y el derecho natural lo concede, no lo manda”. El hombre tenía derecho a ser libre, pero ese derecho podía sufrir modificaciones con o sin su consentimiento.

---

44 Cfr. De legibus, lib. II, cap. XIV, n. 2. Este entender las leyes como normas que recortan la libertad original es un planteamiento típicamente moderno. Los bajomedievales no partían desde una libertad originaria que, posteriormente, se vería recortada por las leyes, sino que las leyes posibilitaban la libertad: la libertad sólo podía ser sacrificada a fin de ser aumentada.

45 Cfr. loc. cit., n. 6. Continúa afirmado que “la libertad es natural al hombre, pues la tiene en fuerza del derecho natural, aunque la ley natural no prohíbe perderla”.

46 Loc. cit., n. 16.

47 Ibidem: “Pero si hablamos del derecho natural de propiedad, es verdad que la libertad es de derecho natural positivamente –no sólo negativamente– porque la misma naturaleza dio al hombre la propiedad de su libertad”.

48 De legibus, lib. II, cap. XVIII, n. 2.

49 “Aunque la naturaleza dio la libertad y la propiedad de ella, sin embargo no prohibió absolutamente que pueda quitarse. En primer lugar, por el mismo hecho de que el hombre es dueño de su libertad, puede venderla y enajenarla. También la patria, con el poder superior que tiene para regir a sus súbditos, puede por una causa justa –por ejemplo, como castigo– privar al hombre de su libertad”. Y realza entre admiración la siguiente frase: “¡también la naturaleza dio al hombre el uso y la posesión de su vida, y sin embargo éste puede a veces ser justamente privado de ella por el poder humano!”. De legibus, lib. II, cap. XIV, n. 18.
El consentimiento permitía al individuo, verdadero propietario de su libertad, enajenarla. Sin consentimiento la podría perder por decisión de la autoridad competente –en cuyo caso necesitaría una causa justa y proporcicionada– o por derecho de guerra. “Acerca de la libertad y de cualquier otro derecho semejante decimos que, aunque lo haya dado la naturaleza positivamente, pueden los hombres cambiarlo porque en cada una de las personas existe en dependencia de su propia voluntad y en dependencia del Estado en cuanto que éste tiene legítimo poder sobre todas las personas particulares y sobre sus bienes en todo lo necesario para el buen gobierno”50. El tratamiento de la libertad en el pensamiento netamente moderno sería similar, aunque con diferencia de matices. Para los modernos, el hombre nacía libre por naturaleza, con una libertad absoluta, y no se podían establecer limitaciones a este derecho a menos que fueran consentidas por su titular, ya se tratara de un consentimiento expreso o tácito. Suárez no llegó a dar este paso51.

50 *De legibus*, lib. II, cap. XIV, n. 18. Sobre la esclavitud como institución de derecho de gentes, la facultad de hacer esclavos o recuperar la libertad, cfr. lib. II, caps. XVII-XX y lib. VII, cap. IV.

Justicia y democracia en Azorín

Javier Pérez Duarte
Universidad de Deusto
JUSTICIA Y DEMOCRACIA EN AZORÍN

1. JUSTICIA LITERARIA

Cuando se produce el acercamiento al ámbito de la política, la realidad queda como triturada entre las manos y surgen la justicia, el derecho, la ética y también la estética. En Azorín el análisis de esta parte de la realidad presenta todas estas perspectivas, no se contenta con el estudio y la reflexión de una de ellas. La justicia aparece como protagonista en el autor alicantino del 98, “los pueblos marchan necesariamente hacia un objetivo de justicia y de progreso por encima de todos los artificios políticos”. La justicia como verdad adquiere un cierto aire de eternidad y, sin embargo, ha de ser contemplada en el tiempo, en las personas. El tiempo, tan presente en Azorín, se convierte también en el ámbito de la justicia como factor de comprensión.

Lo que más interesó a Azorín fue la literatura, en todas sus obras se aprecia el estilo literario, no solamente en la novela y el teatro, sino también en las de ensayo, en sus crónicas parlamentarias, en artículos de carácter social o en los que se podrían denominar de viajes. No obstante, en todos ellos se percibe la perspicaz observación de la realidad, en un intento por llegar a la verdad razonable. A la hora de exponer su proyecto como cronista parlamentario se advierten tres fases para comprender la figura del político. En primer lugar aparece la imagen plástica, teatral, la contemplación casi cinematográfica del diputado, con sus gestos, su argumentación y retórica, “cómo reflejan sus caras el ataque del adversario, la lisonja del amigo, el presentimiento de un fracaso”.

Azorín no tiene prejuicios en afirmar que “nos hallamos circulando, pasando y repasando, entre los valores oficiales más altos, los valores supremos de un país; es decir, entre los valores parlamentarios”. Se resalta la trascendencia del parlamentarismo como expresión del sistema democrático, al mismo tiempo que se hace abstracción de los defectos del período de la Restauración, tan presentes en la obra de Azorín y en los demás autores del 98. Se lleva a cabo una primera valoración del poder, no hay nada por encima del poder parlamentario, “éstos son los hombres de un país, los únicos hombres, y con éstos hay que contar para gobernar”, consecuentemente, “con éstos han de ponerse en relación –si no se quiere desquiciar todo– los otros supremos poderes del país”. Azorín pretende dejar claro que es el parlamento el que representa la articulación de los demás poderes, sin especificar de qué poderes se trata, su concreción queda a la interpretación del lector. Si el artículo del cronista es agradable se obtiene una sonrisa placentera, un efusivo abrazo. Por el contrario, se muestra su poder cuando se escribe acerca de la mediocridad o el endiosamiento del personaje. Azorín ya es consciente de lo que se ha venido en llamar el cuarto poder.
La segunda fase implica un paso más, en el que la estética lleva a preguntarse y a indagar acerca de las intenciones de los diputados. Azorín se encara con la cuestión de fondo: “¿Y éstos son los hombres que monopolizan el poder mientras España se desquicia, se hunde, con sus campos yermos, con sus multitudes hambrientas y sin escuelas?”. Azorín integra estética y ética, la política tiene forma y contenido, se puede afirmar que la justicia se desliza a través del sistema parlamentario también con forma y contenido. “¿Qué sentimiento llena nuestra alma respecto a este mundo parlamentario y a todos estos hombres?”. 

La tercera fase supone el paso de la crítica amarga a la ecuanimidad, no sin una dosis de hostilidad contrastada con la realidad, “no absolvemos a los políticos, pero sí los miramos ensamblados con los demás elementos de la nación”. Se ha ganado un sentimiento de indulgencia para las personas. Azorín huye de “un catonismo pontifical e irreductible”. No es hora de predicar moralidad a los amigos y compañeros, ni criticar la falta de inteligencia, cuando en muchas ocasiones hombres que han alardeado de ser inteligentísimos y cultos han mantenido cerrado el horizonte a nuevas ideas, a nueva estética o a una nueva moral. Hay que ser ecuánimes e indulgentes y cumplir con el deber de la veracidad, la sinceridad, la perseverancia y la escrupulosidad.

Azorín eleva a categoría casi metafísica la evolución de la justicia en el tiempo como ideal de la humanidad. Las sociedades tienen una fuerte tendencia a la conservación y los pueblos, al estilo de un pensamiento kantiano, caminan necesariamente, a pesar de los sangrientos retardos, hacia un objetivo de justicia y de progreso por encima de todos los artificios políticos. Azorín incardina el arte parlamentario, con todas sus perspectivas plásticas, teatrales y psicológicas, con la realidad que refleja los problemas de reivindicación de justicia. Esta doble visión es esencial en su pensamiento. Azorín no es un mero esteta de la política, ni un narrador de monótona ramplonería. La literatura aparece en su obra como despliegue imaginativo de la realidad y da lugar a una verdad que acompaña con fidelidad al Diario de Sesiones de las Cortes. “No podrá reprochársenos encono en la pintura de los hombres, ni hórrido pesimismo en la consideración total del cuadro”1.

Azorín escribe desde su doble condición de cronista parlamentario y de diputado. El acercamiento a su primera actividad lo ejerce de forma anónima desde 1902 en “El Globo” y desde 1904, ya con el seudónimo de Azorín, continúa esta actividad hasta 1923. Abarca, por tanto, la segunda época de la Restauración con el reinado de Alfonso XIII hasta la Dictadura de Primo de Rivera. Desde su inicial ideología anarquista deriva hacia planteamientos conservadores y sigue la carrera política de la época dorada de Antonio Maura. Posteriormente se convierte en un protegido del ministro conservador Juan de la Cierva.

En lo que se refiere a su actividad política Azorín fue diputado en el Congreso desde 1907 a 1909 por el Partido Conservador, admira a Antonio Maura, intervino en varias ocasiones, al mismo tiempo que ejercía su doble condición de diputado y cronista parlamentario. Con motivo de la Semana Trágica de Barcelona en 1909 cesó en su condición de diputado y recuperó su escaño en 1914, fue diputado cuatro veces más hasta 1919, sobre todo a través del sistema del “encasillado” y, más concretamente, dentro del tipo de los “disponibles”. Se apreciaba la influencia de la voluntad del ministro que se imponía con libertad por la escasa disputa y movilización existente. Juan de la Cierva apoyó a Azorín en estas maniobras del sistema de la Restauración.

Miguel de Unamuno, al referirse al parlamentarismo, recuerda las crónicas parlamentarias de Azorín, “conoce, pues, el paño”. La crítica del rector de Salamanca es permanente hacia las Cortes de la Restauración, “el descrédito de nuestro Parlamento es entre nosotros grandísimo”. Hace una diferenciación entre estética parlamentaria y eficacia política. Los extranjeros contemplan las Cortes, caracterizadas por sus debates solemnes y llenos de cortesía y moderación, como un foro estético que no tiene nada que envidiar a otros parlamentos. Para Unamuno, sin embargo, esto no es más que una señal de falta de sinceridad, de más farsa y de más convenciones. Predomina el monólogo en lugar del diálogo, no existe pasión, “rara, rarísima vez se oye allí una voz cálida y vibrante, con calor íntimo, y que rompa los vergonzosos eufemismos”.


Unamuno hace uso del análisis de la estética y la forma parlamentarias para ir al fondo y a la materia del problema. Llama a Azorín el “diputado mudo” debido a sus escasas intervenciones, pero no hay en esta expresión malicia, a lo sumo una amigable crítica por la participación del autor alicantino en un sistema que Miguel de Unamuno considera ya agotado, no obstante, se deja llevar por el camino que Azorín marca. El régimen parlamentario es el régimen de la opinión, para Azorín la opinión es una cosa variable, fluctuante, superficial. Para Unamuno ahí reside uno de los problemas del parlamentarismo español, “hay poca, muy poca opinión política en España”, una de las desgracias nacionales, por tanto, la opinión no está representada en el parlamento. La conexión entre el parlamento y la opinión pública se convierte en uno de los aspectos clave de un sistema democrático. Azorín da por hecho que la opinión pública está representada en el parlamento, “no podemos exigir que este hombre que ha estado junto a nosotros tenga los conocimientos, la perspicacia, el patriotismo y la serenidad de un hombre de Gobierno. Y sin embargo, en un Estado parlamentario este hombre –con millares y millares de sus semejantes– es quien gobierna”. Unamuno, en cambio, matiza, “no gobiernan los ciudadanos que emiten su sufragio; gobiernan a lo sumo los partidos políticos” ⁴. Azorín articula la vertiente estética del parlamento, de la argumentación y de los gestos de los representantes con la idea de justicia y, más concretamente, de justicia social.

| 2. JUSTICIA Y LEY |

En un primer momento hay que detenerse ante la justicia sin más. Azorín habla de Fray Luis de León y se compromete a dar una interpretación. Lo fundamental en el pensamiento político del gran poeta es la separación entre justicia y ley, “en este terreno nos hallaremos perfectamente de acuerdo con nuestro autor”, afirma Azorín. No se puede realizar nada bruscamente a través de una ley, lo que dispone la norma tiene que existir ya de forma previa en el ambiente. El tiempo, en su transcurrir, delimita el hecho que posteriormente adquiere forma jurídica. Azorín cita a José de Maistre, “la legislación no sirve para nada; la legislación es posterior al hecho legislado. Y ésta es la concepción de la escuela jurídica llamada ‘histórica’”.

Para Azorín la justicia aparece como el resultado del transcurso del tiempo en el que acontecen los hechos que apelan a la propia justicia. La consecuencia es la justicia como compañera de viaje del ser humano, una justicia que tiene,

---

no obstante, un cierto carácter de eternidad, no tanto como idea platónica, sino más bien como un reclamo viajero y permanente a la vez. Azorín se identifica con el criterio de fray Luis de León, la justicia está imbricada en el paso del tiempo, los hechos, la historia hacen que la justicia tenga que dar respuesta a ese cambio permanente. La prudencia del gobernante se caracteriza por la fortaleza que implica aplicar la justicia de manera suave y sin violencia. La justicia ha de ser aplicada de acuerdo a las características de la época. Esta forma de actuar se concibe como un método totalizador, como un modelo que ha de estar presente en la resolución de los conflictos concretos.

Fray Luis de León afirma que la prudencia es una virtud que se ha perdido “en los que nos rigen, que atentos muchas veces a un fin particular que pretenden, usan de medios y ponen leyes que estorban otros fines mayores”. Azorín, a través del profesor salmantino, expresa su pensamiento en la relación entre ley y justicia. Hay quienes incluso con leyes quebrantan leyes mejores para conseguir fines particulares. El derecho debe cambiar en consonancia con los casos particulares que “son muchos y se varían, según las circunstancias, por horas.Y así acaece no ser justo en este caso lo que en común se estableció con justicia”. La ley ha de ser reformada de acuerdo con los acontecimientos, así lo pide el sentido de justicia que se encuentra en el trasfondo del cambio social. “La perfecta gobernación es de ley viva, que entienda siempre lo mejor”, por consiguiente, la ley ha de ser “el bueno y sano juicio del que goberna, que se ajusta siempre con lo particular de aquel a quien rige”. Azorín sentencia, “más precisión no puede darse”.

El derecho, en cambio, no basta para llevar a cabo la transformación social. El cambio se ha de operar mediante la “educación ambiente, por la educación del ciudadano”. Sin embargo, vuelve a hablar Azorín a través de Fray Luis de León, a la voluntad se la puede cambiar, “no diciéndole lo que es bueno, sino inclinándola y como enamorándola de ello”. Se defiende la introspección de la norma jurídica y, al mismo tiempo, la autonomía personal adquiere protagonismo. Lo de dar ley se puede entender de dos maneras, la ordinaria, que consiste en decir a los hombres lo que les conviene hacer o no hacer, “escribiendo con pública autoridad mandamientos u ordenaciones de ello, y pregonándolas públicamente”. La otra forma es la que interesa a Azorín, “consiste, no tanto en aviso como en inclinación; que se hace no diciendo ni mandando lo bueno, sino imprimiendo deseo y gusto en ello”. La justicia es asumida por la persona, imbricada en su libertad individual. Se trata de atenuar la heteronomía del derecho que, sin olvidarla, es asumida, no obstante, en sintonía con la autonomía de la persona. Azorín se convierte en la versión contemporánea de un humanista,
sobre todo cuando destaca lo humano y lo moderno en el pensamiento político del profesor agustino, “como se ve, la doctrina política de fray Luis no puede ser ni más humana, ni más moderna”\(^5\).

Es significativo, desde este punto de vista, el artículo “El buen juez”, en el que Azorín lleva a cabo un relato casi cinematográfico del juez Don Alonso en un pueblo manchego. La justicia se convierte en literatura, la libertad está una vez más presente en la figura del profesional de la justicia. Éste recibe el regalo de un libro, las “Sentencias del presidente Magnaud”, juez francés relevante por sus sentencias que se le podría incluir dentro del Movimiento del Derecho Libre. Azorín realiza una crítica hacia el derecho positivo, “entre este libro y los demás que había sobre la mesa se ha establecido súbitamente una corriente sorda y formidable de hostilidad. Los demás libros eran –tendré que decirlo– el Código civil, el Código penal, los procedimientos judiciales, la ley Hipotecaria, comentarios a los Códigos, volúmenes de revistas jurídicas, colecciones de sentencias del Tribunal Supremo”. Frente a esta antipatía ha surgido, sin embargo, una especial atracción hacia otros volúmenes de “historias locas, fantásticas, poesías sentimentales, novelas, ensueños de arbitristas, planes y proyectos de gentes que ansían renovar la haz del planeta”. El libro que ha experimentado el mayor contento con el recién llegado es “El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha”. Se ha entablado un breve y entusiasta diálogo entre los dos en el que “el espíritu de Sancho Panza, nuestro juzgador insigne, daba sus parabienes al espíritu de su ilustre sucedáneo el juez Magnaud”.

Don Alonso lee el libro durante una noche y al día siguiente redacta una sentencia que provoca un escándalo en el pueblo. En el Casino diversos personajes discuten acerca de la resolución judicial, entre ellos “don Rodolfo, un viejo que estudió el año 54 Derecho civil en la Central con don Juan Manuel Montalbán y Herranz”, para el que “no existe precedente ninguno que la justifique”. Paco, un joven abogado “que es un poco orador y que ha leído dos o tres discursos de Santa María de Paredes” se atreve a argumentar, “sin embargo, si atendemos a un interés social, colectivo, un interés superior que se remonte sobre las personalidades, sobre el derecho individual, para…” Los demás asistentes no le permiten continuar.

El desenlace del relato ofrece toda una interpretación de Azorín acerca de la justicia. El juez habla con doña María, Lola, su cuñada y Carmencita, su hija,

---

preocupadas por los comentarios en el pueblo. La explicación de don Alonso es un discurso, casi de filosofía del derecho en torno a la justicia, “no sucede otra cosa sino que yo he dictado hoy una sentencia apartándome de la ley, pero con arreglo a mi conciencia, a lo que yo creía justo en este caso”. El juez no se ha ceñido al principio de legalidad para conseguir, precisamente, el espíritu de la justicia que “es tan sutil, tan ondulante, que al cabo de cierto tiempo los moldes que los hombres han fabricado para encerrarlo, es decir, las leyes, resultan estrechos, anticuados, y entonces, mientras otros moldes no son fabricados por los legisladores, un juez debe fabricar para su uso particular, provisionalmente, unos moldes chiquitos y modestos en la fábrica de su conciencia”.

Azorín no pretende vulnerar la ley, una vez más el paso del tiempo azoriniano deja la verdad jurídica caduca y la justicia, elaborada en la recóndita estancia de la conciencia, toma su lugar provisionalmente, hasta que el poder solemne del legislador vuelva a fabricar nuevos moldes en los que, es cierto, quede encerrada la justicia. El humanismo de Azorín vuelve a aflorar en las palabras del juez, “sobre la tierra hay dos cosas grandes: la Justicia y la Belleza. La Belleza nos la ofrece espontáneamente la Naturaleza y la vemos también en el ser humano”, sin embargo, la justicia está perpetuamente negada en la lucha formidable y cotidiana que aves, peces y mamíferos mantienen entre sí. “Por esto la Justicia, la Justicia pura, limpia de egoísmos, es una cosa tan rara, tan espléndida, tan divina, que cuando un átomo de ella desciende sobre el mundo, los hombres se llenan de asombro y se alborotan”. Azorín concluye, “don Alonso ha sonreído, por última vez, con esa sonrisa extraordinaria, inmensa, que sólo le es dable contemplar a la Humanidad cada dos o tres siglos…”

El equilibrio entre justicia y derecho es difícil, sin embargo, la balanza se inclina hacia el ideal de justicia, “hay leyes, códigos y jurisprudencia en todos los estados; el cumplimiento estricto de la ley habrá de ser uno de los deberes imperiosos del gobernante. Pero ¿no habrá casos en que las circunstancias

---

pongan a la justicia escrita en desacuerdo con una justicia más alta que se formula en todas las conciencias? Sea indulgente, magnánimo y generoso en estos momentos supremos el político. La justicia, eterna, trata de imbricarse, sin embargo, con la realidad del tiempo cambiante, “no ha de ser la entereza del gobierno -dice Saavedra Fajardo- como debería ser, sino como puede ser; pues aun el de Dios se acomoda a la flaqueza humana”7.

### 3. HERMENÉUTICA Y ESTÉTICA

Azorín representa un pensamiento literario, la realidad es desplegada, por medio de una labor hermenéutica, en múltiples matices de imágenes de palabras. No obstante, se descubre siempre la vertiente personal y la vertiente social. La estética, o bien aparece como justificación de sí misma, o bien para mostrar y resaltar aspectos esenciales como la justicia. Este es el caso del artículo “Romero en El Romeral” sobre la figura del oligarca por la provincia de Málaga, presidente de las Cortes y ministro de la Gobernación del Partido Conservador de Cánovas, Francisco Romero Robledo, conocido con ironía en los ambientes políticos y periodísticos como “El Gran Elector”. Azorín viaja, en abril de 1905, a su finca en El Romeral, en Antequera, con el fin de publicar un artículo para su periódico *El Imparcial*. Se trata de un cuidadoso estudio de la personalidad del político, retratado en sus palabras y gestos. Se lleva a cabo una reivindicación de la justicia y, por tanto, una denuncia de la injusticia, a través de escenas literarias en las que no aparece el concepto. El orador “al entrar ha arrojado sobre la mesa su ancho sombrero sevillano, con ese gesto de elegante desdén con que todos le hemos visto arrojar sobre la mesa presidencial los votos de censura”. Desdén hacia el sistema parlamentario por parte de quien controla la maquinaria electoral de la Restauración.

El presidente del Congreso recibe un telegrama del ministro de la Gobernación, Augusto González Besada, en el que se le informa acerca de un viaje del Rey, lo lee, no hay novedades y don Joaquín, uno de los asistentes, “coge el telegrama de manos del presidente, y en silencio, con la naturalidad de quien hace esto todos los días, lo arroja al fuego”. Azorín añade, “yo estoy un poco asombrado de que se pueda entregar así a las llamas con este desdén, con esta altiva indiferencia, el largo telegrama de un ministro de la Gobernación”. En medio de la conversación Azorín se atreve a intervenir: “como quien no quiere la cosa- don Francisco, parece que este viaje es un éxito de Villaverde”. Se trata

---

de Raimundo Fernández Villaverde, presidente del Consejo de Ministros, a lo que Romero Robledo responde con voz lenta, “Villaverde es un desgraciado”. A continuación el oligarca realiza un recorrido por diversas figuras de la política, Maura, Melquiades Álvarez, Canalejas, Pidal…al tiempo que destaca los defectos de todos ellos.

Azorín describe en el artículo la finca de Romero Robledo, “la casa del Romeral es vasta, sencilla, campesina; hay en ella una parte moderna, en que habitan los dueños; otra antigua, en que habitan los jornaleros. Una ancha edificación se extiende ante un jardín; detrás de ella, como solapadas, como ocultas, están las estancias de los labriegos, las cocinas, las cuadras, los tinados…”. El poder de influencia del “Gran Elector” se aprecia en detalles, “diríase que lo que en otra parte son sendas sinuosas, aquí han sido convertidas, por arte milagroso, en anchas vías”.

El presidente del Congreso enseña complacido a los invitados sus dominios, da órdenes por doquier “al capataz, marcha de un lado a otro, revuelve estas tierras, revuelve aquéllas”. La visita llega a su fin, la política vuelve al escenario de la conversación, “esto no tiene solución –repite el presidente–; lo que ahora pasa en España, no ha pasado jamás”. Azorín concluye el artículo con frases mordaces, unos patos que se encuentran en el estanque “locos, audaces, joviales, tal vez amigos de todo lo absurdo y todo lo nuevo, tornan a lanzar sus gritos estridentes, que son acaso como un comentario, como una réplica, un poco irónica, un poco irrespetuosa, a las palabras melancólicas del gran parlamentario”. Los asistentes no se atreven a decir palabra, a manifestar el esperpento de tanta injusticia, los patos sí.

La respuesta de Romero Robledo cuando lee el artículo no se deja esperar, envía un telegrama al presidente del Consejo de Ministros, Villaverde: “Presidente Congreso a presidente Consejo ministros: Tenga usted por completamente falso cuanto Azorín me atribuye hoy en El Imparcial. Es ajeno a mi carácter y contrario a mis manifestaciones y a mis actos”. Azorín añade posteriormente unas reflexiones que completan el artículo que había publicado en El Imparcial, se convierten en una defensa de su estilo literario, “no se puede comprender, en efecto, dados la antigua norma y patrón de la intervención política, que un cronista visite a un político ilustre, le oiga hablar, le vea moverse, observe la casa, los muebles, la indumentaria, los amigos que le rodean, y crea, firmemente, rotundamente, que todo esto tiene más importancia y le ha de interesar más al público que unas declaraciones abstractas, secas, convencionales, preparadas, en que no hay vida, ni gestos, ni espontaneidad, ni ingenuidades”.

194
La sencillez, la aparente inocencia del escritor duele en la soberbia del político. No obstante, Azorín, que imagina y recrea la escena del oligarca y su corte leyendo su artículo, concluye, “los circunstantes sonríen, el señor Romero Robledo lanza también una sonora carcajada; y todos desfilan para ir a dar una vuelta a los parrales”. El intelectual ha cumplido su función, Azorín es consciente de la humildad de la palabra, aunque también de la importancia de su poder. Sin embargo, la vida sigue y la injusticia continúa.

La justicia aparece en Azorín sin ser excesivamente nombrada, como entreverada, lo hace con discreción, como en un discurso parlamentario, al estilo del espíritu sutil, aristocrático de Dato en el Congreso de los diputados el 7 de octubre de 1904. La injusticia también surge sin nombrarla, sin embargo, lo hace con mayor claridad, sin demasiado pudor. El parlamentarismo introduce racionalidad en las reflexiones, al tiempo que los gestos refuerzan la personalidad de la idea. “Yo –afirma el Sr. Dato– no soy socialista, ni individualista: soy intervencionista”. Azorín añade, “ya está lanzada la palabra; una palabra puede ser un partido”. A continuación hace hablar al político del partido conservador, “el Estado debe intervenir en el problema obrero en aquella medida que las circunstancias aconsejen y no más allá de los límites que marcan las funciones que le están encomendadas”.

El tema central es el descanso dominical, cuya ley no debe destruir la libertad individual. Azorín introduce sus reflexiones al hilo del discurso. Dato se dirige al diputado Eduardo Vincenti, liberal, “se teme por la libertad individual; pero, ¿acaso la libertad individual no está regulada por el derecho?”. El cronista parlamentario hace hincapié en la importancia del derecho cuando destaca las palabras del orador, “¿se conoce algún pueblo donde las leyes no sean la expresión de las voluntades unánimes? La destrucción de las libertades individuales sería la destrucción de la

---

Azorín (1921): “Romero en El Romeral” en Obras completas. Tomo XXI. Parlamentarismo español (1904-1916), op. cit., p. 119 ss. Es oportuno recordar aquí las palabras de Ortega y Gasset, “en Azorín no hay nada solemne, majestuoso, altisonante. Su arte se insinúa hasta aquel estrato profundo de nuestro ánimo donde habitan estas menudas emociones tornasoladas. No le interesan las grandes líneas que, mirada la trayectoria del hombre en sintética visión, se desarrollan serenas, simples y magníficas como el perfil de una serranía. Es todo lo contrario de un ‘filósofo de la historia’. Por una genial visión de la perspectiva, lo minúsculo, lo atómico ocupa el primer rango en su panorama, y lo grande, lo monumental queda reducido a un breve ornamento”. Ortega añade, “enferma de panlogismo, la filosofía de la historia nos presenta la vida humana como una evolución de ciertas ideas colosales y abstractas”, sin embargo, “no lo tomemos muy en serio; lo que ella nos muestra no es la vida, sino ciertas consecuencias de la vida, lo que en un determinado sentido –el orden de la justicia, la verdad, de la tolerancia- va decantando la vida”. Se puede afirmar que Azorín pretende mostrar el vivir. Ortega y Gasset, J. (1966): “Azorín: primores de lo vulgar” en El Espectador. Tomo II. Espasa-Calpe, Madrid, p. 54 ss.
vida social”. La justicia se vislumbra como protagonista en el nunca fácil equilibrio entre lo individual y lo social, “mas es preciso trabajar para afirmar e intensificar esa misma vida social, y a eso tiende la intervención prudente del Estado”.

Los gestos adquieren trascendencia en la obra de Azorín, dan forma al contenido de las palabras, se convierten en vehículo de comunicación y trasladan la imagen al pensamiento del lector al mismo tiempo que enriquecen su imaginación. La justicia se canaliza a través de la estética parlamentaria, el derecho participa de la literatura, “el Sr. Dato se detiene y bebe un sorbo de agua. Después se vuelve hacia el Sr. Vincenti y dice: ‘la obra de solidaridad social es ineludible, es universal. ¿Sabe S.S. de algún pueblo culto donde la legislación sobre el trabajo haya dejado de establecerse? El progreso de las relaciones humanas lo impone. Esto –añade con voz firme– ya no se discute en ninguna parte; en este punto, el derecho romántico ha caducado’. Un hombre inhábil hubiera puesto sus ojos en el Sr. Romero Robledo al pronunciar estas palabras”.

**4. PARLAMENTARISMO Y TIEMPO**

El problema de la vinculación de la justicia a la realidad cambiante de la sociedad es una constante en el autor alicantino, el tiempo aparece como protagonista en las escenas en donde la voluntad del hombre intenta hacer visible la justicia. El tiempo y el derecho, oculto tras la ley, integran una simbiosis que en Azorín forman parte de su pensamiento literario. “Las nuevas necesidades –prosigue el orador– han producido nuevas leyes”. Cuando un trabajador sufre un accidente laboral es “un deber imperioso, un deber de justicia, el indemnizar a la viuda, a los hijos de ese hombre que pereció realizando una función social”. A un jurisconsulto romano esto le hubiera producido sorpresa e indignación, a nosotros, en cambio, “nos parece sencillamente humano”.

El reinado de Alfonso XIII (1902-1931) se inició con un propósito claro de regeneración a la luz de las ideas regeneracionistas de Joaquín Costa tras los síntomas de desequilibrio del sistema de la Restauración, junto a la desaparición de Cánovas (1897) y Sagasta (1903) y el desastre del 98. Conservadores y liberales son conscientes de la perspectiva con la que se abre el nuevo siglo, se habla de “regeneración desde arriba”. La cuestión social se convierte en una de

---

las claves de los gobiernos de esta época en la que cabe citar, como ejemplo, el Instituto de Reformas Sociales, el Reglamento de Inspección de Trabajo, el Instituto Nacional de Previsión o la Ley de Huelga. Se ponen las bases del futuro, aunque aún lejano, Estado social de derecho. Estos inicios, sin embargo, no tuvieron continuidad debido a la imposibilidad de regeneración del sistema, a la desvertebrada transformación de la sociedad española y a las dificultades de la época histórica.

En este ambiente se desarrolla la labor política y de cronista parlamentario de Azorín. El discurso de Dato refleja el sentimiento y la contradicción de la época, “ésta es la obra que modestamente yo persigo, una obra de armonía, de concordia, de pacificación y, en su consecuencia, una obra conservadora”. En medio de la expansión del socialismo y del creciente anarquismo en España se pretende una justicia social desde un punto de vista conservador. Azorín vive el tránsito desde las simpatías anarquistas hacia planteamientos conservadores. La justicia se perfilá cada vez más en él como justicia social desde perspectivas universalistas. Una vez más Azorín resalta las palabras de Eduardo Dato, “tened entendido que de la paz y de la fraternidad de los espíritus depende la prosperidad de la industria, sin la cual ni la riqueza ni el bienestar son posibles y duraderos”. Azorín se pregunta, “¿será preciso enumerar las mejoras que es necesario implantar por medio de las leyes?” El pensamiento azoriniano aparece como un crisol de idealismo, estética y derecho, “¿será lícito sentir temores ante esta obra de pacificación social?” ‘Yo no lo siento’ –dice el orador–. Y luego, en un tono suave, exento de agresividad, sin poner sus ojos en el Sr. Romero Robledo, agrega: ‘Y créame S.S., Sr. Vincenti: yo puedo asegurar que no hay nadie en el Gobierno que opine que ha llegado el momento de detenerse en el camino de la legislación obrera”, aunque ha de hacerse con prudencia. Al final viene la valoración de Azorín, “simplicidad y discreción: he aquí las dos cualidades características de un espíritu sutil, aristocrático”, al contrario que Romero Robledo, que no se caracteriza ni por la sutilidad ni por el espíritu aristocrático, representante de un derecho petrificado y al que no merece la pena enfrentarse.  

El pensamiento de Azorín es colorista, como un cuadro cubista en el que la aparente contradicción pretende encontrar la concordancia. La justicia o la injusticia, como se quiera, se hacen plástica, surgen en el paisaje, forman parte
del paisaje humanizado. En el pueblo de Lebrija “los cuadros grises de olivos, amarillean acá y allá, mustios, casi agostados, casi secos” y “en un costado de la plaza unas sombras anchas y gratas, y en ellas, sentados con gestos de tedio, de estupor, reposan quince, treinta labriegos con los sombreros caídos sobre las frentes”. Azorín, tras deleitarse en la ciudad de Sevilla acude, como cronista de “El Imparcial” en el mes de abril de 1905, a visitar pueblos de su provincia, “hay otros moradores en tierras andaluzas para quienes la vida es angustiosa. Esa es la Andalucía trágica que ha venido por lo pronto a buscar el cronista”. Concretamente visita Lebrija, entra en su única fonda, en la pared hay un retrato de Castelar “encuadrado en uno de sus discursos en las Cortes Constituyentes”, así como una lámina de “La Educación política” con efigies de “Serrano, de Prim, de Méndez Núñez, de Espartero y de López Domínguez”, preeminencia de políticos liberales. Los personajes cobran vida en medio de una realidad evidente. La injusticia se vive en directo y es medida en números, en Lebrija existe una grave tensión social debido al injusto reparto de la tierra, “la crisis se va acentuando de día en día; la paciencia se va acabando; hace pocas noches la muchedumbre, exasperada, entró a saco en una tienda de comestibles”. La construcción de una carretera a Trebujena paliaría de forma provisional el problema del desempleo, sin embargo, la orden de inicio de las obras se retrasa perdida en la maraña burocrática de la Administración. “He aquí las dos Españas. No hagáis, vosotros, los que llenáis las Cámaras y los Ministerios, que los que viven en las fábricas y en los campos vean en vosotros la causa de sus dolores”. El tribunal de la conciencia de Azorín juzga por un momento la actitud de los políticos de unas Cortes que él conoce muy bien. Recuerda este sentimiento el de la opinión que se tenía acerca del sistema de la Restauración como un ejemplo del alejamiento entre la España real y la España oficial.

Azorín dialoga con jornaleros de Lebrija, son personas reales, con sus nombres, Juan, Pepe Luis, Manuel, Ginés, Antonio, que se convierten en personajes, cobran vida a través de los números, hacen cuentas de forma minuciosa sobre lo que ganan, lo que gastan y lo que deberían ganar para llevar una vida digna. Al final, Antonio ofrece una lección acerca de lo que debería ser una reforma agraria, “nosotros sabemos que el Estado no puede acometer esta reforma sin fomentar a la par el crédito agrícola. Faltan Cajas y Bancos que suministren a bajo precio dinero al labrador”. Cuando piden reformas, “cuando nosotros solicitamos un permiso para celebrar una reunión, se nos mandan cuarenta o cincuenta guardias civiles. El Gobierno no conoce otro medio de solucionar la cuestión social. No se escuchan nuestros razonamientos; no se contesta a ellos; se nos enseñan los cañones de los fusiles, y con eso creen haber cumplido
su misión ante la sociedad los ministros”. La argumentación de los discursos parlamentarios, su estética, su imaginación, lugar de las palabras en el que se forja el derecho, choca con esta otra realidad, en la que no falta, tampoco, un reto a la imaginación, aunque surgido de la incertidumbre ante el futuro, “ya estamos cansados los que movemos la pluma para pedir un poco de sinceridad, de buena fe, de amor, de reflexión a los hombres que nos gobiernan. ¿Qué va a venir después de este cansancio? ¿No es ésta una interrogación formidable?”.

Azorín acompaña a don Luis, el médico de Lebrija, en su consulta por las casas. “¿Qué hay en este hombre que os recuerda esas vidas que han debido tener otros más anchos y luminosos destinos y que viven, sin embargo, oscurecidos, decaídos en un ambiente que no es el suyo?”. Las enfermedades se pueden reducir a dos, la tuberculosis y la miseria fisiológica, el hambre. “Casi todos los enfermos que acabamos de ver, señor Azorín, son tuberculosos; éste es el mal de Andalucía. No se come; la falta de nutrición traer la anemia; la anemia acarrea la tisis”, la mortalidad pasa del 40 por 100. “No vivimos: morimos”. El médico ofrece también datos de carácter social y económico, “las tierras son cultivadas someramente. Enormes extensiones permanecen incultas, en tanto que los brazos están parados. Los señores viven hoscamente metidos en sus casas; no quieren saber nada de los trabajadores; no tienen trato ni comunicación con ellos”. En la mente de estos jornaleros se han introducido dos ideas, “primera, ‘el amo es el enemigo’; segunda, ‘las leyes se hacen para los ricos’”. Una última aclaración, “ésta no es una demagogia razonada, libresca, literaria: es un nihilismo instintivo, natural, espontáneo. Y es un nihilismo que fomenta el desvío de los señores, el desamparo del Estado, la inanición, la muerte lenta y angustiosa que la tuberculosis trae a estos cuerpos exangües”11.

Azorín juega con el tiempo, se adentra en el futuro e imagina cómo puede llegar a ser la democracia, cita el libro de Herbert G. Wells, “Anticipations” (1901), el Estado perderá protagonismo y, al mismo tiempo, las iniciativas particulares, la técnica, las comunicaciones tejen una sutilísima red cada vez más densa. “¡Hay que obrar!”, gritan los políticos, sin embargo, surgen hombres, “expertos y buenos”, con manos inteligentes y despiertas que poseen los secretos de la ciencia y, al mismo tiempo, conscientes de que la suerte de la humanidad está en sus manos, observan que los políticos de hoy están tan caducos como lo estaban

---

los que cayeron con la Revolución francesa. “¿Qué hacemos?” Azorín concluye, “es indudable que estos hombres obrarán con arreglo a la Justicia eterna. Y, tal vez, sin ruidos, sin explosiones, sin choques, sin sangre, un nuevo estado social habrá nacido”. Azorín se encuentra deslumbrado por la II Revolución industrial y augura, de forma inquietante, un mundo dominado por tecnócratas, en el que se hace presente una Justicia tecnológica que recuerda la nueva nación del “hogar global” y el ciberespacio, transformadores de la democracia y el tiempo.12

Michel Villey y la cultura iusnaturalista española

Antonio-Enrique Pérez Luño
Universidad de Sevilla
**MICHEL VILLEY Y LA CULTURA IUSNATURALISTA ESPAÑOLA**

| 1. INTRODUCCIÓN |

Michel Villey fue, sin duda, una de las grandes personalidades de la cultura jurídica europea contemporánea. Fue, también, un insignia estudiante de la tradición iusnaturalista, en particular de la doctrina de Tomás de Aquino. Tras su muerte, la figura de Villey y su obra suscitan renovado interés e invita al justiprecio crítico de sus principales tesis.

Este trabajo examinará dos facetas de la obra de Michel Villey que han tenido especial repercusión en la doctrina iusfilosófica española: 1) su visión crítica del legado histórico-filosófico de la Escuela Española del Derecho Natural, a la que Michel Villey imputó el haber contribuido a una orientación pragmatista-subjetivista que erosionó el iusnaturalismo tomista; y 2) sus aportaciones a la teoría iusnaturalista de la “naturaleza de la cosa”, con especial atención a su influjo en la obra de los iusfilósofos españoles: Luis Legaz Lacambra y Luis Recaséns Siches. Por último, como balance de esta exposición se avanzarán algunas consideraciones generales sobre la recepción del pensamiento y de la obra de Michel Villey en la cultura jurídica española, atendiendo a las causas que han motivado su fortuna y su infortunio entre nosotros.

| 2. VILLEY Y LOS CLASICOS ESPAÑOLES DEL DERECHO NATURAL |

Uno de los principales aspectos de la relación cultural del profesor Michel Villey con la cultura filosófico-jurídica española es el referente a su estudio, de orientación manifiestamente crítica, de la doctrina de algunos de los más representativos autores de la denominada “Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes”, denominada también “Escuela de Salamanca”1.

En lo que respecta a esta materia, las tesis críticas de Michel Villey se inscriben en la actitud “revisionista” de la historiografía iusfilosófica francesa en relación con los clásicos hispanos que, en cierto modo, Villey prolonga y culmina.

Desde los primeros años del pasado siglo se formulan una serie de reparos teóricos y/o ideológicos sobre el iusnaturalismo clásico hispano, cuya exposición por menorizada excede los límites de este comentario. Baste aquí reseñar, a modo

---

indicativo, algunas de las tesis más significativas que preceden a las formuladas por Villey. Así, por ejemplo, en los años veinte Léon Mahieu formuló una crítica abierta respecto al pensamiento de Francisco Suárez, cuya concepción intelectual juzga eclectica y pródigo al nominalismo. Le responsabiliza de sacrificar el carácter inmutable de los primeros principios del Derecho natural en función de intereses históricos y coyunturales, y de un nocivo influyó en la cultura cristiana posterior por haber abonado con sus ideas la aceptación del cartesianismo

Si la crítica de Mahieu se planteó desde premisas teológicas y filosóficas, coetáneamente, el dominico Joseph Delos avanzó la suya en el terreno jurídico y político. Según este exponente de la teoría institucional del Derecho, cuando se alude a los clásicos iusnaturalistas españoles es necesario distinguir las tesis de Francisco de Vitoria de las de Francisco Suárez. Opina Delos que estos autores sólo tienen en común el haber vivido en el siglo XVI, el ser los dos españoles, y el responder ambos al nombre de Francisco. Vitoria forjó, en la pujante Universidad de Salamanca de su tiempo, una doctrina del Derecho natural y del Derecho internacional basada en unos sólidos principios objetivos derivados de la racionalidad humana; pero esa Escuela entró en un rápido proceso de decadencia, lo que explica que, pese al rigor intelectual de sus enseñanzas, produjera tan escasos frutos. El culpable de esa crisis fue Suárez, quien con su individualismo y voluntarismo inició un proceso de erosión de los cimientos objetivos del orden derivado de la Ley natural y del Derecho internacional, fuente de los males e incertidumbres que aquejan a estas disciplinas en el mundo moderno

Pocos años más tarde aparece la obra de Roger Labrousse *Essai sur la philosophie politique de l´ancienne Espagne*, la cual, aunque supone una valoración global positiva de los clásicos hispanos, no deja de apuntar algunos aspectos críticos. Así denuncia, con especial referencia a las tesis de Suárez, el carácter excesivamente genérico y vago de los principios inspiradores del orden jurídico y político, lo que propiciará un pragmatismo acomodaticio a la fuerza de los hechos. Las tesis suarecinas sobre el derecho de resistencia y el tiranicidio suponen una garantía puramente teórica que, en la práctica, no menoscaba la estricta obediencia de

---


los súbditos al poder. Labrousse acepta también las tesis ya expuestas sobre la responsabilidad de Suárez en el abandono del objetivismo de Vitoria, lo que supuso un retroceso para la operatividad de los principios del Derecho natural y del Derecho internacional, de modo especial en lo concerniente al problema de la justificación de la guerra.

Algunos de los argumentos expuestos, especialmente los sustentados por Delos, fueron retomados por Louis Lachance, que centra sus consideraciones en la pretendida ruptura de Suárez respecto al legado intelectual de Vitoria. La teoría jurídica suareciana está impregnada de voluntarismo y minimiza el papel de la razón y las exigencias del bien común. A tenor de la lectura que Lachance hace del pensamiento de Suárez, éste se aparta del Derecho en cuanto *medium* objetivo para poner el énfasis en la dimensión subjetiva del Derecho como facultad moral. Estos postulados doctrinales estaban abocados a provocar un deslizamiento, que efectivamente se produjo, para desembocar en el absolutismo del poder o de la soberanía.

Esta tradición crítica de la cultura filosófico-jurídica en lengua francesa ha tenido su expresión más completa y elaborada en la obra de Michel Villey. Su impugnación del iusnaturalismo clásico hispano se puede resumir en tres grandes reparos: subjetivismo, pragmatismo y disolución del Derecho natural.

1) La crítica de Villey parte del *pragmatismo* de los escolásticos españoles. La *Summa* de Tomás de Aquino responde a una concepción básicamente especulativa dirigida sólo al conocimiento. Por el contrario, Vitoria, Soto, Molina, Suárez o Vázquez se hallan especialmente interesados en la dimensión práctica de sus tesis. En lugar de cultivar el puro saber teórico, los clásicos españoles desean la “victoria de la moral cristiana” influyendo en la conciencia de los reyes, de sus funcionarios y de la comunidad de fieles; dirigiendo la opinión pública en temas como la colonización americana, la política

---

4 LABROUSSE, R., *Essai sur la philosophie politique de l’ancienne Espagne*, Sirey, París, 1938 (existe trad. esp., por la que se cita, con el título *La doble herencia política de España*, Bosch, Barcelona, 1942, pp. 60 ss.).

5 Ibid., pp. 93 ss.

internacional o el gobierno de la Iglesia. La intencionalidad de las obras de los clásicos hispanos era abiertamente contraria a la de Santo Tomás y, por eso, desnaturalizaron la doctrina tomista en función de sus intereses prácticos y coyunturales. De ahí que la lectura de la \textit{Summa} a través del prisma de los escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII haya sido fuente de innumerables contrasentidos.

2) Villey responsabiliza al pensamiento iusnaturalista clásico español de haber diluido en el \textit{subjetivismo} y el \textit{nominalismo} la objetividad de la Ley natural de la tradición aristotélico–tomista. Pero, a diferencia de los críticos que le precedieron, Villey no polariza, de forma exclusiva, sus críticas en Suárez, sino en todos los escolásticos españoles. A su entender la “traición” a Santo Tomás se inicia con Vitoria. Cuando Vitoria comenta la \textit{Summa} (II.II, q. 57) traduce la definición del Derecho (\textit{id quod justum est}, que en el el Aquinatense implica una realidad, una proporción objetiva) como la \textit{acción} justa en cuanto moralmente debida (\textit{debita}). Esa ley moral, entendida como regla de conducta racional, se desglosa en una serie de facultades subjetivas y fue el germen del contractualismo, de la soberanía popular, de la democracia y de los derechos del hombre. En la versatilidad de sus inferencias, Villey llega a afirmar que el triunfo del positivismo jurídico tuvo su origen en esa identificación del Derecho con la ley moral y sus proyecciones en forma de facultades subjetivas.

3) El iusnaturalismo clásico español contribuyó decisivamente a reemplazar la noción clásica grecorromana del Derecho –como \textit{dikaion} o \textit{jus}, es decir, como arte de lo justo que establece de forma indicativa una proporción en las relaciones interhumanas– por la \textit{torah} de la tradición judeocristiana, entendida como ley moral imperativa de la conducta. Mientras Tomás de Aquino trató de restaurar el sentido autónomo del Derecho como \textit{dikaion} o \textit{jus}, los escolásticos hispanos consagraron la “infiltración de la teología en el Derecho”, retomando los planteamientos del agustinismo jurídico. La Escuela del Derecho Natural representó una versión sistematizada de la Escolástica española, pero su proceso de secularización de las categorías jurídicas fue sólo aparente. La concepción moralizante y teológica del Derecho pervive en Grocio, Hobbes y Locke. A partir de entonces se producirá una escisión entre el Derecho existente, influido por el \textit{Corpus iuris civilis} y que tiende a responder a necesidades prácticas, y la teoría del Derecho elaborada por
filósofos mal informados de las realidades jurídicas. Locke, Rousseau, Thomasio, Wolff, Kant, en quien se inspiran los pandectistas... son herederos de la Escolástica española. Llevando hasta el extremo de la paradoja sus especulaciones historiográficas, Villey concluye que Windscheid y el propio Kelsen discurren por los raíles teológico-jurídicos de Suárez.

Un rasgo común a casi todos los análisis críticos expuestos, en particular a las tesis de Villey, es el de su sentido sectorial y fragmentario. La mayor parte de estas críticas extrapolan de su contexto frases o argumentos de determinados representantes del iusnaturalismo clásico español para basar en esos datos parciales conclusiones de carácter general. Es cierto, por ejemplo, que en la obra de Suárez existen rasgos voluntaristas, pero el conjunto de su pensamiento no puede calificarse de voluntarista y, todavía menos, de decisionista. Su doctrina supuso, más bien, el intento de mediar y superar la secular controversia entre voluntarismo e intelectualismo, al distinguir en la ley un aspecto material (la justicia, entendida como racionalidad y orientación hacia el bien común) y otro formal (la imperatividad, como expresión de la voluntad del legislador de obligar a los destinatarios).

Comentario especial merecen las objeciones de Villey. El profesor Michel Villey incurre en una serie de inconsecuencias. Reside la más aparente en acusar a los clásicos hispanos de pragmatismo, para inmediatamente imputarles una concepción doctrinaria del Derecho alejada de su sentido de proporción, medida y respuesta a las necesidades “prácticas” de los hombres. Villey establece una discutible relación de causalidad remota entre la doctrina suareciana y el positivismo jurídico moderno.

Es evidente que el iusnaturalismo racionalista iluminista, en cuya raíz es posible descubrir la influencia de los clásicos hispanos de los siglos XVI y XVII, tuvo una participación decisiva en la conformación de la ideología codificadora y, por eso mismo, se pude considerar como fuente indirecta del positivismo.

---


jurídico contemporáneo. Lo que ocurre es que en la historia de las ideas jurídicas y políticas son frecuentes e inevitables las relaciones y conexiones entre las diferentes, e incluso antagónicas, posturas y doctrinas que la conforman, sin que ello autorice a incluirlas en un denominador común. Precisamente uno de los aspectos que marca la distancia actual entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se refiere a las relaciones entre moral y Derecho.

La confusión de las categorías de la teoría jurídica conduce a Villey a reprochar a los clásicos españoles religar la moral y el Derecho, lo que a su juicio representa una ruptura con la autonomía de lo jurídico reivindicada por Santo Tomás. Estas descalificaciones de Michel Villey responden a un estudio sesgado y sectorial de la *Summa*, cifrado en la II-II qs. 57 ss., es decir, en la teoría de la justicia, que soslaya deliberadamente lo expuesto en la I-II qs. 90 ss. sobre la teoría de la ley y del Derecho natural y positivo. Esa fractura hermenéutica dificulta y deforma la cabal comprensión del pensamiento tomista. Villey incurre así en el vicio que denuncia. Porque si su lectura de la *Summa* hubiera sido completa y unitaria, no habría incurrido en un evidente error: confundir la autonomía respecto al plano escatológico de la Teología, de la justicia y del Derecho, en cuanto ordenaciones de la razón humana, con la separación entre la moral y el Derecho.

Olvida de este modo Villey el célebre *motto* tomista de que la ley o el Derecho positivo que viola la ley natural (en cuanto proyección jurídica de la moralidad racional y, en ese sentido, autónoma), “iam non erit lex sed legis corruptio” (I-II, q. 95, a. 2)⁹. En definitiva, se puede aducir que si la pretendida separación tomista entre moralidad y Derecho tuviera el sentido que pretende Villey, se llegaría a la paradoja de que el antecedente de Kelsen ya no sería Suárez, sino el propio Tomás de Aquino.

Al hacer balance del conjunto de tesis críticas de Villey, aquí someramente esbozadas, se advierte en ellas la reiteración de determinados *Leitmotive*: racionalismo, subjetivismo tendente a potenciar la dimensión del Derecho como

---

conjunto de facultades de la persona, reivindicación de la ley como fuente básica del Derecho, adaptación del acervo teórico tomista a las exigencias de su tiempo, sensibilidad hacia los estímulos de la vida práctica, remisión a criterios morales para legitimar el orden jurídico, pactismo y soberanía popular, limitación democrática del ejercicio del poder... Ninguna de estas imputaciones es falsa, pero, en la forma en que se plantean en gran parte de las tesis críticas, responden a verdades parciales y contradicen o descienden hechos notorios. Es más, si se juzga lo que ha sido el devenir de las doctrinas e instituciones jurídicas se advierte que la mayoría de estas ideas preanuncian la modernidad y, en ese sentido, tales reproches constituyen la mejor justificación histórica de los clásicos iusnaturalistas hispanos10.

3. DERECHO NATURAL, NATURALEZA DE LAS COSAS Y DECISIÓN JURÍDICA

La crítica de Michel Villey a los clásicos españoles del derecho natural es consecuencia de su concepción general de la filosofía del derecho, fundamentada en un estricto objetivismo jurídico, y se prolonga en su doctrina sobre la naturaleza de las cosas y los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Esta actitud teórica de Villey suscita una interesante reflexión en dos de los más importantes filósofos del derecho españoles contemporáneos, aquellos que quizás alcanzaron mayor proyección internacional: me refiero a los profesores Luis Legaz Lacambra y Luis Recaséns Siches.

Para el profesor Legaz Lacambra la doctrina jurídica de Villey representa una interpretación original que se aparta de las versiones usuales del derecho natural neoescolástico. Según Legaz Lacambra, la interpretación tomista que propone Villey niega que el derecho natural se halle constituido por un conjunto de reglas o normas específicas. El derecho natural no participa de la naturaleza de las reglas, sino que consiste en la propia naturaleza de la cosa justa: \textit{id quod justum est}.

Indica al propio tiempo Legaz que de la hermenéutica que Villey propone del tomismo, se desprende que por ser lo justo un predicado de la situación y no de las personas, se debe distinguir netamente entre lo justo moral y lo justo jurídico. Al no expresarse lo justo en reglas, sino que se construye en situaciones

concretas, no puede desarrollarse en la forma de un sistema. De otra parte, las reglas son siempre obra humana y por ser humanas no pueden recibir el nombre de “naturales”. De este modo, Villey pretende evitar las objeciones que el sociologismo y el historicismo han dirigido contra el derecho natural. El reproche tendría fundamento contra un sistema de reglas, pero el derecho está más allá de las reglas, es una corrección de las mismas, se encuentra adaptado a cada situación concreta y tiene que variar con su objeto. Y esto es lo que va implicado en las definiciones clásicas del Derecho que lo conciben como un *ars boni et aequi*, doctrina a la que Villey presta su adhesión.

Legaz estima que la tesis de Villey puede incluirse en las concepciones contemporáneas del derecho que lo conciben como un arte, como una tópica, frente a quienes lo conciben como una ciencia. El conocimiento de lo justo exige conocer los elementos y circunstancias propios de una situación vital, la legislación vigente, los factores económicos, sociales y psicológicos…

La aportación de Michel Villey a la doctrina contemporánea de la naturaleza de las cosas fue objeto de un amplio y atento estudio por parte de Luis Recaséns Siches. Recaséns subraya la originalidad de la actitud intelectual de Villey, quien a partir de una lectura personal de la teoría jurídica que deriva de la concepción aristotélico-tomista, ofrece pautas hermenéuticas para la propia renovación del pensamiento iusnaturalista, así como para la comprensión del significado de la doctrina de la naturaleza de las cosas. Según Recaséns, el mérito de Villey reside en haber opuesto a la concepción racionalista de Derecho natural, que lo concibe como un sistema lógico, abstracto e intemporal de reglas, por una concepción del derecho natural basada en la propia naturaleza histórica y concreta de las cosas, es decir, de los casos o situaciones en los que la idea de lo justo debe proyectarse y ofrecer la adecuada solución. Villey considera que ésta es la auténtica significación del derecho natural clásico, tal como fue concebido por Aristóteles y Sto. Tomás, la cual fue abandonada y sustituida por el racionalismo iusnaturalista moderno.

En opinión de Recaséns, la doctrina de Villey ofrece la visión más profunda y más aguda del iusnaturalismo aristotélico-tomista, orientada hacia la explicación teórica del significado jurídico de la doctrina de la naturaleza de las cosas.

---


El reconocimiento por parte de Recaséns del mérito e importancia de la teoría de la naturaleza de las cosas de Villey no le impidió mostrar su desacuerdo con alguno de sus presupuestos epistemológicos. Las dos principales fuentes de disconformidad de Recaséns respecto al planteamiento de Villey se concretan en lo siguiente. En primer término, Recaséns entiende que la doctrina de la naturaleza de las cosas, en su versión fundada en el derecho natural de la tradición aristotélico-tomista, puede implicar una confusión entre los hechos y los valores, un intento de derivación lógica del “deber ser” a partir del “ser”. Recaséns piensa que la naturaleza de las cosas es una categoría estimativa, que expresa unos determinados valores que deben ser tomados en consideración en el ámbito jurídico, en la elaboración de normas y en la solución de los procesos. En segundo término, Recaséns estima que las “cosas” cuya naturaleza reviste trascendencia jurídica no son las realidades del mundo físico, sino las que constituyen la propia vida humana en su dimensión intersubjetiva. Recaséns Siches, que fue el principal discípulo y quien más eficazmente contribuyó a proyectar la filosofía de “la razón vital” de Ortega y Gasset en el derecho, se remite a la categoría histórica y sociológica de la vida social para oponerse a las interpretaciones ideales y/o metafísicas de la naturaleza de las cosas.

Recaséns Siches muestra su plena conformidad con la teoría de Villey en lo que respecta a la oposición al formalismo y la lógica tradicional en los procesos de interpretación y de aplicación del derecho. Así por ejemplo, Recaséns juzga certera la crítica de Villey a la jurisprudencia francesa en lo que tuvo de farsa; por una parte, los tribunales pretendían aparecer fieles a las reglas auténticas de la deducción lógico-formal. Pero, en la realidad, cometían innumerables infidelidades a esas reglas. El Derecho y la lógica formal son categorías diferentes. Es muy significativo que la mayoría de los lógicos no parezcan profesar un gran respeto a la pretendida “ciencia deductiva” del Derecho, ni al supuesto rigor de las deducciones jurídicas de los jueces.

Según la tesis de Villey, que Recaséns aprueba, los clásicos griegos, los juristas romanos, los glósadores y Santo Tomás piensan que “el Derecho es lo justo”. Es decir: la solución justa, la buena solución jurídica, que debe ser buscada para cada caso, ser cuidadosamente adaptada a cada situación litigiosa. Ahora bien, para esto es necesario desenvolver un método casuístico. El Derecho no se identifica con las reglas abstractas y generales que han salido del cerebro del legislador. El Derecho es la solución concreta que se encuentra para cada caso. A esta concepción corresponde

13 Ibid., pp. 308 ss.
un método y una forma de discurso y una forma de “ciencia del Derecho” diferentes de las que han sido practicadas en el siglo XIX y en parte del XX.

Había una segunda razón que excluía la posibilidad de que la solución fuese lograda por una inferencia “deductiva”: quizá ninguna de las reglas usadas por los juristas permitía inferir de ella la solución correctamente adaptada al litigio. Las reglas habían sido construidas por obra de los jurisconsultos que trabajaban sobre la base de precedentes, sobre casos más o menos “similares”, y no sobre el fundamento de principios de la razón pura deducidos de una ley racional supuestamente conocida de antemano. O bien, ninguno de esos precedentes era exactamente idéntico al caso que se debía juzgar. Ahora bien, el Derecho se había definido como la solución concreta apropiada al caso singular, según la naturaleza de éste. Consiguientemente, esta solución no podía ser extraída exclusivamente de la regla, prevista para casos diferentes; y, por eso, era necesario finalmente que la solución tomase en cuenta otras fuentes.

Villey señala que el jurista no trabaja él solo, como el matemático o como el sabio de gabinete, o como el lógico moderno. La búsqueda del Derecho se hace por varias gentes. De hecho, es polifónica. En el escenario jurídico donde se forma la solución del Derecho, están necesariamente presentes los abogados de las dos partes, también el representante de la sociedad, de los terceros que pueden tener un interés en el proceso; y también el juez, quien resuelve. La luz surgirá del debate entre los alegatos contrarios. En lugar de la invención de leyes abstractas, el Derecho era, en otro tiempo, la controversia, y debe seguir siéndolo.

En esa controversia se desenvolvían operaciones varias. Ciertos que en ella se usaba la deducción, puesto que es verdad que el hombre deduce, tanto como respira. Cada abogado aportaba los textos que le parecían servir a los intereses de su cliente; y de esos textos deducía conclusiones. Ahora bien, el abogado no es el único que hace Derecho; no es él quien lo hace en definitiva. Es al juez a quien incumbe presidir la confrontación general de las diferentes reglas aducidas: confrontación en la cual se opera el debate sobre la autoridad de cada regla, según la competencia de su autor, y según su relevancia para el caso controvertido. En definitiva, la solución no será la que extraiga analíticamente, y por una relación deductiva, de una regla preexistente. Las reglas preexistentes de las que se disponía en el curso del debate se refieren todas a situaciones diferentes del caso controvertido. Por eso, ninguna de ellas se ajusta al caso. Entonces el juez prescindirá de la regla general y abstracta de un modo similar a como alguien se deshace de algo que ya le ha servido. Las reglas sirvieron como medios para acercarse a la solución definitiva. En el fondo, la solución se desprende de la naturaleza de cada caso concreto.
El juez hoy lo mismo que antaño no procede por vía de sielogismos. Lo que hace es añadir después ficticiamente la apariencia de una forma pseudosielogística. Sabemos muy bien que el trabajo efectivo de juez constituye hoy lo mismo que ayer en buscar la solución de Derecho por la vía de la dialéctica; en elegir la regla adecuada entre las reglas legislativas alegadas por los litigantes, reglas que no son concordes y que no constituyen en modo alguno un orden jurídico homogéneo. Consiste, cuando ello es necesario, en ir más allá de la regla legislativa; en forjar nuevas reglas, en pronunciar una sentencia adecuada al caso concreto, el cual es siempre nuevo.

Si en la producción del Derecho existe siempre esa parte viva e imprevisible, entonces es ilusorio edificar una ciencia axiomática del Derecho. Villey hace la observación que Recaséns comparte de que hay menos seguridad cuando se vive dentro de la ficción de un régimen deductivo, que cuando se reconoce, a todas luces, el procedimiento de la controversia; y cuando se tiene conciencia de que el tema medular de la lógica del Derecho es el estudio de la dialéctica, o arte del diálogo o del debate14.

4. CONCLUSIÓN: LA IMPRONTA DE MICHEL VILLEY EN LA CULTURA JURÍDICA ESPAÑOLA

Se ha cumplido el 20º aniversario de la desaparición de Michel Villey. Las efemérides intelectuales invitan a la comunidad científica y, como miembros de ella, a los teóricos y filósofos del derecho, a una conmemoración que sea, a la vez, una evocación, un balance y un juicio prospectivo del significado del pensamiento y la obra del profesor Villey y de sus proyecciones. Conmemorar significa, como se desprende de su propia raíz terminológica, poner la memoria en común, o si se prefiere, ejercitar un acto de memoria colectiva. Toda conmemoración, opina Ortega y Gasset, supone hacer público y solemne un recuerdo. Recordar consiste en “volver a hacer pasar por el corazón lo que ya una vez pasó por él, esto es, revivir imaginariamente lo ya vivido”15. Conmemorar es, antes que nada y sobre todo, un determinado quehacer, no es algo fortuito o pasivo, algo que acontece sin una decisión previa consciente y deliberada.

14 Ibid. Luis RECASÉNS SICHES dedica un párrafo completo al estudio de la teoría de la interpretación y aplicación del derecho de Michel Villey que titula: “la crítica antideductivista y antilogística por Michel Villey”, pp.433-442, al que pertenecen los textos aquí citados.

La apertura a los valores y derechos humanos y a la conciencia histórica, propia de las tesis iusnaturalistas renovadoras, el empeño de algunas teorías críticas del derecho por rescatar los aspectos más vivos del humanismo iusnaturalista reivindicador de la dignidad humana (Ernst Bloch)\textsuperscript{16}, las tendencias rehabilitadoras de la racionalidad práctica, con sus proyecciones en las más recientes teorías de la argumentación jurídica, y los intentos de enjuiciar desde una teoría renovada de la justicia los problemas de la sociedad tecnológica y globalizada contemporánea, muestran la persistencia de las grandes cuestiones ligadas al desarrollo histórico de las doctrinas del derecho natural.

La doctrina de Michel Villey ofrece, en definitiva, un excelente motivo de reflexión sobre el fundamento y el significado del derecho; un aspecto que no es el más frecuente en la bibliografía del pensamiento jurídico actual. Porque la postura positivista, que rechaza cualquier pretensión de fundamentar el derecho al margen del principio de validez del sistema jurídico que establece la positividad, es incapaz de responder a las cuestiones básicas que suscita la lucha por el reconocimiento del derecho justo.

Reconocer el acierto de Villey en invitarnos a una reflexión sobre el fundamento y sentido del derecho no es obstáculo para que exprese mi personal disentimiento respecto a alguno de sus puntos de vista. Disentimiento que, en todo caso, en la actividad intelectual es siempre más provechoso que la aceptación dogmática o el conformismo. Así, por ejemplo, no comparto la pretensión de Villey de llevar hasta sus últimas consecuencias la idea de la objetividad de los valores jurídicos, fundamentadores del derecho justo. La prevención contra cualquier forma de \textit{Wertsubjektivismus} le lleva al extremo de considerar a Vitoria y Suárez, tal como se ha expuesto supra, como negadores del carácter de medium objetivo del derecho. Ya que, en opinión del maestro Villey, el entender el derecho, al modo de Vitoria y Suárez, como facultad, cualidad o poder de la voluntad puede conducir fácilmente a la omnipotencia de la libertad. El derecho, cualquier derecho, implica una incidencia subjetiva, pero en modo alguno se halla justificado pensar que en su esencia sea un dato subjetivo.

La teoría de Villey resulta en este punto discutible. Parece difícil, e incluso contradictorio, sostener cualquier construcción del derecho que no se traduzca en la afirmación concreta de algunas facultades, poderes y exigencias del ser humano. Precisamente, las raíces de la teoría moderna de los derechos humanos

se cifran en el esfuerzo de un notable grupo de teólogos, filósofos y juristas por poner en manos de los hombres unas facultades universales, imprescriptibles e inalienables, transportando al orden de las relaciones sociales las propiedades clásicas de la ley natural. De ahí que esos autores (y en concreto Vitoria y Suárez) jamás se propusieran afirmar los derechos naturales a costa de la ley natural, que era su principio legitimador, sino reivindicarlos frente al derecho positivo objetivo, que no los reconocía. Por tanto, negar los derechos humanos como reflejo, en el plano de la subjetividad del estatuto jurídico emanado de la ley natural o positiva, implica comprometer la propia funcionalidad histórica y presente del derecho natural.

Al esbozar un balance de la proyección de la doctrina de Michel Villey en la cultura jurídica española aparece una insoslayable paradoja: su doctrina ha interesado especialmente a los filósofos del derecho de orientación iusnaturalista, pero la crítica de Villey a los clásicos hispanos del derecho natural ha sido motivo para que sus estudios de historiografía jurídica hayan suscitado importantes reservas y opiniones disconformes por parte de los historiadores defensores del derecho natural en la España del presente. Otro aspecto de la disconformidad de la cultura jurídica española actual respecto a Villey se cifra en la descalificación y crítica de los derechos humanos realizada por ese autor. No puede olvidarse que el tránsito desde el autoritarismo a la democracia en España implicó el deseo de plasmar aquellos derechos en la Constitución de 1978. Por eso, el constituyente de 1978 puso especial énfasis en ampliar al máximo el catálogo de derechos fundamentales, queriendo ofrecer así una respuesta a los cahiers de dolèances de la sociedad española, deseosa de vivir en un régimen de libertad tras haber soportado un largo período de dictadura. Resulta comprensible, por ello, el protagonismo del interés por los derechos y libertades en la cultura jurídica española actual y, consiguientemente, la actitud disconforme respecto a una doctrina hostil a los derechos humanos como la defendida por Villey17. En todo caso, la figura de un pensador y su repercusión doctrinal responde tanto a las adhesiones y críticas que suscita como a los silencios de quienes, conociéndola, pretenden ignorarla. Pero la crítica y la disensión constituyen ingredientes propios de una cultura normalizada; es más, en muchas ocasiones, la disensión y la crítica son el homenaje que el rigor científico presta a las teorías que considera dignas de ser tomadas en serio. Por el contrario, el silencio es en el ámbito de la cultura algo sociológicamente

17 La teoría crítica de VILLEY respecto a los derechos humanos es objeto de un estudio monográfico por parte de Gregorio PECES-BARBA en este volumen monográfico de “Droit et société”.
y/o psicológicamente patológico. Resulta, por eso, sorprendente el silencio de algunos teóricos y filósofos españoles que, conociendo sin duda las tesis de Villey sobre cuestiones tales como la génesis del derecho subjetivo, la teoría de la naturaleza de las cosas, la argumentación jurídica, la crítica al logicismo en la interpretación y aplicación del derecho..., al tratar de estas materias silencian concienzuda y deliberadamente el nombre y la obra de Villey. Se ha dicho que en la cultura jurídica, como en otros dominios de la vida social, existen modas, y que ello determina que en ciertos ambientes jurídicos existan personalidades “malditas” o “innombrables”. Sería muy interesante indagar, a partir del método de la sociología del conocimiento (Wissenszioziologie) en la acepción de Karl Mannheim18, los motivos de esos silencios, pero esa investigación implicaría desbordar los límites acotados para este ensayo.

Las profesiones jurídicas en Bártolo de Saxoferrato

Antonio Pérez Martín
Universidad de Murcia
LAS PROFESIONES JURÍDICAS EN BÁRTOLO DE SAXOFERRATO

En el presente estudio, como homenaje al amigo y colega Alberto Montoro Ballesteros, voy a tratar de examinar el pensamiento de Bártolo sobre las profesiones jurídicas, por ser uno de los juristas más representativos del “ius commune”1.

| 1. LOS ESCOLARES |

1.1. Concepto y requisitos

Para que uno pueda considerarse escolar y gozar de los privilegios del estudiante según Bártolo no basta con estar inscrito en la matrícula de escolares, sino que es necesario estudiar y asistir a las lecciones2.

---

1 Sobre la vida y obras de Bártolo de Saxoferrato cf. Francesco Calasso, Bartolo da Saxoferrato, Roma 1965; Manuel Jesús García Garrido, Bártolo de Saxoferrato2; en: Rafael Domingo, Juristas universales, I Juristas antiguos, Madrid 2004, 524-530 donde se recogen datos actualizados sobre Bártolo y una selecta bibliografía. Para la realización del presente estudio he utilizado dos ediciones de las obras completas de Bártolo: la impresa en Augustae Taurinorum 1573-74 (Bartolus de Saxoferrato, In [primam, secundam, tertiiam] partem [Digesti veteris, Infortiati, Digesti novi, Codicis] commentaria, I-IX), utilizada en el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Francfort del Meno y la de Tomás Diplovatacio (Venecia 1516-29) en reproducción anastática del Cigno Galileo Galilei (BARTOLUS DE SAXOFERRATI Commentaria cum additionibus Thomae Diplovattati aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum Doctorem dominum Thomam Diplovatatium, Curavit G. Polara, Roma 1996-1998), existente en el Instituto de Derecho Común Europeo de la Universidad de Murcia. Las dos ediciones, básicamente idénticas, contienen sin duda muchos pasajes interpolados que no son de Bártolo: con frecuencia en ellas se cita a Bártolo, no como una autocita (como hace al remitir a otros pasajes de su obra), sino como si no fuera él mismo y a veces se citan autores posteriores a Bártolo. Cf. por ejemplo textos citados en las notas 3, 8, 13, 14, 21, 23, 35, 32, 33, 39, 45, 47, 48, y 49. Estas anomalías ya las observó, entre otros, Jason de Mayno con respecto al manuscrito de la obra de Bártolo que él utilizaba. Eso nos muestra la necesidad imperiosa de hacer una edición crítica de los escritos bartolianos. Para la localización de los textos he utilizado: Loci communes novi et uberrimi in Bartholi a Saxoferrato opera omnia, lecturas, consilia, quaestiones, tractatus etc., in quibus ordine literario et methodo singulari, verborum significationes, sententiae, notabilia et singulae quaeque materiae... digestae sunt ut... repertorii universae Bartholi epitomes vice fungi possint, a Petro Cornelio Brederodio, ex officina Episcopiana, Basileae, 1589; constituye el vol. XI de Jurisconsulti coryphaei Bartholi a Saxoferrato, Opera quae nunc extant omnia, excellentissimorum jurisconsultorum tam veterum quam recentiorum additionibus eruditissimis illustrata, et quasi nova facta, praefissimis singulis tomis rubricarum, legum, paragrophorum elenchos, adjecto in calce ut locupletissimo, ita accuratissimo, qui tot operi deserviat indice..., I-XI, ex officina Episcopiana, Basiliæae 1588-1589., existente en el Max-Planck-Institut antes mencionado y el Repertorium Bartoli secundum hanc ultimam impressionem Venetam 1517 incluido en el tomo VIII de la edición veneciana antes citada.

2 Cf. comentario a C.1.2.9 Qui sub pretextu, en vol. I, fol. 15vb, n. 1 de la edición veneciana: “Nota, ex lege ista arguitur quod ille qui est in matricula scholarium et non intrat nec studet, non debet gaudere privilegio scholarium. Facit lege prima, primo de collegiatis, libro [un]decimo (C.11.18.1), ubi est ista lex de verbo ad verbum». Cf. comentario a C.11.18.1: Qui sub praetextu, en vol. IX[VII], fol. 30va de la edición turinesa: “Nota argumentum quod ille qui est in collegio aliquiis artis, nec exercet artem, non debet gaudere privilegio collegii, et sic, si quis est in matricula scholariorum et non intrat, non debet gaudere privilegio scholarium; facit Digesto, ex quibus causis maiores, lege penultima (D.4.6.45)".
1.2. Estatuto jurídico

Las principales características del estatuto jurídico de los estudiantes según Bártolo son las siguientes:

1) Los estudiantes son inmunes, lo que significa que no pagan colectas ni gabelas, no hacen guardias, u otros cargos personales en su patria, no pueden ser presos por represalias, ni sus familiares, ni los mensajeros a ellos destinados; gozan de salvoconducto durante el camino de ida desde su patria a la Universidad y en el camino de regreso de la Universidad a su patria³.

2) No se convierte en ciudadano y, aunque debe ser tratado como un ciudadano, no por ello pierde los privilegios de estudiante.

3) Puede expulsar al compañero que tenga cerca de su habitación, si por el ruido que hace no le deja estudiar.

4) Si durante sus estudios muere su padre, puede seguir estudiando, e incluso obtener el doctorado, a expensas de los bienes comunes.

4) Cf. comentario a D.32.1.78: Quaesitum, vol. IV, fol. 69rb, n. 2 de la edición veneciana: “Ista lex facit contra glossam legis primae Codicis, de incolis (C.10.40(39).1), que dicit quod si scholaris stant in studio per X annos efficiuntur incolae; quod est falsum, quia si starent per mille annos non efficerentur cives, ex quo habent annum ad domum redeundi et retinendi domicilium, dicto § Pamphile, et hic et lege Nichil prima, de captivis et de postlimnio et redemptis (D.49.15.2), et hoc tenet Dynus et tangitur per glossam in lege Haeres absens, supra, de iudiciis (D.5.1.19) et lege, Lex Cornelia, § Domum, de inquiris (D.47.10.5.2) et ibi de hoc dixit”. Cf. comentario a D.37.4.3.6: Si emancipatus filius, ed. IV, fol. 162v, n. 4 de la edición turinesa: “Facit enim ad multas quaestiones, dicit statutum, quod scholares tractentur ut cives in omnibus; sed quid si scholaris alias habebat aliquid privilegium ultra cives, an perdat illum privilegium? Certe non, quia illud statutum est inductum ad rescissionem obstaculi quando esse possit ne ille esset civis”.


6) Cf. comentario a C.10.63.1: Si de proprio, vol. IX[.VII], fol. 22rb de la edición veneciana: “Haec lex facit ad questionem si filius incipit studere de voluntate patris, an mortuo patre debeat perficere studium comunibus expensis. Item an expensae doctoratus debeant fieri de communi. Item si filius desponsavit uxorem vivente patre an expense nuptiarum debeant fieri de communi. Facit Digesto, de
5) Si varios estudiantes viven juntos, Bártolo, siguiendo a la glosa ordinaria y frente a otros juristas, mantiene que pueden constituirse en colegio y elegir un síndico.

6) El estudiante docto es preferido al doctor ignorante.

1.3. Pérdida de la condición de estudiante

Se pierde la condición de estudiante si no se estudia durante cinco años. También se pierde si el estudiante depone su intención de estudiar.

No pierde la condición de estudiante por el hecho de no tener un lugar fijo de residencia, pero eso le obstaculiza para acceder al doctorado.

7) Cf. comentario a D.3.5.1: Neque societatem, vol. I, fol. 113r, n. 3 de la edición turinesa: “Item quaerit glossa utrum plures scholares, qui stant in una domo simul possint facere collegium adeo quod possint facere syndicum? Dicit glossa quod sic. Alii contra, quia non stant simul animo faciendi universitatem vel collegium, sed ut commodius vivant. Sed dico quod possunt facere collegium, ut lege finali, infra, de collegiis illicitis (D.47.22.4), quae est lex graeca ibi translata”.

8) Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n.31 de la edición turinesa: “Et scholaris doctus praefertur doctori ignaro, glossa prima, lege tercia, § primo, Digesto, de decurionibus et eorum filiis (D.50.2.3.1) et est glossa in Authentico, de monachis, § finali (N.5 = A.1.5) in verbo ‘tempus’ et est praesuptio quod scholaris qui excesserit xxv annis non bene addiscat secundum Bartolum, in lege prima, supra, de his qui aetate se excusant, libro decimo (C.10.50.1)”.

9) Cf. comentario a D.29.1.42: Ex eo tempore, vol. III, fol. 154r, n. 8 de la edición turinesa: “Sed quaero an sufficiat scholarum probare se anno intrasse et studuisse, si non studet, an vero perdat privilegeum ex eo quia non exercuit illum ministerium per unum annum? Responde, non perdit privilegeum nisi steterit per 5 annos, ut de primicerio, lege finali, libro duodecimo (C.12.7.2), Codice, de domesticis et protectoribus, lege tertia, libro duodecimo (C.12.17.3). Non sunt hic alia dicenda ad praesens. Tene menti”.

10) Cf. comentario a D.41.1.5.2: Apium, vol. V, fol. 81rab de la edición veneciana: “Ultimo statuto cavetur ne scholares solvant gabellam; unus est scholaris, recedit et stat per tempus et non revertitur; deinde revertitur ad istam civitatem et dicit se scholarum, an utatur beneficio? Certe non; ratio est quia depositus animum esse scholarum, ut est argumentum hic”.

11) Comentario a C.12.43.1, vol. III, fol. 56r, n. 1 de la edición turinesa: “Et sic est argumentum quod scholaris, qui non stat firmus dicitur vagus et non gaudet privilegeum scholarium. Contrarium tamen est veritas, quod sive sit vagus sive non, gaudet privilegeo scholaris, igitur etc. ut in authentica Habita, supra, ne filius pro patre (C.4.13.5 = Frid. 1). Nec obstat ista lex, quia verum est quoad hoc ut non
2. LOS DOCTORES

2.1. Concepto y requisitos

Para poder ser doctor según Bártolo se requiere:

1) Haber cumplido los 17 años de edad.  
2) No ser hijo espúreo, ni infame, ni judío, ni mujer.  
3) Ser de buenas costumbres; se presume que lo es quien es presentado por un doctor.  
4) Debe tener la virtud de la fortaleza.  
5) Debe haber cursado 5 años de estudio o poseer una gran inteligencia.  
6) Debe tener una residencia fija.  
7) Debe superar un triple examen (el privado ante su promotor, el

---


13 Cf. comentario a C.12.1.1.1: Si ut proponistis, vol. IX[,VII], fol. 42rb de la edición veneciana: “Et quod non sit spurius, licet de facto non servetur secundum dominum Bartolum in dicta Clementina, j, de magistris (Clem. 5.1.1). Et quod non sit iudeus vel mulier, in quibus non cadit dignitas, lege secunda, Digesto, de re iudicata (D.42.1.2), lege finali, Codice, de iudaes (C.1.9.18(19)).

14 Cf. comentario a C.12.1.1.: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n.17 de la edición turinesa: “Item moribus aliis debet excedere, alias dignitate privatus, Bartolus in lege Magistros, supra, de professionibus (C.10.53.17) et me, libro decimo”.

15 Cf. comentario a Nov. 8.8: Eos autem, vol. I, p. 34, n. 2 de la edición turinesa: “Secundo nota verbum ideoque; hic arguitur pro scolari qui est praesentatus a bono doctore, ut bonus praesumatur”.

16 Cf. comentario a C.10.53.8: Reddatur, vol. III, fol. 23v, n. 2 de la edición turinesa: “Item nota quod doctores debent habere virtutem fortitudinis et vim fortunae patiunter sufferre, quod nota”.

17 Cf. comentario a C.12.1.1.: Si ut proponitis, vol. IX[,VII], fol. 42rb de la edición turinesa: “Item scholaris magni ingenii potest esse doctor, licet non studuerit per quinquenium, ut in proemio Digesti (D. Const. Deo auctore 14).

18 Cf. texto citado supra nota 11.
público ante el correspondiente Colegio de Doctores y el solemne ante toda la Universidad)\textsuperscript{19}, ser aprobado generalmente por 9 doctores (y en algunos casos por siete, o por cuatro)\textsuperscript{20} y recibir el birrete y las insignias doctorales\textsuperscript{21}.

8) No debe obtener el doctorado por corruptela de los doctores\textsuperscript{22}.

9) El emperador y el papa pueden declarar a uno doctor sin necesidad de examen, pero el así declarado, si desconoce el derecho, será considerado como doctor de ciencia menor\textsuperscript{23}.

2.2. Clases

Bartolo distingue las siguientes clases de doctores:


\textsuperscript{21} Cf. Comentario a C.2.16.1: Saepe rescriptum, vol. I, fol. 76r de la edición turinesa: “Ultimo pluries allegavi istam legem in conventibus scholarium, qui doctorantur et qui debent petere insignia doctoralia, non ipsemet sua auctoritate recipere etc.” Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, ed. III, fol. 46r, n. 25 de la edición turinesa: “Et nota scholaris licenciatus ante susceptionem bireti non habet privilegia doctoratus, secundum Baldum, in lege Bene a Zenone, de quadriennii præscriptione (C.7.37.3) et lege Athletas, de excusationibus tutorum (D.27.1.6).

\textsuperscript{22} Cf. comentario a D.27.1.6: Athletae, vol. III, fol. 74r, n. 1 de la edición turinesa: “Et responde ut in glossa et intelligas de illis qui certant virtute propria, non corruptela adversarii. Et per hoc dicebamus in dicta lege prima, secundum dominum Antonium, quod effecti doctores per corruptionem doctorum non veniunt doctores”.

\textsuperscript{23} Cf. comentario a C.12.1.1.: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 27 de la edición turinesa: “Et an scholaris vocatus doctor solo verbo ab Imperatore habet privilegia doctoratus, vide Martinum de Lauduno in additionibus suis et vide Baldum in capitolo primo, quis dicatur Dux, vel marchio (...) Et nota quod imperator potest solo verbo creare doctorem secundum quod notatur per Angelum in lege prima, supra, de sententiam passis (C.9.51.1); pronunciatus tamen solo verbo ab Imperatore vel Papa, si est ignarus iuris, non habet privilegia doctorum, sed ut doctor minoris scientiae honoratur, argumento lege Quod si forte, § 1, de solutionibus (D.46.3.14.1) et per Bartolum in capitolo primo, quis dicatur Dux vel marchio”.

1) Los que enseñan en una Universidad con privilegio (como Roma y Bolonia) y los que enseñan en una Universidad sin privilegio (v. gr. Pavia). Estos últimos enseñan una ciencia adulterina24.

2) Bartolo distingue entre los doctores que enseñan (legentes) y los que no enseñan; los primeros son ciudadanos de la ciudad en la que enseñan25.

3) Por su antigüedad se debe distinguir entre el doctor viejo y el joven; en general el doctor viejo debe ser preferido al doctor joven, pero no siempre26.

4) Atendiendo a los conocimientos Bártolo distingue entre el doctor docto y el doctor ignorante y entre el nombrado legítimamente y el nombrado por corruptela27.

5) Bartolo distingue entre los doctores en leyes y los demás doctores. Los primeros deben ser preferidos a los demás doctores28.

2.3. Estatuto jurídico

El estatuto jurídico del doctor puede concretarse en los siguientes puntos:

24 Cf. comentario a D.27.1.2.9: Amplius, vol. III, fol. 74r, n. 5 de la edición turinesa: “Quaerit glossa quae est ratio quod legum doctores non excusantur ubi non docent? Et responde, ut in glossa. Et sic hac ratione attenta, doctores nostri sunt peioris conditionis quam medici, qui possunt licite legere ubique, sed legum doctores ideo non excusantur, nisi legentes in civitate Romana, quia non debent docere veram scientiam, sed adulterinam. Et sic nota contra studia Lombardiae, quae non habent privilegia, quia in eis dicitur doceri adulterina scienca. Dicit tamen Iacobus de Arena quod si princeps sciverit legi in dictis studiis et tacuerit, quod videatur tacite consensisse, lege De quibus, supra, de legibus (D.1.3.32) et sic hodie per praescriptionem poterit legi in eis. Quaerit glossa nunquid possit legi alibi quam in civitate Romana? Responde et dic ut in glossa. Facit quod notatur in prooemio Digesti, § Haec autem tria (Const. Omnes 7). Igitur subiicit glossa quon non possit legi extra civitatem veterem Bononiae, id est, extra Aposam”.

25 Cf. comentario a C.12.1.1.: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 28 de la edición turinesa: “Nota quod doctor legens, donec legit, dicitur tunc civis illius civitatis ubi legit, per Bartolum in lege Municipes, in § Miles, Digesto, ad municipalem (D.50.1.14) et lege prima, eodem titulo, circa medium, ubi loquitur de praetato (D.50.1.1).

26 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. II, fol. 46r, n. 24 de la edición turinesa: “Item doctor senex non est semper iuveni praefendens, vide textum et ibi Angelus in Authenticum, de monachis in § finali (N.5 = A.1.5); facit quod notatur per glossam et Bartolum in lege Cum quid, Digesto, si certum petatur (D.12.1.3).

27 Cf. comentarios anteriormente citados a D.27.1.6 y C.12.1.1, n. 27-29 en notas 8, 22 y 23.

28 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 20 de la edición turinesa: “Et doctores legum sunt maiores omnibus aliis professoribus, ut voluit glossa in proemio Digesto, in § penultimo, dum voluit quod scholaris habet tres iudices”.
1) Tiene jurisdicción sobre los estudiantes\textsuperscript{29}.

2) Es ilustre si ejercita la docencia durante cierto tiempo\textsuperscript{30}; tiene el título de conde, o al menos el de clarísimo, si practica la docencia durante 20 años\textsuperscript{31}.

3) Posee una dignidad y es noble, aunque no se lo reconozcan; son títulos privados\textsuperscript{32}.

\textsuperscript{29} Cf. comentario a D.3.1.1.3: Initium, vol. I, fol. 903ra, n. 3 de la edición veneciana turinesa: “Quaero utrum maior xvi annis doctor habeat iurisdictionem in scholares ex forma autenticae Habita (C.4.13.5 = Frid.1). Quod videtur per hanc legem conjuncta lege Cui iurisdiction, de iurisdictione omnium iudicium (D.2.1.2). Facit lex Quidam consulebant in fine de re iudicata (D.42.1.57) et lege Cum lege prima de arbitris (C.2.55.1). Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, ed. III, fol. 46r n. 12 de la edición turinesa: Item, iurisdictionem habet, dicta authentica Habita.

\textsuperscript{30} Cf. comentario a D. Rubrica, vol. I, fol. 3v, n. 12 de la edición turinesa: “Item oppono, dicitur hic quod sunt illustres. Contra, quia doctores non sunt illustres nisi certo tempore legant, ut Codice, de professoribus qui in urbe constantinopolitana, libro duodecimo, lege unica (C.12.15.1). Solutio: Haec intelligitur secundum illam. Vel dic quod hic videtur loqui de illis illustribus qui absque doctoratu erant alias illustres et utraque solutio est bona et vera”. Cf. también el primer texto de la nota siguiente.

\textsuperscript{31} Cf. comentario a D.29.1.42: Ex eo tempore, vol. III, fol. 154r, n. 4 de la edición turinesa: “Sed quid in doctore.Dic ut solet notari in prima constitutione Digesti Veteris, ubi doctor appellatur illustri; sed si legerit per viginti annos consequitur dignitatem comitivam”. Cf. comentario a C.10.32.56: Alexandrinis, vol. III, fol. 18v n. 1 de la edición turinesa: “Nota quod licet doctor qui legerit per viginti annos efficitur Comes, ut lex prima primo de professoribus qui in urbe Constantinopolitana (C.12.15.1). Si tamen ante erat popularis et sic per formam statuti civitatis suae poterat ad honores et officia, ut popularis etiam mode admissi poterit, argumento huius legis”. Cf. comentario a C. Const. Haec quae necessario, vol. I, fol. 2v, n. 11 de la edición turinesa: “Fateor tamen quod non est illustri, ut in rubrica Digesti; sed si legisset per viginti annos tunc esset Comes sacri palatii vel saltem clarissimus”. Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 10 de la edición turinesa: “Doctor est de consilio principis, sine litteris, lege finali, de advocatis diversorum iudicum (C.2.7.29); Doctor efficitur Comes et illustri, si legit per XX annos, lege prima, de professoribus qui in urbe (C.12.15.1).

4) Es inmune en su cuerpo y en su patrimonio, lo que significa que no puede ser preso, ni sacado de su casa, ni está obligado a pagar las colectas o gabelas; no se le puede examinar para ver si lleva armas, ni ser sometido a tortura; no puede ser suspendido ni capitisminuido, ni sufrir penas corporales si antes no es degradado de su dignidad de doctor; son inválidas las donaciones que haga a su concubina.\(^{33}\)

\(^{33}\) Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 2-34 de la edición turinesa: “Doctor proprio torqueri non potest, lege Milites, supra, de questionibus (C.9.41.8),quia militanti advocati, lege Advocati, de advocatis diversorum iudiciorum (C.2.7.14). Donatio ab eo facta in concubinam non valet, lege secunda, supra, de donationibus inter virum et uxorem (C.5.16.3); notant doctores in lege Afectionis, Digesto, de donationibus (D.39.5.5), Ioannes Andreae in capitulo Cum quis, de sepulturis, libro VI (VI.3.12.2), Hostiensis, in Summa, in titulo de donationibus inter virum et uxorem, § Cui. ver. excipitur [Cf. Henricus de Segusio, cardinalis hostiensis, Summa una cum summariis et adnotationibus Nicolai Superantii, ed. fac. de Lyon 1537, Scientia Aalen, 1962, fol. 219rv]. Item non tenetur ultra quam facere potest, glossa in lege Miles, in principio, Digesto, de re iudicata (D.42.1.6). Et vide Innocencium in capitulo primo, de magistris (X.5.5.1). Pro delicto non suspenditur, lege Desertorem, § Poena militum, de re militari (D.49.16.3.1) et ibi glossa. In conductione domus, gaudet privilegio, Domino Bartolo et Baldo in lege prima, Digesto, soluto matrimonio (D.24.3.1). Coguntur enim eis aedes locare secundum Gulielnum, in lege Decernimus, de episopis et clericis (C.1.3.26) et Baldum et Angelum in dicta lege prima, Digesto, soluto matrimonio (D.24.3.1). Popularis actio competet pro injuria sibi illata, Bartolus in lege prima, § Huius studii, Digesto, de iustitia et iure (D.1.1.1.2) (...) Persona doctoris discipulo sancta et honesta videri debet, lege Liberto, in glossa finali, de obsequiis patronis praestandis (D.37.15.9) et iuxta illud luve. Qui praeceptorem sancti noluere parentis Esse loco, Baldus in authentica Habita, ne filius pro patre (C.4.13.5 = Frid. 1) (...) Item nec personaliter capitur, lege Medicos, de professoribus et medicis (C.10.53(52).6) et ibi glossa et Bartolus. Item, nec muneribus personalibus afflictur, lege Grammaticos, eodem titulo (C.10.53(52).2) (...) Item, nullus pati debet in dignitate, ideo doctor nisi degradetur, ad poenam mortis vel abscissionis membrini non condemnatur, lege Omnes, § Propreturae cum glossa, de episopis et clericis (C.1.3.32(33).2) (...) Item extrahens eum de domo sua poena capitalis punitur, lege Medicos, supra, de professoribus (C.10.52.5.3), vide dominum Car. florentinum in clementina prima, de magistris (Clem. 5.1.1) (...) Item gaudent privilegio inmunitatis, Bartolus in dicta lege Medicos (C.10.53(52).6) (...) Item non tenetur solvere gabellas, secundum Baldum in dicta authentica Habita (C.4.13.5 = Frid. 1) (...) et doctor cum eius familia non potest scrutari de armis. Vide Bartolum et quae ibi scripsi in lege Medicos, supra, de professoribus (C.10.53(52).6) et me ibi etiam quod doctor non tenetur solvere collectas (...) Et doctor damnatus ad mortem decapitari non potest, lege Omnes, iuxta glossa in verbo ‘possunt amissionem,’ de episopis et clericis (C.1.3.32(33)) ubi dicitur quod nemo in dignitate constitutus mori debet antequam degradetur; facit capitulo Degradatio, de poenis, libro VI (VI.5.9.2). Cf. comentario a C.10.53.6: Medicos, vol. III, fol. 23r, n. 1-2 de la edición turinesa: “Nota hanc legem quod doctores legum et aliarum scientiarum habent inmunitatem etiam a muneribus patrimoniorum et sic non potest de iure eis imponi collectas. Item nota quod non possunt capi personaliter vel duci ad curiam vel aliquo modo vexari, et sic familiaris non debet ipsos doctores scrutari de armis”. Cf. tratado de carceribus, vol. III, p.424 n. 5 de edición turinesa: “Secundo quero an legum doctor possit carcerari pro debito? Et dicendum est quod non, sicut nec mulier, immo punitur iudex poena capitatis. Istud notat glossa singulari in verbo ‘deduci’ in lege Medicos, Codice, de professoribus et medicis, libro decimo (C.10.53.6), nec etiam doctor debet requiri a familiari potestatis an habeat arma ut notat
5) No está obligado a llamar a su mujer señora.  
6) Cuando es citado judicialmente, es citado por escrito y no oralmente.  
7) Es del consejo del príncipe.  
8) Tiene derecho a un salario, pero no si enseña privadamente. No pierde el salario si está ausente por el bien de la República.  
9) Puede echar al artesano que hace ruido cerca de su habitación o de las escuelas y puede obligar a que le alquilen las casas.

Bartolus in dicta lege Medicos".

34 Cf. comentario a D.27.1.36.1: Lucius Titius, vol. III, fol. 79r, n. 8 de la edición turinesa: "Hoc etiam facit ad quandam quaestionem quam audivi formari a domino Beccario de Papia militie; videlicet, pone quod statutum esse in civitate quod quilibet debeat vocare uxorem suam dominam; quae retur nonquid miles debeat vocare uxorem suam dominam? Iste textus secundum expositionem Dyni facit quod sic. In contrarium secundum expositionem domini Iacobi de Arenas et certe optime facit iste textus et recordor quod allegavi istum textum quod notatur". Cf. comentario a C.5.16.26, ed. I, fol. 177r, n.1 de la edición turinesa: "Utrum maritus doctor vel miles tenetur vocare uxorem suam dominam, hic textus facit quod sic. Consuevi determinare contrarium, quia quandocumque quis habet privilegium propter me, eo non utitur contra me, me invito, ut lege, Si iudex circunvento, Digesto, de minoribus (D.4.4.41) et lege Amicissimos, Digesto, de excusationibus tutorum (D.27.1.36). Sed uxor habet dignitatem propter virum, ut lege Foeminae, Digesto, de senatoribus (D.1.9.8), ergo illa dignitate seu privilegio non utitur contra virum eo invito".

35 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 11 de la edición turinesa: "Item scriptura, non verbo, in ius vocatur, lege Quoties, infra, eodem (C.12.1.17).

36 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 10 de la edición turinesa: "Doctor est de consilio principis, sine literis, lege finali, de advocatis diversorum iudicum (C.2.7.19).

37 Cf. comentario a C.11.19.1.1: Illlos, vol. III, fol. 33r de la edición turinesa: "Nota dicit hic Imperator quod in locis privatis recte potest doceri aliquid discipulis a doctoribus, nisi doctores essent de numero eorum qui sunt deputati ad legendum omnibus qui volunt eum audire, nam illi non possunt et si faciant perdent salarium et privilegia, quae habent eo quod publice non legunt".

38 Cf. comentario a D.4.6..17.1: Eum quoque, vol. I, fol. 143v, n.1 de la edición turinesa: "Ultimo ista lex facit pro doctoribus qui debent habere salarium annuum, nam si absunt causa Reipublicae nihilominus debent habere salarium. Ad idem lex Si quis stipulatus primo, eodem (D.4.6.43)

39 Cf. comentario a C.11.19.1.4: Ita ut unicuique, vol. III, fol. 33v de la edición turinesa: "Hic imperator committit praefecto, et eadem ratione ciususlibet civilitatis, ubi est studium, quod facit assinari loca doctoribus et magistris ita distantia quod quando unus legit, non audiat in scholis alterius et quod streptus scholarium, qui sunt in una, non audiat in alia, ne ex hoc studium turbetur. Nota quod ad officium iudicis pertinet removere, quicumquid fieret iuxta scholas per quod lecturam impediretur, vel auris auditoris turbaretur. Et facit ad quaestionem quod faber non possit malleare iuxta scholas. Idem nota Digesto, soluto matrimonio, lege prima (D.24.3.1) et ibi dixi". Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 6 de la edición turinesa: "In conductione domus gaudet privilegio, dominus Bartolus et Baldus in lege prima, Digesto, soluto matrimonio (D.24.3.1). Coguntur enim eis aedes secundum Gulielmum in lege Decernimus, de episcopis et clericis (C.1.3.26)
10) No está obligado a entregar más de lo que pueda dar⁴⁰.
11) Cuando le escribe el “praeses” o el juez le deben llamar padre; a los contraventores se le castiga con una pena extraordinaria⁴¹.
12) Sus hijos son preferidos a los demás y son promovidos gratuitamente a los grados académicos⁴².
13) Es infame si deja entrar en las clases a criados y a otros no estudiantes⁴³.
14) Los decuriones le pueden conceder inmunidad⁴⁴.

et Baldum et Angelum in dicta lege prima, soluto matrimonio (D.24.3.1)⁴⁰. Cf. comentario a C.11.19.1.4, vol. iii, fol. 33v de la edición turinesa: “Ultimo inducit glosa istam legem in argumento ad quaestionem, no. p. glossa, Codice, de Studii liberalibus urbis Romae, lege prima in fine, libro XI (C.11.19(18).1), quia scholares vel doctores possent repellere fabrum, qui stat iuxta scholas vel compellere ne malleat propter publicum utilitatem, ut respublica periti hominibus repellatur, sicut hic et nota in dicta lege prima in fine. Econtra quod nota, quia privilegium scholarium debet intelligi sine injuria cuiusque, ut lege Impuberi, infra, de administratione tutorum (D.26.7.40) et infra, ne quid in loco publico, lege secunda, § Merito (D.43.8.2.10) et § Si quis a principe (D.43.8.2.16) et Codice, de emancipacione liberorum, lege Nec avus (C.8.48(49).4); sed hic fieret injuria fabro ergo etc. Praeterea patronus non potest impedire liberum suum uti arte sua, ergo multo minus scholaris fabrum, ut infra, de iure patronatus, lege Quaero (D.37.14.18) et de obsequiis a liberis, lege finali (D.37.15.11).

Praeterea faber nihil immittit in alieno, ergo etc., ut lege Sicut, in § Aristo, si servitus vendicetur (D.8.5.8.5) ubi Iacobus de Arena distinguat. Aut doctor prevenit fabrum et doctor prefertur, ut infra, ne quid in loco publico, lege secunda, § Si quis nemine (D.43.8.2.17). Aut faber prevenit doctorem, et tunc aut doctor non potest in alio loco commodo stare et praefertur doctor, quia propter necessitatatem frangitur divina reverentia, ut Codice, de feriis, lege Omnes (C.3.12.2(3)). Aut potest alibi scholas commodo facere, et tunc secur, quia praeventus, ut lege Si pluribus, de legatis 1º (D.30.[1].33) cum similibus. Si vero simul concurrunt praefertur doctor, quia maior praefertur minori, supra, de iudiciis, lege Per minorem (D.5.1.54), Codice, de ordine iudiciorum, lege finali (C.3.8.4) et melius praefertur bono, ut lege Exigendi, Codice, de procuratoribus (C.2.12(13).12)v et supra de officio proconsulis, lege Observare, § Proficisci (D.1.16.4. 2)⁴⁴.

⁴⁰ Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 36r, n. 4 de la edición turinesa: “Item non tenetur ultra quam facere potest, glossa in lege Miles, in principio, Digesto, de re iudicata (D.42.1.6)”.

⁴¹ Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n.13 de la edición turinesa: “Item si praeses vel iudex scribens doctori non appellet eum patrem, extraordinarie punitur, lege secunda, supra, de officio diversorum iudicium (C.1.48.2).

⁴² Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 8 de la edición turinesa: “Filii eorum praefertur aequalibus et promoverunt sine expensis, glosa in lege Iubemus, supra, de advocatis diversorum iudicium (C.2.7.17).


⁴⁴ Cf. comentario a D.50.6.2: Hi qui, vol. VI, fol. 237v, n.3 de la edición turinesa: “Sed quaeo per quos possit concedi? Responde, doctoribus et medicis potest concedi per decuriones, hoc est per ordinem civitatis, aliis vero non posset concedi per illos et sic requireretur adunantia generalis, ut Codice, de decretis curionum, lege prima (C.10.47.1).
15) Su testimonio es creíble cuando se refiere a una costumbre, o a la vida y pericia de los estudiantes.
16) Sus interpretaciones se consideran probables.
17) Mientras lee es considerado ciudadano de la ciudad donde lee.

2.4. Pérdida de la condición de doctor

Según Bartolo el doctor ignorante puede ser reprobado, incluso después de haber recibido las insignias doctorales.

El doctor, lo mismo que el clérigo y el caballero, puede ser degradado.

---

45 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 15 de la edición turinesa: "Item creditur eis, si allegant consuetudinem, Baldus in lege De quibus, Digesto, de legibus (D.1.3.32), allegat glossam in lege Dos a patre, supra, soluto matrimonio (C.5.18.4).
46 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 14 de la edición turinesa: “Item creditur doctori de vita scholaris, XII, questione prima, capitolo primo (C.12 q.1 c.1).
47 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 15 de la edición turinesa: “Item eius interprætatio probabilis est, glosa prima, capitolo primo, vere interpretatus, de postulatione praelatorum (X.1.5.1). Credens doctori ab expensis relevantur secundum dominum Car. in clementina secunda, de magistris (Clem. 5.1.2); Petrus de Ancharano in capitolo Finem litibus, de dolo et contumacia (X.2.14.5) et quod notat Bartolus in lege Bonorum, Digesto, de bonorum possessionibus (D.37.1.1).
48 Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n. 28 de la edición turinesa: “Nota quod doctor legens, donec legit, dicitur civis illius civitatis ubi legit, per Bartolum in lege Municipes, in § Miles, Digesto, ad municipalem (D.50.1.23.1) et lege prima, eodem titulo, circa medium (D.50.1.1) ubi loquitur de prelato”.
49 Cf. comentario a C.10.53.2: Grammaticos, vol. III, fol. 23v de la edición turinesa: “Doctor qui non legit utilem scholaribus potest reprobari hic dicitur in summary et facit ad legem Digesti, de excusationibus tutorum, lege Sed et reprobari (D.27.1.6). Nota hanc legem contra insufficientes doctores ut possint reprobari, non obstante quod receperint insignia doctoratus”. Cf. comentario a C.12.1.1: Si ut proponitis, vol. III, fol. 46r, n.21 de la edición turinesa: "Et doctor, quamvis receperit insignia, potest tamen reprobari secundum Bartolum in lege Grammaticos, supra, de professoribus (C.10.53(52).2) et me et doctor semel approbatus, non potest amplius reprobari, secundum Baldum per illum textum in lege secunda, de libertis et eorum liberis (C.6.7.2)".
50 Cf. comentario D.3.2.2.2: Ignominiae causa, vol. I, fol. 99v, n. 2 de la edición turinesa: “Pro cuius evidentia debes scire quod quaedam est exauctoratio verbalis, et isto bene facit militem perdere privilegia militaria, tamen miles remanet, quia non invenit actus retro similis, argumento lege Ab emptione, supra, de pactis. Facit, Extra, de poenis, capítulo Degradatio, libro 6 (VI.5.9.2). Quaedam est realis degradatio, et hic advertendum, quia quandoque ista exauctoratio fit in poenam et est infamis, ut hic. Quandoque ista exauctoratio fit ut praeparatio ad alium, et hoc dupliciter, quia quandoque fit ut praeparatio ad litem ut faciat quem esse iurisdictionem alterius, et tunc non erit infamis, ut dicta lege Qui cum uno, § Exauthoratus, ita loquitur glossa ista. Quandoque fit ut praeparatio ad impositionem poenae, quae forte in militem non caderet, tunc puto idem quod non fit infamis, nisi sequata sententia, ut in Authentico,
| 3. LOS NOTARIOS

3.1. Concepto y requisitos

Bártolo detalla cómo se consigue el oficio del notariado y cómo debe redactar sus documentos\textsuperscript{51}.

3.2. Estatuto jurídico

El notariado no es un honor ni una dignidad, a excepción del notario de la curia del príncipe. Es simplemente un servicio (\textit{officium})\textsuperscript{52}.
| 4. LOS ABOGADOS |

4.1. Concepto y requisitos

El abogado tiene que ser cristiano\(^{53}\) y haber estudiado derecho durante cinco años y que un doctor lo haya declarado perito\(^{54}\).

4.2. Estatuto jurídico

El abogado tiene el beneficio de la competencia\(^{55}\). Goza de inmunidad personal.

\(^{53}\) Cf. comentario a C.2.6.8 Nemo, vol. VII, fol. 72rb de la edición veneciana: “Nullíus potest esse advocatus qui non est christianus in summa ista lege vel sic iudeus vel non catholicus et iudex eum admittens punitur hic dictu non catholicis non patent porte dignitatis, secus enim quod officium advocacyonis est dignitas, ut lege Laudabilis, infra titulo II (C.2.7.23), hic est quod infames repelluntur a postulando, ut lege De postulando et quasi per totum (C.2.7). Ex hoc concludas quod unus sarracenus vel iudeus non possit esse potestas vel rector (...) Item iudeus non potest esse doctor”.

\(^{54}\) Cf. comentario a D.50.13.1.11: Advocatos, vol. III, fol. 242r, n.1 de la edición turinesa: “Quaero utrum illiterati dicantur advocati? Hic videtur quod sic. Glossa tua determinat contrarium. Quod enim hic dicitur in textu suppletur per alias leges. Nam advocatus dicitur, qui quoquo studio operatur in causis agendi, et oportet quod studuerit in iure per quinquennium et quod doctor iuret eum iuris peritia instructum, ut Codice, de advocatis diversorum iudiciorum, lege Nemini (C.2.7.11). Per hoc appareat quod illiterati non sunt advocati. Sed contra hoc facit iste textus, qui dicit quoquo studio operatur. Respondo: glossam intellige sive debeat adesse in allegationibus tantum, sive usque ad litem tantum, sive in causa principali, et non in causa appellationsis, sive in utraque, sive in uno loco, sive in qualibet. Et per hoc etiam solvitur quod an procuratores et tutores, qui assiunct causae possunt dici advocati? Respondo: non, quia in eis non concurrent ea quod supra dicta sunt. Et per hoc patet quod procurator non potest petere sibi constituat salarium officio iudicis, sed habeat alia remedia, de quibus dixi supra, ea lege, § Ludi quoque. Item quaero quod est hoc dictum, quod hic dicitur, non tamen qui pro tractu etc. Vos debetis scire quod hic est duplex literarum pro tractu, alia pro contractu. Secundum primam ponit glossa duo exempla. Unum si aliquis vadit ad iudicem ad rogandum eum ut sibi det unam dilationem, non dico allegando de iure, sed rogando? Certe iste non dicuntur advocati. Vel aliter, si quis stat in camera et pars habet consilium cum eo, non tamen vadit ad causam aliquam, vel in aliqua parte litis. Certe iste non dicitur advocatus, quia in iudicio non assistit. Et ista faciunt pro doctoribus huius civitatis, qui habent pacta cum communi ut non sint advocati. Nam non prohibentur a iudice gratis aliquid impetrare, ut hic et supra, de legationibus, lege Eum qui, in fine, alias incipit Paulus (D.50.7.10(9)). Item non prohibetur dare consilium in camera, ut hic. Nam advocare seu postulare est pandere alienum desiderium in iudicio, ut lege prima, post principium, supra, de postulando (C.2.6.17). Alia litera est pro contractu. Qui ergo intervenit ut aliquis contractus fiat inter aliquos inducendo utranque partem, iste non dicitur advocatus. Ideo videtur quod ille, qui est coram arbitratore et introducit. Para otros temas cf. las páginas dedicadas a “Advocatus” en las obras Locci comunes y Repertorium citadas supra nota 1.

y está exento de colectas y cargas. Pierde la inmunidad si acepta algún cargo que implique una utilidad\textsuperscript{56}. Es calificado de egregio, no puede ser torturado, las citaciones se le deben enviar a su casa y tiene el título de clarísimo. No puede ser notario. Sirve gratis como el médico y lo que gane tiene el carácter de peculio castrense. Son nulas las donaciones que haga a una concubina\textsuperscript{57}.

| 5. LOS JUECES |

5.1. Concepto y requisitos

El juez tiene que ser cristiano\textsuperscript{58}.

5.2. Estatuto jurídico

Los jueces son nobles\textsuperscript{59}. Entre sus obligaciones se cuentan la de no encarcelar a quien es doctor\textsuperscript{60} y evitar que se hagan ruidos que perturben a los estudiantes y doctores en su labor de estudio\textsuperscript{61}.

\textsuperscript{56} Cf. comentario a D.35.2.59: Beneficium, vol. IV, fól. 154rb de la edición veneciana: “Allegabam istam legem ad questionem Pisis dum ibi legebam, quia ibi erant quidam nobiles immunes a collectis et quod non debent habere aliquod beneficium in civitate et si acceptarent tunc priventur immunitate; erat alius statutum quod advocatus qui ad condemnationem erat positus debet habere xii denarios pro libra modenese, quidam advocatus de illis nobilibus acceptavit illud officium an privetur illa immunitate. Et dicebam quod sic, quia istud quod detrahirat, scilicet, xii denarios pro libra est beneficium, dum dicit Falcidiam beneficiumque detrahirat et hoc per istam legem; facit capitulum primo, decima columna, que fuit causa amittere beneficium et lege Beneficium, supra, de constitutionibus principum (D.1.4.3).

\textsuperscript{57} Para los temas aquí tratados y otros no tratados aquí sobre los abogados, por ejemplo, si se le puede obligar a que ejerza en su ciudad, responsabilidad cuando aconseja mal y si alega leyes falsas, si puede ser juez, si debe ejercer su cargo gratuitamente, etc. cf. “Advocatus” en las obras Loci communes y Repertoriumcitadas supra nota 1.

\textsuperscript{58} Cf. textos citados en la nota siguiente.

\textsuperscript{59} Cf. comentario a C.12.1.12: Iudice, vol. III, fóls. 48v-49r, n.2 de la edición turinesa: “Ex hoc apparet quod iudices et doctores iudicantur esse nobiles. Qui tamen exuti dignitate, inter privatos habentur”. Para los temas aquí tratados y otros no tratados aquí sobre los jueces, por ejemplo, si el juez puede redactar las actas, si no debe entregar las actas originales, si debe dar los apóstolos, responsabilidad en casos de corrupción, etc. cf. “Iudex” en las obras Loci communes y Repertoriumcitadas supra nota 1.

\textsuperscript{60} Cf. último texto citado en la nota 33.

\textsuperscript{61} Cf. textos citados en las notas 5 y 39.
Conflicto político y versiones contemporáneas de la democracia

Pedro Rivas
Universidad de A Coruña
CONFLICTO POLÍTICO Y VERSIONES CONTEMPORÁNEAS DE LA DEMOCRACIA

La manera de tratar los conflictos y desacuerdos en el interior de las comunidades políticas sigue siendo asunto principal de reflexión de cualquier teoría política contemporánea. Pero cuando tales conflictos alcanzan la gravedad derivada de la violación persistente de derechos humanos, nos encontramos ante casos paradigmáticos por su dificultad\(^1\). En este trabajo vamos a considerar dos intentos contemporáneos de resolver conflictos políticos. Desde una comprensión de la democracia en la tradición de las más recientes teorías liberales de la justicia, Amy Gutmann y Dennis Thompson han formulado una propuesta que denominan democracia deliberativa. Por el contrario, en una tradición que se presenta en cierto modo alejada de tales modelos liberales, Chantal Mouffe defiende un modelo agonista de democracia. Después de exponer sus propuestas y la discusión generada entre ambos, se esbozarán algunas conclusiones más allá de los dos modelos de democracia mencionados. No debe olvidarse que el contexto es el de los conflictos de especial gravedad. Para no perder de vista el contacto con tales situaciones se hará alguna referencia a uno en concreto, la transición de Sudáfrica del régimen de apartheid a la situación actual, teniendo en cuenta que es comúnmente conocida en sus aspectos básicos.

| 1. CONFLICTO Y DELIBERACIÓN |

En concreto, Gutmann y Thompson han formulado los fundamentos de su versión de la democracia deliberativa a la par que trataban de mostrar el aporte de la misma a las situaciones de conflicto características de la justicia transicional. De hecho sus tesis sobre el fundamento moral de las comisiones de la verdad\(^2\) están escritas en medio del debate que generó su principal obra, *Democracy and Disagreement*\(^3\), y antes de otras en las que han seguido

---

\(^1\) Al punto de haberse desarrollado un cuerpo doctrinal que bajo la denominación de *justicia transicional*, ha intentado formular los principios necesarios para superar tales situaciones y reconducir a las comunidades que las han sufrido hacia un Estado de Derecho.


desarrollando su pensamiento. De ahí que sean los referentes inevitables en el presente debate.

Hay que comenzar por indicar que la perspectiva que defienden Gutmann y Thompson pretende ser una corrección a la par que una profundización del planteamiento rawlsiano. La pregunta que se plantean es qué género de democracia es mejor para vivir con desacuerdos morales, es decir, para lograr una perspectiva que pueda ser aceptada por gente mutuamente motivada a encontrar términos justos de cooperación social entre personas políticamente iguales. A su juicio, dos son los modelos de democracia relevantes en el momento presente. Por un lado, la que denominan democracia procedimental, según la cual lo importante es establecer procesos legítimos y justos para construir decisiones sobre temas morales controvertidos. Tales procesos requieren de la regla de las mayorías y de los derechos individuales necesarios. No se trata de que la mayoría tenga ea ipsa la razón sino de que constituye el procedimiento más equitativo. Con la referencia a los derechos que intervienen en el procedimiento democrático se refieren a aquellos como las libertades de opinión, asociación, información, sufragio, etc., es decir solamente a aquellos cuyo fin primario es hacer justo el procedimiento. Por el otro, la que denominan democracia constitucional (sostenida por Rawls) que añadiría otros derechos como prioritarios aunque no aparezcan en el procedimiento de decisión. A juicio de los defensores de ésta, hay que tener en cuenta más libertades básicas y, en especial, la defensa de la igualdad de oportunidades, que no se pueden someter a la regla de las mayorías. Ambas perspectivas coinciden en defender la necesidad de procedimientos moralmente justificados para llegar a decisiones políticas vinculantes. En opinión de Gutmann y Thompson, la democracia deliberativa que ellos defienden trata de evitar esa dicotomía entre procedimiento y derechos, porque resulta incapaz de resolver los desacuerdos morales.

En el caso de Rawls parece que los desacuerdos se superan, pero se trataría de una percepción errada producto de que permanece siempre en términos

---


6 Cfr. Ibid., pp. 27-32.

7 Cfr. Ibid., pp. 33-34.
demasiado abstractos. Para Rawls, la indeterminación de su teoría de la justicia comienza cuando termina la reflexión solipsista bajo el velo de la ignorancia⁸. Ahora bien, cabe preguntarse qué políticas satisfarían el principio de diferencia o la igualdad de oportunidades⁹. En el primer caso y ciñéndose al ejemplo de la salud se puede señalar la compleja discusión sobre los tan distintos sistemas de acceso a la misma. En el segundo, el ámbito de las políticas de discriminación positiva es muestra del profundo desacuerdo social sobre el mismo¹⁰.

Con todo, es en el propio Rawls donde puede encontrarse el inicio de un modo de evitar estas aporías. Por un lado, porque incorpora la necesidad de valores ciudadanos como los de superar el propio interés y de guiarse por alguna concepción de la justicia y del bien común más que por sus propias inclinaciones¹¹. Por el otro, con su énfasis en el papel de la reciprocidad como guía de la discusión pública, que conduce a una idea de la razón pública que contiene argumentos morales que deben ser consistentes con dicha reciprocidad¹². Y en tercer lugar, porque la perspectiva deliberativa se parece al consenso entrecruzado o superpuesto de Rawls, en la medida en que ambos quieren proveer un punto desde el que juzgar pretensiones morales enfrentadas de la forma más independiente posible de visiones morales comprensivas¹³.

La propuesta de una democracia deliberativa viene a decir que las decisiones colectivas son más legítimas en la medida en que sean el resultado de la discusión pública entre sujetos libres e iguales¹⁴. Los participantes son llamados a justificar sus preferencias políticas en términos que puedan ser aceptadas razonablemente por aquellos a quienes les afectan. De este modo, los ciudadanos no pueden limitarse únicamente a hacer valer sus intereses particulares sino que han de ser capaces también de formularlos en términos de principios morales generales.

---

⁹ Cfr. Ibid., p. 83.
¹⁴ Cfr. A. Gutmann & D. Thompson, Democracy and Disagreement, cit., passim.
con los que todos puedan estar potencialmente de acuerdo. La deliberación se orienta, entonces, hacia el logro del consenso, aunque éste rara vez se alcance en la práctica. Por eso, a pesar de que finalmente el desacuerdo conduzca a una elección mayoritaria, la decisión será más legítima, y, por tanto, moralmente más vinculante para la minoría, en la medida en que las perspectivas, valores e intereses de todos los afectados por la decisión hayan sido justamente representados y tomados en cuenta. Sólo presuponiendo la posibilidad de llegar a un consenso, el conflicto y el desacuerdo pueden ser manejados dentro de un horizonte de sentido compartido por las partes en conflicto.

El valor fundamental, donde descansa su teoría de la democracia deliberativa, es la reciprocidad. Ésta significa que los ciudadanos (i) buscan términos justos de cooperación social, al tiempo que (ii) son capaces de justificar sus ideas políticas y (iii) de tratar con respeto a quienes se esfuerzan por comprometerse en esa tarea común, incluso si no logran soluciones. Es decir, que deben dar no sólo razones contingentes basadas en sus intereses, sino razones morales generales por las que aquellos con quienes se está en desacuerdo deberían aceptar los resultados de la negociación.

La reciprocidad se compara con otros dos principios posibles para manejar el desacuerdo. Por un lado, el principio de prudencia, que busca el acuerdo entre intereses de grupo o de clase, y que resulta, por tanto, menos exigente que el de reciprocidad. Por el otro, está el principio de imparcialidad, que pide razonar en términos morales universales, y que, en la medida en que comprende el altruismo, es más exigente que la mera reciprocidad. Sin embargo, la reciprocidad no exige de los participantes imparcialidad ni altruismo. Los ciudadanos no tienen que trascender su propio interés sino sólo representar (presentar, expresar, manifestar, formular) sus posiciones particulares en términos de principios generales que otros puedan razonablemente aceptar.

15 Cfr. Ibid., p. 55.
16 Cfr. Ibid., p. 42.
17 Cfr. Ibid., pp. 52-53.
20 Cfr. J. Rawls, Political Liberalism, cit., pp. 146 y ss.
21 Cfr. A. Gutmann & D. Thompson, Democracy and Disagreement, cit., pp. 53-63.
A su juicio, éste es el mejor marco posible para justificar el trabajo de las comisiones de verdad frente a sociedades divididas, en la medida en que su modelo afronta controversias que, en último término, son morales\textsuperscript{22}. Más en concreto, el fundamento de las comisiones para la verdad y la reconciliación no es simplemente el intento de alcanzar un pacto entre las partes enfrentadas para evitar de este modo un final violento al desacuerdo. Si así fuera, careceríamos de buenas razones para valorar la estabilidad política por encima de otros valores posibles como, por ejemplo y especialmente, la justicia\textsuperscript{23}.

Se hace necesario acudir a los principios que sostienen las condiciones de la discusión política. Y ahí, ante la falta de consenso propia de todo conflicto, la reciprocidad democrática exige buscar una economía del desacuerdo moral. Las posiciones frente al otro se justifican mediante la búsqueda de un rationale que minimice los rasgos de la posición contraria que uno rechaza. Siguiendo este principio, los ciudadanos buscan puntos significativos de convergencia entre las distintas comprensiones. Al economizar así los desacuerdos, los ciudadanos manifiestan respeto mutuo aunque continúan en desacuerdo sobre aspectos moralmente importantes sobre los que deben alcanzar una decisión colectiva. Se contribuye de esta forma a una política más efectiva y realista porque los distintos actores buscan una base común y aprenden a respetar las divisiones que permanecen. Solamente queda excluido de esta convergencia quienes no están dispuestos a la reciprocidad\textsuperscript{24}. Para alcanzar tales puntos de convergencia, se hace necesario evitar razones y argumentos fundados en doctrinas omnicomprehensivas del bien. Tampoco se trataría de intentar que todos actúen por altruismo, como en el caso del perdón cristiano, que orientó el trabajo de la sudafricana Truth and Reconciliation Commission, y que presupone además una doctrina comprehensiva del bien\textsuperscript{25}.

Así, el principio de reciprocidad otorga una perspectiva integradora que permite un margen amplio de desacuerdo razonable\textsuperscript{26}. Reconocen, eso sí, que la presencia de la razonabilidad en su propuesta es un mecanismo de exclusión,

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item \textsuperscript{22} Cfr. A. Gutmann & D. Thompson, "The Moral Foundations of Truth Commissions", cit., p. 35.
\item \textsuperscript{23} Cfr. Ibid., pp. 26-29.
\item \textsuperscript{24} Cfr. Ibid., p. 38.
\item \textsuperscript{25} Cfr. Ibid., pp. 26-33.
\item \textsuperscript{26} Cfr. A. Gutmann & D. Thompson, Democracy and Disagreement, cit., p. 85.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
aunque sirve para justificar moralmente que quienes no buscan esos términos justos de cooperación social quedan fuera de la discusión. Una perspectiva moral compartida sólo es posible si hay criterios de distinción entre lo razonable y lo irrazonable. Así, por ejemplo, en el caso sudafricano, sería irrazonable tratar de negar la involucración de las instituciones políticas en los crímenes que se habían cometido.

Con su propuesta, como ya se ha dicho, no se haría necesario buscar la reconciliación a través del perdón. El principio de economía moral aspira a lograr un cierto grado de respeto entre los ciudadanos. No requiere intimidad ni cercanía con el otro. Resulta suficiente que los distintos actores del conflicto se respeten entre sí y se reconozcan el uno al otro como miembros de la comunidad política y tengan la voluntad de tratarse entre ellos como tales. Es decir, no hace falta más que reconocer sinceridad y compromiso en el otro para lograr términos equitativos de cooperación social. Con todo, aunque no exija el perdón y la benevolencia, sí es capaz de acomodarlo porque la perspectiva de la democracia deliberativa respeta todas las respuestas. Igualmente, el principio de economía moral no requiere un consenso conclusivo y completo acerca de los hechos pasados. La práctica de los testimonios típica de las comisiones de la verdad supone hacer real esa reciprocidad en la medida en que necesita de la apertura mental a considerar lo que otros relatos. Aun así, el principio de economía moral no significa imparcialidad moral. Al contrario, es una práctica moral, gobernada por principios morales.

| 2. CONFLICTO Y AGONISMO |

Desde un punto de vista opuesto, encontramos otro intento de explicar y resolver los conflictos políticos en los defensores de la denominada democracia agonista. Para Chantal Mouffe, referente de esta perspectiva, ésta es más bien...
un *ethos* que afirma la contingencia y apertura de la vida política. El “nosotros” político es un logro difícil, frágil y contingente.

Mouffe define lo político como la dimensión de antagonismo constitutivo de las sociedades humanas, frente a la política que sería el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden que organiza la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad. El problema central del liberalismo radica precisamente en la negación del carácter irreductible del antagonismo.

Su caracterización de lo político y la consiguiente crítica al planteamiento liberal hunde sus raíces en las tesis de Carl Schmitt. Para éste, lo político sólo se entiende en la agrupación amigo/enemigo. El racionalismo liberal no sería capaz de entender que sus pretendidos consensos se basan en actos de exclusión, de modo que el elemento central de lo político es el del antagonismo que hace presente ese límite del consenso racional. Mouffe comenta al respecto que, en efecto, el nosotros, la forma colectiva de identificación, tiene que ver con el conflicto y el antagonismo, porque las identidades políticas son del tipo nosotros/ellos.

La diferencia central con Schmitt es que Mouffe pretende compatibilizar el planteamiento recién expuesto con el reconocimiento del pluralismo, que es constitutivo de la democracia moderna. Para esto, es necesario reconocer primero que el antagonismo permanece siempre como una posibilidad y que no hay un fundamento último del orden político. Es decir, que el poder es constitutivo de las relaciones sociales, al punto que la objetividad social es en última instancia política y muestra necesariamente las huellas de una exclusión. El poder no es una relación externa entre identidades preconstituidas sino que él mismo constituye las identidades y, por eso mismo, las identidades tampoco

---


son estables sino resultado de procesos de identificación\textsuperscript{39}. De este modo, el poder crea las relaciones sociales primarias sin condiciones racionales previas\textsuperscript{40}. Por eso, todo orden social es hegemónico y se basa, por tanto, en alguna forma de exclusión. Y las prácticas que establecen ese orden y que dan sentido a las instituciones sociales son prácticas hegemónicas\textsuperscript{41}. Democracia significará solamente que ningún actor social puede atribuirse la representación de la totalidad ni pretender ser el dueño. Esa naturaleza puramente construida de las relaciones sociales se complementa con los fundamentos puramente pragmáticos de la legitimidad del poder. No porque el poder sea automáticamente legítimo sino porque todo poder se impone porque es reconocido legítimo hasta cierto punto. La legitimidad se basa en alguna forma de poder exitoso no en argumentos racionales\textsuperscript{42}.

Con todo, el problema permanece sin resolver: ¿cómo es posible compatibilizar antagonismo y pluralidad democrática\textsuperscript{43}, poder y valores democráticos\textsuperscript{44}? Para lograrlo, habrá que distender o domesticar el antagonismo, transformarlo en agonismo para que no destruya la comunidad política\textsuperscript{45}. Es decir, hará falta una relación agónica donde, sin verse como enemigos, las partes reconocen que no existe solución racional al conflicto. Para tal cosa, reconocen también la legitimidad de sus oponentes, o sea su común pertenencia a la misma asociación política. El conflicto entre proyectos hegemónicos opuestos se canaliza para que no derive en violencia, por ejemplo a través del sistema parlamentario, que no es negociador ni deliberativo sino agonista\textsuperscript{46}.

Se hace necesario tomar conciencia de que lo que sustentan dichos proyectos hegemónicos son pasiones y que lo importante es darles una salida

\textsuperscript{39} Cfr. C. Mouffe, \textit{En torno a lo político}, cit., p. 25.

\textsuperscript{40} Cfr. \textit{Ibid.}, p. 24.

\textsuperscript{41} Cfr. \textit{Ibid.}, p. 25.


\textsuperscript{44} Cfr. C. Mouffe, \textit{Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism}, cit., p. 14


democrática⁴⁷. Se tratará de no ver al otro como enemigo a destruir sino como adversario, es decir, como aquel al que se le respete su derecho a contestar los términos de nuestra asociación política⁴⁸. Pero el respeto tiene presente que, como se ha dicho, no hay solución racional accesible para el conflicto⁴⁹.

Con todo, Mouffe afirma que no busca una refundación radical del orden social ni rechaza el marco de la democracia liberal. Es más, parte igualmente del consenso básico en las instituciones constitutivas de la democracia y en los valores éticos y políticos que la inspiran, es decir, en la libertad y la igualdad⁵⁰.

Desde aquí se entiende su crítica al planteamiento deliberativo. En efecto, Mouffe sostiene que los defensores de la democracia deliberativa se equivocan porque no tienen en cuenta la necesidad de un consenso moral previo sobre los términos en los que el conflicto cobra sentido: y este consenso se constituye siempre políticamente. Lo político empieza antes, se discute siempre en una forma de vida, en una tradición compartida. Si hay conflicto político, es que entonces no hay siquiera esa forma de vida, esa tradición: hay más bien un conflicto entre identidades políticas, no entre doctrinas comprehensivas razonables⁵¹.

Aplicando estas tesis a las sociedades divididas, Schaap sostiene que en realidad en tales situaciones conviven varias tradiciones y es la hegemónica la que establece los términos de juego. El consenso no se producirá a partir de nada común, sino que será en todo caso un resultado contingente de la interacción política. Por eso, los que no pertenecen a la tradición dominante aparecen como poco razonables, de forma que la tradición dominante termina por neutralizarles⁵². De ahí su crítica al planteamiento de Gutmann y Thompson. En efecto, en una sociedad dividida falta precisamente lo que ellos dan por supuesto: respeto, reconocimiento del otro, reciprocidad. El conflicto es más radical, es de identidades⁵³. Apuesta, por el contrario,

---

⁴⁷ Cfr. Ibid., pp. 36-38.
⁴⁹ Cfr. Ibid., p. 102.
⁵⁰ Cfr. C. Mouffe, En torno a lo político, cit., pp. 38-40.
⁵³ Cfr. Ibid., p. 266.
por una democracia agonista que no cree en el consenso ni en que las partes en conflicto se acerquen o cambien54.

No es este el lugar para tratar en detalle el pensamiento político de Mouffe, aunque lo que se diga sobre su operatividad en el terreno de la justicia transicional signifique ya una cierta valoración del mismo. Con todo, salta a la vista que su planteamiento presenta varios problemas. Por mencionar algunos, puede señalarse en primer lugar que su propuesta necesita hacer espacio a quienes critica. En efecto, como Rawls, requiere de acuerdos fundamentales sobre valores nucleares y procedimientos que regulen, canalicen y legitimen los conflictos políticos. Igualmente necesita del respeto entre ciudadanos y del derecho de disenso. E incide en la búsqueda de una voz política para los grupos más vulnerables. En definitiva, que sus tesis descansan implícitamente en el intercambio equitativo de razones entre iguales, característico de aquellos que critica55. Y la con la diferencia añadida de que en su caso no hay intento de justificar todos esos implícitos.

En segundo lugar, la visión agonista de Mouffe supone una incesante confrontación con las hegemonías establecidas, sin poner en riesgo los términos de la comunidad política. Ahora bien, esto resulta contradictorio porque esos términos o condiciones han sido precisamente impuestos por los grupos hegemónicos para desplazar al resto del espacio público común56. Por tanto, sólo cabe contestar también los mismos términos de la comunidad o aceptar que no todas las hegemonías establecidas pueden confrontarse.

Además, su idea de que una política agonista mantiene bajo control el antagonismo y posee también un efecto integrador, resulta cuando menos optimista sino más bien ingenua. Para sostener tal cosa tiene que dar por supuesto que lo ámbitos de discusión son pequeños, lo cual no coincide ni con su descripción de las situaciones de hegemonía ni con gran parte de la realidad presente57.

54 Cfr. Ibid., pp. 269-272.
56 Cfr. Ibid., p. 139.
Pero, más allá de los problemas generales, si se aplica su propuesta a los conflictos característicos de las situaciones de justicia transicional, seguimos encontrando numerosas críticas. Dryzek, por ejemplo, considera que la perspectiva agonista tiene algunos problemas. Por un lado, no está claro cómo y por qué los ciudadanos de una sociedad dividida que se enfrenta a un proceso transicional se mostrarán un respeto capaz de mantener el conflicto alejado de la violencia, tal y como lo pretende el planteamiento agonista. Es más en estas situaciones se puede reproducir el mismo argumento que desde la teoría agonista se empleaba contra los defensores de la democracia deliberativa, es decir, que en situaciones de conflicto lo que falta es la aceptación mutua de razonabilidad y por tanto no es esperable encontrar razones para el respeto. Además, los teóricos de la democracia deliberativa proponen cuando menos un procedimiento para regular la confrontación política, aspecto este que está ausente en la perspectiva de la democracia agonista58.

Pero es que lo que parece esperable que se produzca con un enfoque agonista es justo lo que se pretende evitar, pues, en efecto, es de imaginar que las identidades en conflicto se fortalezcan en lugar de transformarse. De esta forma nos alejamos de una posible solución no violenta59.

Pero las críticas no han venido solamente desde fuera. Aun siendo crítico de las tesis de la democracia deliberativa y a pesar de apreciar las tesis del agonismo porque recuerdan la fragilidad de lo político y por su dosis de realismo al mostrar los riesgos de la irreversibilidad de los conflictos, sin embargo Schaap encuentra numerosos problemas en el planteamiento de Mouffe60. A su juicio, ésta no puede lograr un uso del concepto de lo político de Schmitt que sea compatible con el pluralismo democrático, porque el conflicto aparece siempre como una dicotomía en la que no se ve la forma de hacer surgir un tercero61. En especial, porque la presunción de Mouffe de que el conflicto necesariamente tiene una función integradora dentro de una política democrática no está garantizada en modo alguno. Y lo mismo puede decirse de su presunción más básica, la de que cada identidad política se forma necesariamente en oposición a un antagonista62.
Más en general, sostiene que las tesis de Mouffe carecen de una adecuada institucionalización de la democracia agonista y de este modo no consiguen conformar una alternativa real\textsuperscript{63}.

| 3. CONSECUENCIAS PARA LA FILOSOFÍA POLÍTICA |

Vistos los términos de la discusión presente, corresponde intentar terciar en ella sin perder de vista que el foco está puesto en la justicia transicional. Tratar de resolver los fundamentos de la teoría política al hilo de la cuestión de este trabajo sería imposible además de pretencioso. Ahora bien, a mi juicio, la situación de transición del régimen sudafricano del apartheid a un verdadero estado democrático de Derecho pone de manifiesto la inanidad de las teorías de la democracia deliberativa. Sin compartir la visión agonista, hay que dar la razón a quienes muestran la incapacidad de construir una comunidad política después del apartheid a partir de los principios formulados por Gutmann y Thompson. En efecto, no sólo es que no hay un punto de partida común, una identidad compartida que posibilite exponer razones morales generales y alcanzar un fundamento racional que minimice el rechazo de las posiciones minoritarias. A mi juicio, hace falta recordar un hecho fundamental. La peculiaridad del apartheid radica, para el caso que nos ocupa, en que una enorme mayoría de la población blanca o bien apoyó o bien no hizo nada por terminar con el régimen del apartheid. Así, el partido anti-apartheid más característico tuvo un único diputado durante muchos años y logró su mejor resultado en las elecciones parlamentarias de 1981 y 1989, en las que apenas alcanzó el 20\%. Por señalar otro ejemplo de lo que se viene diciendo, Dyzenhaus ha mostrado cómo sentencias que aplicaban leyes características del régimen del apartheid fueron dictadas por jueces de todas las ideologías políticas\textsuperscript{64}. En definitiva, la oposición y resistencia, incluso la mera crítica, entre la población blanca al apartheid fue minoritaria y fácilmente individualizable. Esto distingue el régimen del apartheid de otras situaciones de transición. Para los blancos no se trataba de un régimen de terror ni la crítica operó para ellos como motivo suficiente de su eventual eliminación física o de su encarcelación como disidentes. Tampoco se trataba de un régimen que tuviera recursos para ocultar la realidad a sus propios ciudadanos, ni que obligara a la colaboración bajo amenazas de daños graves para uno mismo o para sus familiares. Ni se estaba ante el final de una guerra, durante la cual la

\textsuperscript{63} Cfr. \textit{Ibid.}, pp. 69-72.

debilidad del estado de Derecho hubiese sido aprovechada en ambos bandos por algunos para cometer impunemente crímenes, sin que los ciudadanos comunes pudiesen considerarse responsables siquiera indirectos de tales crímenes, al no tener conocimiento de ellos o al estar movilizados militarmente.

Ante esta situación, ¿qué sentido tiene hablar de consenso, deliberación pública, términos justos de cooperación social, reciprocidad, empleo de razones morales generales, búsqueda de un fundamento que minimice el rechazo de la posición contraria, intento de hallar puntos de acuerdo ajenos a una doctrina comprehensiva común, reconocimiento de sinceridad y compromiso en el otro para lograr términos justos (equitativos) de cooperación social? No se pretende ahora defender la venganza, sino de poner de relieve que la población negra no tenía ninguna razón para esperar esto de la mayoría de la población blanca. Y aunque la tuviera, la pregunta permanece: ¿por qué la población negra habría de querer construir una comunidad política con la mayoría de la población blanca, la misma que mantuvo o permitió el apartheid? Dicho de otro modo: ¿es razonable formar parte de la misma comunidad política con aquellos que, sin sufrir coacción alguna, han permitido los crímenes del apartheid? Para perseguir un consenso se requiere que el otro sea capaz de perseguirlo. Pero, ¿no es claro que, durante los años del apartheid, la mayoría de la población blanca no quería ningún consenso con quien pertenecía a otra raza? ¿Cómo reconocer sinceridad y compromiso en quien apoyó o permitió con total espontaneidad el régimen del apartheid?

A mi modo de ver, esta situación sólo podía resolverse coherentemente de dos maneras. La primera, por lo visto hasta aquí, con la expulsión de Sudáfrica de esa mayoría de la población blanca. La segunda, con la solución que aportó la Truth and Reconciliation Commission. Esta fue completamente contraria a la pretendida desde los principios de la democracia deliberativa, pues se basó precisamente y de modo explícito en una doctrina comprehensiva del bien. En este sentido, hay que dar la razón a las críticas que desde un planteamiento agonista se hacen al ideal de democracia deliberativa. Y no dársele cuando sus críticas se dirigen a la actuación de la Truth and Reconciliation Commission. Porque si no cabe otra alternativa posible a la que se ha planteado aquí, lo único coherente desde la democracia agonista sería reconocer y defender la opción de la expulsión de los blancos del país. La alternativa que se presenta no es el fruto de una exageración sino la consecuencia inmediata de considerar la situación política de la transición sudafricana. Es evidente que las cosas podían haberse hecho de maneras diversas a las que plantea esta disyuntiva, pero en ningún caso se trataría de soluciones coherentes. Además, el proceso requirió llevar a
cabo la adopción de un conjunto de valores que va mucho más lejos de lo que pretende el ideal deliberativo. La *Truth and Reconciliation Commission* formuló esos valores y apeló a ellos con toda claridad cuando señaló cuáles eran los fines que perseguía y no tuvo inconveniente en señalar que se trataba de bienes comprensibles desde una concreta tradición religiosa (la judeocristiana) y desde una tradición cultural particular (*Ubuntu*).\(^65\)

Hasta aquí podría dar la impresión de que la excepcionalidad de la situación sudafricana, con esa peculiaridad del *apartheid* a la que se ha hecho referencia, convierte la conclusión alcanzada en un caso tan particular que no puede extenderse al resto de transiciones políticas. Sin embargo, este carácter peculiar no debe hacer olvidar algo común: el carácter trágico del pasado político. Cada tragedia tiene sus condiciones distintivas (en este caso, qué papel desempeñaron los victimarios), pero todas coinciden en unos hechos pasados penosos y amargos. Esta realidad no se da sólo en los procesos más recientes (las transiciones de la Europa del Este o de Iberoamérica, por ejemplo), sino también en otras más lejanas: desde las revoluciones del siglo XVIII hasta la Transición española, pasando por las revoluciones nacionales del XIX (por citar solamente algunos casos), encontramos siempre situaciones precedentes de guerras, luchas y autoritarismo de diversa intensidad y sentido. Sin necesidad de que las dimensiones de los hechos trágicos sean comparables, en todas estas situaciones hay conciencia de salir de un pasado doloroso y de construir una realidad política diferente. Dicho de otro modo, ese carácter trágico común pone de manifiesto el carácter fundacional, originario, inaugural. Esta experiencia ha sido vivida por cada comunidad política presente al menos una vez en su historia y en muchos casos, varias veces. Es decir, no se trata de una excepción sino de algo relativamente frecuente en la historia de las naciones. Y es precisamente en esos momentos fundacionales cuando la comunidad política se define realmente a sí misma. Por eso, la manera de definirse no es nunca abstracta ni consiste en encontrar puntos de acuerdo al margen de una doctrina comprehensiva. Al contrario, consiste en formular aquellos bienes que se desea estén presentes en el nuevo orden político y lo caractericen por contraste con los hechos del pasado inmediato que se intenta dejar atrás. ¿Dónde si no se encuentra, por ejemplo, el sentido de la Primera Enmienda de la Constitución americana, el del artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn o la inclusión del pluralismo político como valor superior en la Constitución española? En el caso que nos ocupa, la *Truth and Reconciliation Commission* no hizo sino obedecer

---

un mandato constitucional. En cierto sentido, algo de esto anticipa Schaap al comprobar que los problemas de las teorías mencionadas (democracia deliberativa y democracia agonista) le llevan a considerar que toda política de reconciliación es utópica porque dirige su energía a una comunidad que todavía no existe. En efecto, se trata de lograr un nuevo nosotros donde se reconozcan los antiguos enemigos. La reconciliación depende de un momento que Schaap califica de arenndtiano, es decir, un momento revolucionario que se produce cuando un pueblo se constituye. De ahí que en realidad la reconciliación más que restaurar un orden moral consiste en crear un nuevo orden político66.

Una consecuencia más de lo dicho. Solamente ese pasado reciente explica los perfiles del orden político que se forma. Por ello, se comprende la referencia de los defensores de la democracia agonista a la inexistencia de una identidad común en Sudáfrica durante el apartheid ni tampoco cuando éste termina. Sea como fuere, esa nueva identidad no podía urdirse con los valores abstractos y puramente estratégicos que ofrece el ideal deliberativo, porque tales valores (que, además, responden se quiera o no a una doctrina sobre el bien) no aportan mucho a la hora de reconstruir una fractura social consecuencia de un pasado trágico. Y, aunque no sean equiparables en intensidad al caso sudafricano, todo proceso fundacional está igualmente enfrentado a algún pasado trágico en la medida en que es transicional. La identidad de las comunidades políticas se formula siempre precisamente en relación a ese pasado y exige por tanto bienes concretos, comunes por supuesto, que propongan una forma completa de plenitud humana en lo político. De ahí que los procesos de justicia transicional permiten, a mi juicio, apuntar que la comunidad política proporciona una identidad que concreta de modo fecundo la identidad humana67. En el fondo, el ideal deliberativo responde a una concepción de lo político como mero instrumento para buscar en lo privado la propia identidad y de ahí que se formule en términos de pura estrategia68. Pero en los momentos verdaderamente importantes de las comunidades políticas, en las situaciones originarias,


A la luz de todo lo expuesto, cabe concluir subrayando que todo momento transicional tiene algo de fundacional. Si el momento transicional no puede dejar al margen las concepciones comprehensivas del bien, entonces el momento fundacional del que estamos hablando (el de una transición) incorpora necesariamente concepciones comprehensivas del bien. En el proceso transicional se tocan las fibras más profundas de la propia comprensión como comunidad política. La situación recién vivida obliga a cada uno a enfrentarse con la comunidad política concreta que le ha tocado vivir en ese preciso momento y lugar, y a plantearse de modo conjunto sobre qué principios quiere constituirse, cuáles son sus bienes más preciados, cuál es el modo de mirar al pasado, quién es, en definitiva, y qué es lo que aprecia. Esto ocurre en todo proceso fundacional, pero en el caso de las transiciones se añade un componente trágico (el pasado reciente y la fractura social) que manifiesta más claramente que lo que está en juego en la propia comprensión de quiénes somos como miembros de una comunidad política concreta. Y eso que está en juego entronca, y de nuevo se ve más claramente en los procesos de transición por esa necesidad ineludible de enfrentarse a un pasado trágico, directamente con la propia consideración del propio yo y de la propia condición como ser humano.
Liberalismo, Krausismo y Confesionalismo en la cuestión universitaria española desde la ley Moyano a la etapa final de la restauración

Manuel Salguero Salguero
Universidad de Granada
LIBERALISMO, KRAUSISMO Y CONFESIONALISMO EN LA CUESTIÓN UNIVERSITARIA ESPAÑOLA DESDE LA LEY MOYANO A LA ETAPA FINAL DE LA RESTAURACIÓN

1. LA LEY MOYANO Y EL INICIO DE LA PRIMERA CUESTIÓN UNIVERSITARIA

La Ley Moyano¹ de 1857, que es la culminación legislativa de la primera mitad del siglo XIX, nace con vocación de permanencia y es un producto normativo que logra un punto de equilibrio en torno a la ideología del liberalismo moderado. No es una ley innovadora, pero “consagra un sistema educativo cuyas bases fundamentales se encontraban ya en el Reglamento de 1821, en el Plan del Duque de Rivas de 1836 y en el Plan Pidal de 1845”². El centralismo, la uniformidad y la estructura piramidal del sistema educativo, que llegan a la ley a partir de estos precedentes, se consolidarán definitivamente, quedando como marca indeleble por más de un siglo.

Moderados y progresistas confluyen ahora en la configuración de este modelo educativo estable, cuestión que no es ajena al proceso de secularización. La Iglesia, a cambio de la pérdida de poder que significó la amortización, lograría una recuperación de ese poder en materia de enseñanza por vía del Concordato de 1851.³ En el artículo primero de este Concordato se reafirma la confesionalidad católica de la nación española “con exclusión de cualquier otro culto”,⁴ y en el artículo segundo se atribuye a la Iglesia la misión de velar por la pureza de la doctrina de la fe “en las Universidades, Colegios, Seminarios y Escuelas públicas o privadas de cualquier clase”. El poder de inspección que el artículo 295 de la Ley Moyano otorgada a los obispos suscitó una fuerte polémica porque era incompatible con la autonomía científica de los docentes. A la prerrogativa de “velar por la pureza de la doctrina, de la Fé y de las costumbres” que recoge el referido artículo 295, habrá que añadir el control sobre los libros de texto y sobre “las explicaciones de los Profesores” a que se refiere los

artículos 86 y 296. La inspección de los obispos era, sin embargo, de hecho reducida, por lo que “las doctrinas perniciosas” que recoge la ley se tornaban, en la práctica, en una fórmula vana.

A estos aspectos señalados de la Ley Moyano, referentes al poder de control otorgado a la jerarquía eclesiástica, hay que sumar el contenido del artículo 170, que suscitó un polémico debate ideológico-político y fue el detonante de la “1ª Cuestión Universitaria”. Según este artículo, podía producirse la separación del profesor en virtud de sentencia judicial o expediente gubernativo, cuando se declarare que “infunde en sus discípulos doctrinas perniciosas, o que es indigno por su conducta moral de pertenecer al profesorado”. Esta posibilidad de separación del cargo por expediente gubernativo y por causas tan poco definidas como “infundir doctrinas perniciosas” o “conducta indigna”, produjo un gran malestar en el entorno discipular krausista de Sanz del Río. Igual desazón produjo en Castelar, quien, desde el periódico “La Democracia” que él mismo dirigía, zahería al gobierno moderado de Narváez.

5 Artículo 86: “Todas las asignaturas de la primera y segunda enseñanza, las de las carreras profesionales y superiores y las de las facultades hasta el grado de Licenciado, se estudiarán por libros de texto: estos libros serán señalados en listas que el Gobierno publicará cada tres años”. Artículo 296: “Cuando un Prelado diocesano advierta que en los libros de texto o en las explicaciones de los profesores se emitan doctrinas perjudiciales a la buena educación religiosa de la juventud, dará cuenta al Gobierno; quien instruirá el oportuno expediente.”


Estas actitudes críticas tuvieron como respuesta la Real Orden de 27 de Octubre de 1864 10 de Alcalá Galiano, ministro de Fomento del gobierno de Narváez en la que se aludía a la existencia de “numerosas reclamaciones... en punto a las doctrinas perniciosas”, lo que era una clara alusión a los sectores críticos del entorno krausista. 11 Además de hacer referencia la mencionada Orden a las prescripciones constitucionales sobre la forma de gobierno y confesionalidad del Estado, aludía a la conducta de los profesores fuera de sus cátedras y en sus manifestaciones públicas. También recordaba a los catedráticos el juramento prestado en el momento de la toma de posesión. A estos factores hay que añadir el anatema lanzado contra el mundo moderno por la Encíclica “Quanta Cura” y el “Syllabus” de Pío IX 12. Si a esto sumamos la declaración de libro prohibido del Ideal de la Humanidad para la vida de Sanz del Río 13 se daban ya todos los ingredientes de una polémica que habría de girar en torno a la libertad de cátedra.

El clima de confrontación se hacía transparente en la citada Real Orden de Alcalá Galiano que en realidad iba dirigida contra Castelar. La tensión aumentó cuando éste publicó en “La Discusión”, en la primavera de 1865 14, su célebre artículo “El rasgo”, criticando abiertamente al gobierno 15 cuya reacción fue abrir expediente a Castelar, pero el Rector de la Universidad Central -Juan Manuel Montalbán- se negó a cumplimentar esa orden y presentó la dimisión.

10 Gaceta de Madrid de 28 de Octubre de 1864, pp. 1-2.

11 En la impugnación a un discurso de inauguración pronunciado por Sanz del Río en el inicio del año académico 1857-1858 Ortí y Lara había prevenido de los estragos que podría causar el Krausismo.(Ollero Tassara, A., Universidad y política. Tradición y secularización en el Siglo XIX, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, pp. 29 y 30).

12 Cierva, R. de la, Historia de la España actual (1800-1974), Barcelona, Planeta, pp. 89 y 90.

13 En 1860 se publicó El Ideal de la Humanidad para la vida, adaptación por Sanz del Río de la obra de Krause. En torno al magisterio de Sanz del Río se agruparon varias generaciones de intelectuales. En la “segunda hornada” - expresión de Menéndez Pelayo- se encuentran, entre otros, Francisco Giner de los Ríos, Nicolás Salmerón, Gumersindo de Azcárate, Laureano Figueroa, Segismundo Moret... (De Puelles, M., Educación e ideología en la España contemporánea, op. cit., pp. 168-169).

14 Se trata del periódico que dirigía Pi y Margall, perteneciente, como Castelar, al partido demócrata. (Tuñón de Lara, M., La España del Siglo XIX, op. cit. p. 170).

15 Para cubrir el déficit del tesoro público, la reina cedió bienes del patrimonio real. Para resarcir a la soberana, el Gobierno amplió la venta de bienes desamortizables, cediéndole el 25% del producto de esa venta. (Tuñón de Lara, ibídem, p. 187).
Esto dio origen a los sucesos de la “Noche de San Daniel” 16. Murió, entre tanto, Alcalá Galiano y fue sustituido por Orovio quien suspendió de empleo y sueldo a Castelar. La oposición liberal de la Universidad se opuso a esa medida y en el debate parlamentario que tuvo lugar al efecto, Luzuriaga hizo una acalorada defensa de la libertad de cátedra a la que definía como la autonomía de que ha de gozar el profesor frente al poder público, en este caso frente a las autoridades del Ministerio17. Orovio dio una respuesta argumentada desde postulados confesionales e institucionales18: “Los profesores pueden ser (...) moderados, progresistas o unionistas (...), pero no pueden hacer nada, ni dentro ni fuera de la cátedra, contrario a la religión del Estado que han jurado, contrario a la dinastía que han jurado, contrario a la Constitución que han jurado”. Con la llegada al Gobierno de la Unión Liberal de O’donnell el 21 de junio de 1865 quedó restituido en su cátedra Castelar.19 Pero el 10 de julio de 1866 –fracasada la política liberal– vuelve de nuevo Narváez y con él Orovio.20 Este momento marca la segunda fase de la “1ª Cuestión Universitaria”.

En julio y agosto de 1866 envió el ministro Orovio sendas Circulares a los Rectores recordándoles la obligación que tenían de inspeccionar la enseñanza. En la primera Circular de 20 de julio de 1866 (Gaceta de 24 de julio), el Ministro advertía que los fueros legítimos de la ciencia nunca se vieron más comprometidos “nunca más expuestos a un pavoroso eclipse que cuando el vértigo revolucionario, a título de libertad absoluta del pensamiento y soberanía de la razón, encadena la razón y envilece el pensamiento”. Temía, además, que el “espíritu demagógico” hubiera penetrado en las regiones de la enseñanza, “deslizándose en la modesta escuela de la aldea para inspirar falsas ideas de la riqueza y de la pobreza, de la autoridad, de la justicia y del destino de los hombres”. En la segunda Circular de 1 de agosto de 1866 (Gaceta de 3 de agosto), la preocupación se centra en la enseñanza primaria: “El maestro es libre en el ejercicio de sus derechos políticos;

16 Los estudiantes organizaron una manifestación contra el Gobierno. La Guardia Civil cargó con dureza y resultaron muertos varios estudiantes y muchos heridos. Galdós fue testigo de estos sucesos y los describe en su libro “Prim” de los Episodios Nacionales. Núñez se hace eco de este episodio presenciado por Galdós y de los avatares de esta 1ª Cuestión Universitaria en relación con Nicolás Salmerón (Núñez, G., Educación y literatura. Nacimiento y crisis del moderno sistema escolar, Almería, Zéjel Editores, 1994, p. 101 y ss.

17 Diario de Sesiones de las Cortes (Senado). Legislatura de 1864 a 1865, Sesión del 21 de Abril, T. 1, p. 686.

18 Ibídem, sesión del 22 de abril, p. 698.

19 Tuñón de Lara, M., La España del siglo XIX, p. 189.

20 Ibídem, p. 191.
pero no es libre en propalar doctrinas contrarias al orden social establecido. La unidad católica, el trono y las instituciones son puntos sobre los cuales ni directa ni indirectamente puede el maestro proceder de palabra ni de obra”.

Mayor relevancia tuvo el Real Decreto de Orovio de 22 de Enero de 1867 (Gaceta de 23 de enero) por el escaso aprecio hacia la libertad de la ciencia, porque “el genio funesto de las revoluciones, que todo lo subvierte y desfigura, ensalza como libertad de la ciencia y soberanía de la razón lo que es tan sólo enfermedad de la mente y esclavitud de la soberbia”. En el articulado de este Decreto se introducían dos prescripciones que anulaban libertad de cátedra. El artículo 8 establecía que “los profesores no podrán pertenecer a asociaciones de índole política, limitándose a ejercer libremente los derechos políticos que las leyes les otorguen”. El artículo 43 prescribía que “cuando un catedrático de Facultad, bien en explicaciones de cátedra, bien en libros, folletos u otras publicaciones, vierta doctrinas erróneas o perniciosas en el orden religioso, moral o político, el Rector, bajo su más estrecha responsabilidad, procederá a la formación de expediente”.

El concepto de libertad de la ciencia se entrecruza - como puede apreciarse en la secuencia de estos acontecimientos - con el conflicto entre razón y contra-secularización. El pensamiento innovador, que se esfuerza por liberar a la razón de toda traba en la búsqueda de la verdad, encontraba su radical antagonismo en el tradicionalismo católico. Para esta ideología conservadora la fe tenía que seguir ejerciendo un criterio negativo. No resulta extraño que Ortí y Lara - representante cualificado del tradicionalismo católico y el antídoto de la idea de secularización - rechazara los “errores disolventes” de la libertad de la ciencia 21. Estos postulados contra-secularizadores se erigieron en una apologética contra las innovaciones científicas e ideológicas de la “kulturkampf” 22.

Considerando estos postulados y los sucesos antes reseñados, no habría de resultar extraño que cualquier acontecimiento avivara la polémica. Eso sucedió cuando un grupo de 57 profesores se abstuvieron de incorporarse a un acto de adhesión a la Reina, organizado por el Gobierno, para contrarrestar la campaña de progresistas y demócratas contra el trono 23. La consecuencia de

---

22 Ibídem, pp. 24-28.
esta inhibición –fundamentada en el artículo 8 del Decreto de Orovio de 22 de enero de 1867– fue la apertura de expediente para los profesores más destacados: Fernández de Castro y Nicolás Salmerón. Posteriormente, el 31 de diciembre de 1867 fue separado también de su cátedra Sanz del Río, por la presión que ejercieron los neocatólicos 24. A finales de Enero de 1868 Giner de los Ríos25 dirigió un escrito al Ministro de Fomento en protesta por la separación de Sanz del Río y Salmerón. La respuesta gubernativa fue la apertura de expediente a Giner y la suspensión provisional. Con la revolución de Septiembre, Giner y los krausistas volvieron a sus cátedras 26.

2. EL SEXENIO REVOLUCIONARIO: LOS POSTULADOS KRAUSISTAS DE LOS DECRETOS DE RUIZ ZORRILLA

Los Decretos de Ruiz Zorrilla 27 son un claro ejemplo de reconocimiento y defensa de la libertad de enseñanza y de la libertad de la ciencia, bajo la inspiración ideológica del krausismo. Como dice Cacho Viu, se garantizaba en las Universidades oficiales “la más rotunda libertad de cátedra, en punto a doctrinas, libros de texto y métodos de enseñanza”28. Refiriéndose a esta influencia ideológica del krausismo, López Calera subraya que la filosofía krausista puede considerarse como “el fenómeno intelectual más intenso de la segunda mitad del siglo XIX español”. Pese a que la centuria decimonónica presenta un entrecruzamiento de las más variadas ideologías, “el krausismo se constituyó en la nota más destacada, en la filosofía de moda. Giner de los

24 Estas presiones hacen referencia a la campaña iniciada por Navarro Villoslada, y en la que también interviene Ortí y Lara, contra algunos catedráticos heterodoxos. A raíz de esta campaña en la que se les tildaba de “panteistas” surge la mencionada Circular de Orovio. Las protestas que ocasionó la Circular determinaron la separación de Sanz del Río y Castelar. (Ollero Tassara, A., Universidad y Política. Tradición y secularización en el Siglo XIX, op. cit. pp. 95-96.


26 De Puelles, M., op. cit., p.173.


28 Cacho Viu, V., La Institución Libre de Enseñanza, op. cit. p. 196. La libertad de la ciencia queda identificada con la libertad de cátedra.
Ríos era reverenciado como el gran maestro y el aire krausista, comedido y de sospechosa apariencia, se respiraba por doquier” 29.

Los krausistas entendieron por libertad de la ciencia la emancipación de la enseñanza de todo extraño poder y su conversión en una función social. No ha de tener otra ley interna que la libre indagación y profesión de la verdad, ni más ley extrínseca que la que haya de regir a toda sociedad humana, ni otra reglamentación que no emane de la propia organización y método que la ciencia sistemática se imponga a sí misma. Entendían que la libertad de enseñanza era el complemento de la libertad de la ciencia y disponía de una fundamento iusnaturalista como quiera que todo hombre tiene un derecho natural para educarse y educar en la verdad, sin someterse al régimen oficial de un establecimiento público. Conviene hacer notar que el concepto de “libertad de enseñanza” se tomaba en el doble sentido de “abrir establecimientos docentes” y de “libertad de expresión docente”, “libertad de la ciencia” o “libertad de cátedra”. En este momento revolucionario los krausistas no tenían preocupación fundacional ya que la revolución les había ofrecido la Universidad. Estando Fernando de Castro de Rector y repuestos en sus cátedras los expulsados “era lógico que éstos trataran de extender sus ideales por medio de la Universidad oficial”30.

Estos postulados krausistas quedan recogidos en los Decretos de Ruiz Zorrilla31. Así, en el Decreto de 14 de Octubre de 1868 se apela a la necesidad de dotar a los maestros de “consideración, dignidad e independencia”. Recelar de ellos y someterlos a una estrecha vigilancia y control anula la libertad y hace estéril su función docente. En consonancia con el objetivo de emancipación intelectual, el artículo 4 establece que “los maestros emplearán los métodos que crean mejores en el ejercicio de su profesión”. La libertad de enseñanza es también reconocida en su máxima amplitud en el artículo tercero: “La enseñanza primaria es libre. Todos los españoles podrán ejercerla, y establecer y dirigir escuelas sin necesidad de título ni autorización previa”.


30 De Puelles, M., Educación e ideología en la España contemporánea, op. cit., pp. 187-188.

31 Indica Cacho Viu (op. cit. p. 194) que Ruiz Zorrilla, así como José de Echegaray, Santiago Diego Madrazo cuparon altos cargos en el Ministerio de Fomento.
El preámbulo del Decreto de 21 de Octubre es una exaltación de las libertades educativas. Frente al monopolio estatal - que había sido uno de los obstáculos más resistentes a la generalización de las ideas nuevas - se garantiza la libertad de enseñanza porque “la libertad se apodera pronto de las inteligencias porque la fuerza no decide lo que está sometido al tribunal de la razón”.

En la apertura del curso académico 1868/69, Fernández de Castro - krausista y Rector de la Universidad Central en aquel momento revolucionario- hizo una encendida defensa de la libertad de la ciencia en la línea del preámbulo del Decreto y alude a la inviolabilidad del profesor “en la expresión de su pensamiento bajo la salvaguardia de su dignidad científica” 32.

La Constitución progresista de 1869 consagró en su artículo 24 la libertad de enseñanza y en el 17 el derecho de emitir libremente las ideas y opiniones. El liberalismo secularizador que arranca de las Cortes de Cádiz y el krausismo universitario supusieron una decisiva aportación en la constitucionalización de estas libertades en las que han de considerarse incluida la libertad de la ciencia o la libertad de cátedra. El ciclo revolucionario terminó con los Decretos de enseñanza de la I República en 1873.

3. EL CONFLICTO IDEOLÓGICO DE LA SEGUNDA CUESTIÓN UNIVERSITARIA EN LAS CIRCULARES DE OROVIO Y DE ALBAREDA. LA DEFENSA LIBERAL Y KRAUSISTA DE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA

Con la llegada de Alfonso XII el 9 de Enero de 1875, accede al Gobierno Cánovas y al Ministerio de Fomento se incorpora de nuevo el marqués de Orovio 33. La necesidad de contar con el apoyo de la Iglesia y la existencia en la Universidad de un grupo liberal activo explican el giro hacia la derecha de este primer gobierno de Cánovas, especialmente en el terreno escolar. 34

33 Tuñón de Lara, M., La España del siglo XIX, op. cit., p. 258.
El Decreto del Ministro Orovio de 26 de Febrero de 1875 y la Circular de la misma fecha iban a suscitar, de inmediato, el conflicto latente de la libertad de cátedra. El artículo primero del Real Decreto de 26 de Febrero derogaba los artículos 16 y 17 del Decreto de Ruiz Zorrilla de 21 de Octubre de 1868. La motivación de esta medida la circunscribe el Ministro a “los perjuicios que a la enseñanza ha causado la absoluta libertad” y “el deber que tiene el Gobierno de velar por la moral y las sanas doctrinas”. La derogación de estos artículos suponía una restricción de la libertad de cátedra y olvidaba los logros liberales de la revolución.

La línea restrictiva del Ministro se hacía más patente en la Circular (de la misma fecha que el Decreto) que envió a los Rectores en la que se culpa de los errores y de la decadencia en los estudios “a la pasión y al vértigo revolucionario” que actúan en nombre de una libertad ilimitada y absoluta. Invocando esa libertad ilimitada, “se ha venido a tiranizar a la inmensa mayoría del pueblo español” que sigue siendo católica. Este estado de cosas tenía que cambiar y para ello la Circular establecía el principio de la confesionalidad católica del Estado que se apoyaba en el hecho sociológico de la mayoría. Las explicaciones de los profesores no podían ser contrarias “al dogma católico ni a la sana moral”. El principio monárquico iba parejo al principio religioso por lo que se instaba a los Rectores a que no tolerasen “nada que ataque directa ni indirectamente a la Monarquía Constitucional”. En suma, se encarecía el restablecimiento “en todo su vigor de la disciplina y el orden en la enseñanza”.

Estas admoniciones del Decreto y de la Circular desataron la segunda Cuestión Universitaria y la reacción a la política de Orovio cobró protagonismo en las Universidades de Santiago y de Madrid por parte del profesorado liberal y krausista. Fueron precisamente dos catedráticos discípulos de Giner - Laureano Calderón y González Linares - los primeros que comunicaron por escrito al Rector de la Universidad de Santiago su disconformidad con el Real Decreto

---

Gaceta de Madrid, 27 de Febrero de 1875, pp. 531-532.

y con la Circular. La defensa que hicieron de la libertad de cátedra ocasionó la suspensión de sus cargos. 37

La exposición colectiva que Gumersindo de Azcárate 38 dirigió al Rector de la Universidad de Madrid contra la política de Orovio es la muestra más significativa de la defensa krausista de la libertad de cátedra 39. Se cuestiona, en primer lugar, la legalidad del texto normativo ya que por una Circular se pretendía derogar el Decreto de 21 de Octubre de 1868, convertido en ley por las Cortes constituyentes. Al derogar el artículo 16 y 17 del Decreto de 21 de Octubre “se pretende fiscalizar la doctrina que cada cual profesa y el método conforme al que expone, sujetando así al profesor a la censura” 40. La ciencia y la enseñanza han de librarse de la tutela de la teología y de la censura de la Iglesia, y tampoco puede tener la libertad de cátedra como límite un determinado sistema o forma de Gobierno. Ambas exigencias se ven impedidas en la Circular que se critica, al establecer ésta como criterio extrínseco de verdad el principio de la confesionalidad católica y el principio monárquico. Según los criterios de la Circular, se reduce la verdad científica “a la de un oficio puramente servil y mecánico” y tales limitaciones se consideraban incompatibles –según la exposición colectiva de Gumersindo de Azcárate, con la dignidad de la ciencia”.

El malestar de los profesores fue en aumento y el 19 de marzo de ese mismo año (1875) Castelar renunciaba a su cátedra 41 para manifestar su descontento por la separación de los dos profesores de Santiago. El episodio posterior fue la detención y confinamiento en Cádiz de Francisco Giner de los Ríos –“abanderado de la libertad de cátedra” 42 – el día 31 de ese mismo mes, por un escrito que había dirigido al Rector mostrando su rechazo a la Circular de Orovio y solidarizándose con los catedráticos suspendidos de sus funciones. A ello hay que añadir el confinamiento de


39 Esta exposición colectiva no tuvo el éxito deseado por la celeridad de los acontecimientos y porque “el extremismo de los profesores krausistas” no era compartido por buena parte del profesorado. (Cacho Viu, op. cit., pp. 289-290).


41 Cacho Viu, V., La Institución Libre de Enseñanza, op. cit., p. 290.

Salmerón y Azcárate, éste último a Mérida y el otro a Lugo. Ambos catedráticos se opusieron a la Circular y rechazaron cualquier restricción de la libertad de la ciencia en nombre de instituciones políticas o creencias religiosas. Según ellos, el profesor tiene siempre “derecho a examinarlas y juzgarlas en los límites de su asignatura con la severidad que la ciencia pide e inspirándose sólo en el interés de la verdad”.

Fueron muchos los catedráticos y también profesores de instituto (Tomás Andrés en Segovia, Manuel Merelo, Manuel Varela de la Iglesia en la Coruña…) los que se manifestaron contrarios al Decreto y a la Circular de Orovio. Renunciaron a sus cátedras otros profesores, entre ellos Laureano Figueroa y Montero Ríos. De este último resulta significativo el escrito que dirigió al Ministro de Fomento:

“No trato, pues, dimitiendo de mi cátedra, de eximirme de cumplir los nuevos deberes que V.E. ha tenido por conveniente imponer al profesorado oficial. Pero es lo cierto que la imposición de estos deberes constituye por sí misma una limitación o restricción de dos grandiosas y fecundas libertades, de cuya existencia tengo la íntima convicción que dependen los destinos de la civilización humana, libertades a las cuales ardientemente amo como ciudadano, a la vez que no las temo como católico: la libertad de conciencia y la de emisión del pensamiento en su concreta aplicación a la enseñanza”.

El debilitamiento de las protestas y la firmeza del Gobierno propiciaron que muchos krausistas, que habían sido excluidos de sus puestos, se replegaran hacia la enseñanza privada, lo que explica el nacimiento de la Institución Libre de Enseñanza.

43 Cacho Viu, V., *op. cit.*, pp. 300-301.
44 Ibidem, p. 300.
El momento álgido de la “Segunda Cuestión Universitaria” tuvo lugar desde la Circular de Orovio de 26 de Febrero de 1875 hasta la llegada al Gobierno de los liberales de Sagadsta el 10 de Febrero de 1881. Con la Circular de 3 de Marzo de 1881 de Albareda se inicia una fase de consolidación de la libertad de cátedra que se va a mantener hasta la dictadura de Primo de Rivera.

Entre una y otra Circulares está la Constitución canovista de 1876, cuyos artículos 11 y 12 fueron un foco constante de polémica con respecto a la libertad de cátedra y a la libertad de enseñanza. El artículo 11 reconoce la confesionalidad católica del Estado, pero al mismo tiempo garantiza la libertad de cultos. La ambigüedad de este artículo propició dos visiones antagónicas: “Mientras para el sector más intransigente de la derecha católica la consecuencia obligada era el control ideológico y confesional de la escuela, para la izquierda liberal la tolerancia religiosa implicaba la libertad de cátedra en los centros públicos y privados cualquiera que fuese el nivel educativo de los mismos”.

La Circular de Albareda de 3 de Marzo de 1881 derogaba la de Orovio de 26 de febrero de 1875 y restituía en sus puestos a los profesores que fueron destituidos. Por esto, esta Circular representa el final de la “Segunda Cuestión Universitaria” e inaugura una nueva etapa de colaboración institucional con los hombres y el pensamiento de la Institución Libre de Enseñanza.

---


48 Artículo 11: “La religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado”. Artículo 12: “Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca. Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación, con arreglo a las leyes. Al Estado corresponde expedir los títulos profesionales y establecer las condiciones de los que pretendan obtenerlos, y la forma en que han de probar su aptitud”. (Des Esteban, J., *Constituciones españolas y extranjeras*, op. cit., p. 269).


comienza retomando la idea ilustrada de la importancia decisiva de la instrucción “en el progreso y felicidad de las naciones”, y ser se dirige a los Rectores a los que recomienda que favorezcan la investigación científica:

“sin oponer obstáculos, bajo ningún concepto, al libre, entero y tranquilo desarrollo del estudio, ni fijar a la actividad del profesor, en el ejercicio de sus elevadas funciones, otros límites que los que señala el derecho común a todos los ciudadanos; creyendo además el Gobierno indispensable anular limitaciones que pesan sobre la enseñanza, originadas de causas que afortunadamente han desaparecido” 52.

Puede decirse de esta Circular que es uno de los ejemplos más genuinos de la defensa de la libertad de cátedra. Se deja constancia de que la esencia de esta libertad es “la independencia de la razón especulativa”, esto es, la ausencia de represión o de violencia. Resulta impotente el conato de los gobiernos por limitar “las conquistas de la ciencia” y por “detener el vuelo del espíritu” o “el natural crecimiento del saber humano”. En las elevadas regiones - sigue diciendo la Circular - “donde el espíritu se afana por encontrar la verdad, para difundirla después, la razón especulativa ha de ser independiente, sin que allí alcance la represión ni la violencia”.

En la misma sintonía ideológica de esta Circular de Albareda, sostenía Adolfo Posada que la libertad de la ciencia es “un ejercicio de neutralidad y autonomía política religiosa e ideológica”. La Institución Libre de Enseñanza -heredera de la filosofía krausista de la libertad- desarrolló un sentido práctico y operacional entendido como renovación cultural y pedagógica, a lo que llamó Adolfo Posada “krausismo positivo” 53.

4. POSTULADOS LIBERALES DEL MINISTERIO DE ROMANONES, REGENERACIONISMO Y FACTORES KRAUSISTAS EN EL DECRETO DE CÉSAR SILIÓ SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Tomando como referencia la Circular de Albareda, la libertad de cátedra se fue consolidando en los gobiernos liberales posteriores. El Conde de Romanones

52 Historia de la Educación en España, vol. III, op. cit., p. 60.

Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

-Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes del Gobierno liberal de Sagasta

consolidaba en la Real Orden de 21 de Marzo de 1901 los postulados que Albareda había propugnado sobre la libertad de cátedra veinte años atrás. Este concepto de libertad de cátedra como autonomía e independencia del profesor y la idea de que sus límites son los comunes a todos los ciudadanos encontró una fuerte resistencia en los neocatólicos y ultraconservadores. Esta contienda se originó por la ambigüedad del artículo 11 de la Constitución de 1876. Si se pone el acento en la confesionalidad del Estado difícilmente puede hablarse de libertad de cátedra, y por eso la niegan los neocatólicos de Pidal. Si se pone el énfasis en la libertad de conciencia que recoge el párrafo segundo del artículo entonces puede encontrarse un argumento a favor de la libertad de cátedra.

Más allá aún de la ambigüedad constitucional se encuentra la pugna entre el concepto de verdad única revelada que tiene primacía sobre la razón -concepción tomista que sustenta el pensamiento tradicional y reaccionario-, y el concepto de razón secularizada que se fundamenta en sus propios fueros. La tradición liberal y krausista enlaza con esta idea secularizadora que rechaza la tutela de la religión como criterio de verdad. Fue en esta tradición intelectual - que se vincula con el reformismo ilustrado y es retomada en los Decretos de Ruiz Zorrilla, Albareda y Romanones - donde se difundió la enseñanza laica y neutra, y la libertad de enseñanza.

En este momento histórico cercano a 1898, el movimiento regeneracionista, impulsado por Macías Picavea (1847-1899) y Joaquín Costa, propugnaba también la modernización de la enseñanza. Tenían la convicción de que una instrucción regenerada podría detener la decadencia española y el mal endémico del caciquismo, Joaquín Costa expone, en sus escritos sobre política educativa, los objetivos que -desde su perspectiva regeneracionista- había de perseguir la enseñanza. Propugnaba para la escuela métodos socráticos e intuitivos, la enseñanza obligatoria de oficios, excursiones al aire libre, la guerra contra el intelectualismo, el rechazo a la educación libresca... Proponía potenciar al

---

56 Menéndez Pelayo y el marqués de Pidal son dos ejemplos característicos de esta resistencia (Turín, I., La Educación y la Escuela en España de 1874 a 1902, op. cit., pp. 120-122.
máximo la investigación científica y acabar, así, con “una de las fuentes más caudalosas del proletario de levita”, y proponía, también, reducir a dos o tres el número de las Universidades y la creación de Colegios al estilo del de Bolonia. De este modo, se formaría una pléyade de “estudiantes y profesores, imbuidos en el pensamiento y en las prácticas de las naciones próceres”. Para este propósito regeneracionista era necesario establecer como presupuesto la libertad de la ciencia. En sus propias palabras, era necesaria la “independencia de la enseñanza y de la investigación, sin censura por parte del Estado ni de la Iglesia” 58.

Desde el Ministerio de Romanones hasta la Dictadura de Primo de Rivera la inestabilidad política es la nota dominante 59. En ese paréntesis es necesario resaltar el Decreto de César Silió sobre autonomía universitaria60, cuyo preámbulo establece como objetivo superar el “molde uniformista” y “la constante intervención del poder público” en la Universidad. Ambos factores han suprimido “todo estímulo de noble emulación” y han acabado con todo espíritu de iniciativa. Se pretendía también “abrir un nuevo cauce a la vida universitaria”. Para ello se reconoce a la Universidad, a las Facultades y a los Centros “la consideración de personas jurídicas, y se respeta la variedad de organización y funcionamiento, encomendando a todas y cada una de las Universidades la redacción de su propio Estatuto 61. A la configuración del nuevo concepto de Universidad como Instituto de cultura e investigación científica dotada de plena autonomía coadyuvaron la recepción del krausismo, el noventa y ocho y un regeneracionismo que auspiciaba “prender fuego a la Vieja Universidad, fábrica de licenciados y proletarios de levita” 62.

La libertad de la ciencia quedan también amparadas en el Decreto, al señalar el preámbulo que “la Universidad tendrá plena libertad para desenvolver sus iniciativas en las esferas literaria, científica y filosófica”. No se concibe como


59 En este periodo de tiempo hubo 53 Ministros de Instrucción Pública y 39 presidentes de Gobierno (De Puelles, M., Educación e Ideología,, op. cit., pp. 264-265.


61 En el artículo primero se formula este objetivo de la siguiente manera: “Todas las Universidades españolas serán autónomas en su doble carácter de Escuelas profesionales y de Centros pedagógicos de alta cultura nacional, y cada una organizará su propio régimen con arreglo a las siguientes bases”.

un derecho del profesor concreto, sino como una garantía de la institución universitaria. Es de la Universidad de quien se predica “la libertad literaria, científica y filosófica”.

Otra peculiaridad de este Decreto es la separación que establece entre la función docente y la examinadora, con vistas a la obtención de los grados que habilitan para el ejercicio profesional. La distinción entre función docente y examinadora fue utilizada por Silió para no dar validez a los títulos expedidos por cada Universidad, siendo necesario para el ejercicio de la profesión comparecer ante los examinadores del Estado. Esta autonomía administrativa de las Universidades - aunque hecha desde arriba e impuesta por este Decreto - fue un intento de superación del modelo estatalista, jerarquizado y napoleónico de la Ley Moyano de 1857 que se encontraba ya agotado. A pesar de que el régimen de autonomía quedara suspendido en 1922, resulta relevante este Decreto por las razones señaladas y porque influyó en los intentos posteriores de reforma universitaria.

5. EL RETROCESO DE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA. LA TERCERA CUESTIÓN UNIVERSITARIA

Si nuestra historia reciente de la enseñanza es un continuo tejer y destejer digno de Penélope 63 no cabe decir menos de la secuencia de pronunciamientos o iniciativas militares. Dentro de estas últimas hay que situar la Dictadura de Primo de Rivera entre 1923 y 1930. Los primeros pasos de la Dictadura permanecieron fieles al espíritu liberal y se volvió a la reglamentación de Romanones sobre enseñanza privada 64. Pronto, sin embargo, la libertad de cátedra experimentó importantes restricciones que pueden apreciarse en la Real Orden de la Presidencia del Directorio Militar de 13 de Octubre de 1925 65. Entre otras restricciones, se obligaba a todos los profesores de la enseñanza pública a respetar las virtudes cívicas dentro y fuera de los recintos donde se imparten las enseñanzas. El Preámbulo de esta Real Orden alude a la relación de sujeción especial en que se encuentra el funcionario público docente respecto del Estado. Esa especial sujeción exige a “todos los profesores de la enseñanza

---

63 A esta metáfora aluden Unamuno y también Dionisio Ridruejo (Escrito en España, Buenos Aires, Losada, 1962, p.58).

64 Real Orden de 25 de Septiembre de 1923.

pública” un comportamiento ejemplar “dentro y fuera de las aulas”. Tal sujeción reclamaba de los profesores “conducir a sus discípulos por la senda del bien y del orden social, tanto en las lecciones que transmiten como en las doctrinas que infundan”. Se especifica también que esa “senda del bien y del orden social” consiste en no hacer propaganda más o menos encubierta “contra la unidad de la patria o contra las instituciones” tales como “la familia, la propiedad, la religión o la nación”. Estos serán, por tanto, los límites exorbitantes que se imponen a la libertad de cátedra. El resto de la Orden insiste en la necesidad de poner en práctica una inspección 66 que depurase -mediante la formación del oportuno expediente - las conductas y actitudes de los profesores que fueran “demoledoras del orden social establecido”. Se ejercía un estrecho control sobre los libros de texto hasta el punto que se procedería a la “clausura de las Escuelas privadas en que encontrasen (los inspectores) libros que expusieran dichas doctrinas o tendencias (doctrinas contrarias a la unidad de patria..)”.

Puede apreciarse un similar tono restrictivo en otras disposiciones,67 pero lo que desencadenó una fuerte contestación estudiantil y aceleró la oposición intelectual al régimen fue el Real Decreto-Ley de 19 de Mayo de 1928, sobre reforma universitaria.68 Estos sucesos, como ha destacado el profesor Martínez Blanco, constituyen la “Tercera Cuestión Universitaria” 69.

El Preámbulo del Real Decreto-Ley alude, en su inicio, “al magno augusto proyecto de la Ciudad Universitaria”, lo que da ocasión a las reformas que se pretendían. Se otorga a las Facultades “la necesaria libertad pedagógica que permita a sus profesores el debido rendimiento”, y se amplían sus competencias para establecer materias de especialización que se suman a las disciplinas fundamentales. El artículo 73 70 atribuye dicha libertad pedagógica a los profesores en el “desempeño de sus funciones docentes”, pero “sin que les sea lícito atacar

---

66 El artículo primero de esta Real Orden considera a los Rectores como “inspectores natos de los Centros Públicos de enseñanza”. Este precepto reproduce el carácter admonitorio y la actitud vigilante que caracterizó al ya referida Circular de Orovio.

67 Real Decreto de 4 de Abril 1927 (Gaceta de Madrid, 5 de Abril 1927).


70 “Los catedráticos gozarán de plena libertad pedagógica en el desempeño de sus funciones docentes para la exposición, análisis y crítica de doctrinas, teorías y opiniones, y para la elección de métodos y fuentes de conocimientos” (Historia de la Educación en España, vol. III, op. cit. p. 245).
los principios básicos sociales, que son fundamento de la constitución del país, ni a su forma de Gobierno, ni a los Poderes ni Autoridades; castigándose con las sanciones procedentes las infracciones de este precepto, ya gubernativamente por las autoridades académicas o bien por los Tribunales de Justicia, según la índole y gravedad del caso”.

Estas restricciones junto con otras medidas sobre la homologación de titulaciones y las atribuciones que se otorgaban a algunos centros religiosos suscitaron un fuerte recelo entre los profesores que permanecían vinculados al krausismo y se habían integrado en la Institución Libre de Enseñanza71. La respuesta del Gobierno a las agitaciones producidas al comienzo de curso 1928-1929 fue la pérdida colectiva de la matrícula, el cierre de la Universidad Central y suspensión de sus autoridades. Muchos profesores renunciaron a sus cátedras como fue el caso de Ortega, Jiménez de Asúa, Fernando de los Ríos, Sánchez Román, García Valdecasas y Wenceslao Roces72. Unamuno – que apoyó junto con Ortega y Jiménez de Asúa la Unión Liberal de Estudiantes – fue deportado a Fuerteventura73. Ante la ola de protestas el Gobierno derogó el polémico artículo 53, pero la Dictadura, que había creído posible la regeneración de España, “excluyendo de esta empresa la libertad”, 74 estaba herida de muerte.


72 Ibídem p. 274.


74 De Puelles, M., Ibídem, p. 274.
Diferencias y similitudes entre derecho y moral en la obra de Hans Kelsen

José Antonio Sendín Mateos
Universidad de Salamanca
Diferencias y similitudes entre derecho y moral en la obra de Hans Kelsen

Hans Kelsen nunca dejó de preguntarse por las relaciones que existen entre el derecho positivo y la moral como órdenes de conducta, y, en especial, por los rasgos distintivos, diferencias y similitudes que, tanto en su configuración como en su *modus operandi*, caracterizaban a ambos.

El problema de las relaciones entre el derecho positivo y la moral se ha planteado de manera diversa en la obra de Kelsen. Aunque no es posible trazar una división en etapas al tratar la cuestión, parece claro que la perspectiva desde la que se enfoca el tema varía de unos trabajos a otros. En algunos se parte de la consideración de la moral –la moral positiva– como un orden que regula la conducta social siguiendo procedimientos específicos y que actúa de forma simultánea pero en competencia con otros sistemas: el derecho positivo, la religión, etc. Lo que interesa en este caso es señalar el modo como cada uno de estos órdenes influye en la conducta, de ahí que Kelsen ponga el énfasis en la explicación de las diferencias y semejanzas que existen entre ellos. Éste es el enfoque que adopta en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*² (1911), *General Theory of Law and State*³ (1945) y *Allgemeine Theorie der Normen*⁴ (1979).

En cambio, en otros escritos se examina el papel de la moral como criterio de valoración del derecho positivo, atribuyéndole la pretensión de valer objetivamente. En ellos Kelsen tiende a identificar la moral con la justicia. El mejor ejemplo de esta tendencia viene representado por la primera edición de la *Reine Rechtslehre*⁵ (1934), donde la relación que se establece entre derecho y justicia emerge enseguida en primer plano. Ocurre lo mismo en trabajos en los que la temática principal no gira en torno a la teoría del derecho, sino al problema de la justicia. Se pueden citar, entre otros, *The Metamorphoses of the...*  

---

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco de una investigación financiada por la Fundación Miguel Casado San José. Quiero agradecer muy sinceramente al profesor Dr. Miguel Ángel Rodilla González sus acertadas observaciones.

² Cito por la segunda edición: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1923 (en adelante *Hauptprobleme*).

³ *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1945 (en adelante *GTLS*).

⁴ *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979 (en adelante *ATN*).

Idea of Justice\(^6\) (1947), Was ist Gerechtigkeit?\(^7\) (1953) y el apéndice Das Problem der Gerechtigkeit\(^8\) (1960).

Finalmente, en la edición francesa de la Reine Rechtslehre\(^9\) (1953) y en la versión definitiva de dicha obra, la segunda edición alemana de 1960\(^10\), parece que Kelsen quiere ocuparse de los dos aspectos de la moral que hemos señalado. En ambos casos parte de una aproximación a la moral como orden de conducta, para después, espontáneamente y mediante un repentino cambio de orientación, pasar a ocuparse de la segunda cuestión: la relación entre derecho y justicia, o lo que es igual, el problema de la valoración moral del derecho\(^11\).

Aunque la cuestión de la valoración moral del derecho tiene una enorme importancia en el pensamiento de Kelsen, en lo que sigue sólo voy a ocuparme del primero de los aspectos señalados: las diferencias que existen entre el derecho y la moral como órdenes normativos. Kelsen desarrolla esta cuestión enteramente en el campo de la teoría del derecho. Por eso voy a evitar referirme a otros asuntos más propios del ámbito filosófico-moral.


\(^7\) Was ist Gerechtigkeit?, F. Deuticke, Wien, 1953.


\(^11\) En la edición francesa de la Reine Rechtslehre, Kelsen señala: “[…] el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo”. No hay duda de que ambas cuestiones aparecen aquí mezcladas. Y más abajo añade: “Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico”. Nótese, pues, cómo en apenas unas pocas frases Kelsen pasa de discutir la cuestión de las relaciones que pueden darse entre el derecho positivo y la moral, a exponer una condición que él entiende necesaria para la valoración moral del derecho. Es más, creo que en su pensamiento no existe una verdadera intención de separar ambas cuestiones. Vid. TPD, 55-56. Cursivas más.
1. Ya en su primera gran obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*\(^{12}\), Kelsen investiga los rasgos distintivos de la moral y el derecho. Para empezar, señala que las normas jurídicas y las morales no se distinguen por los fines que persiguen, pues a menudo prescriben o prohíben los mismos comportamientos\(^{13}\). Y tampoco por su fuerza obligatoria, es decir, por su supuesto “poder” para obligar\(^{14}\). Kelsen insiste en que no es verdad que las normas jurídicas, por ser de procedencia estatal, tienen más fuerza obligatoria que las normas morales. Un parámetro para medir la mayor o menor fuerza obligatoria de las normas bien podría ser el de la eficacia. Pero en su opinión, una norma religiosa o moral que amenace con aplicar un castigo trascendente o con una reacción desfavorable de la comunidad frente a quienes la incumplan, puede ser tanto más eficaz y tener tanta o más fuerza motivadora que cualquier norma generada por un orden estatal\(^{15}\).

Si no se diferencian por los fines que persiguen ni por su fuerza de obligar, ¿dónde residen entonces las diferencias entre derecho y moral? Hay que reconocer que, en los *Hauptprobleme*, el punto de vista de Kelsen sobre este asunto no fue muy innovador, pues coincidía con el de una parte de la ciencia jurídica decimonónica, que en este punto parecía seguir a Kant: la moral es *autónoma*, pues tiene que ver con los motivos psicológicos de la conducta y regula el comportamiento interno\(^{16}\), mientras que el derecho se caracteriza por su *heteronomía*, y regula la conducta externa\(^{17}\). La eficacia de las normas morales depende de su acatamiento individual, que se produce mediante un acto de reconocimiento –en palabras de Kelsen, la norma moral “es resultado de un proceso mental de objetivación”\(^{18}\)–; las normas jurídicas, en cambio, se aplican con independencia de su acatamiento –y a menudo precisamente porque no se acatan– y de si son conocidas o no por sus destinatarios\(^{19}\).

\(^{12}\) Vid. *Hauptprobleme*, 33 y ss.

\(^{13}\) *Ibidem*, 56.

\(^{14}\) *Idem*.

\(^{15}\) *Ibidem*, 338; vid. también GTLS, 20; ATN, 78 y 116.

\(^{16}\) *Hauptprobleme*, 314.

\(^{17}\) *Ibidem*, 35 y 44 y ss.

\(^{18}\) *Ibidem*, 44.

\(^{19}\) *Ibidem*, 35.
2. Esta doctrina de la autonomía de la moral y de la heteronomía del derecho, que Kelsen defiende con ahínco en los *Hauptprobleme*, es rechazada por él expresamente y con el mismo énfasis cincuenta años después, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. En ella Kelsen niega que la moral se limite a prescribir la conducta interna y el derecho la conducta externa, pues, en realidad, las normas de ambos órdenes pueden prescribir indistintamente conductas externas e internas. La moral prescribe conductas externas en la misma medida que el derecho positivo, y éste convierte en objeto de enjuiciamiento no sólo acciones externas, sino también la actitud psíquica de los sujetos infractores, v. gr. su voluntad de delinquir, pues de otro modo, por ejemplo, no se podría sancionar la tentativa de delito.

En la *Allgemeine Theorie der Normen* Kelsen va más lejos y señala que la moral y el derecho son sistemas normativos en parte autónomos y en parte heterónomos. Son heterónomos en tanto que sus normas no son establecidas por los destinatarios, sino por la autoridad legislativa o, en un orden consuetudinario, según las costumbres que se practican en la sociedad. Y son autónomos porque, para que una norma general se pueda aplicar a un caso, es necesario que sea reconocida como válida por el órgano que tiene el deber de aplicarla. Ahora bien, a esto hay que añadir que, en lo que afecta a las normas jurídicas, la heteronomía aparece reforzada, pues, como el mismo Kelsen señala, la validez del derecho es independiente del reconocimiento (y del conocimiento) de sus normas por quienes están sometidos a ellas. Y, en relación con las normas morales, la mención a órganos aplicadores es tan problemática como sorprendente. La existencia de un aparato institucional integrado por órganos encargados de aplicar sanciones parece incompatible con la idea misma de orden moral. En realidad, Kelsen no explica cuáles pueden ser los órganos de los que se sirve el orden moral para hacer efectivas sus sanciones.

En lo que Kelsen sí tiene razón en *Allgemeine Theorie der Normen*, es en desmentir la afirmación de la teoría jurídica decimonónica de que el derecho se caracteriza porque ordena hipotéticamente, mientras que la moral lo

---

20 *RR2*, 61.

21 *ATN*, 42.

22 *Idem*.

23 *Idem*. 
hace categóricamente\textsuperscript{24}. En su opinión, ambos tipos de normas ordenan hipotéticamente, pues cualquier comportamiento prescrito o prohibido está sometido a condicionantes fácticos ineludibles. Esto se plasma en el esquema característico de cualquier norma, que enlaza un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica siguiendo la fórmula “si $A$ debe ser $B$”. Al igual que ocurre en el derecho, también en la moral sólo puede ser debido aquello que efectivamente puede ser realizado, y no se puede prohibir aquello que no se puede realizar\textsuperscript{25}. Kelsen pone un ejemplo: la orden “¡Juan, cierra la puerta!” presupone que la puerta está abierta, y sólo se puede cumplir si la puerta sigue estando abierta\textsuperscript{26}. Por eso, para él toda prescripción, con independencia de su carácter, es hipotética\textsuperscript{27}.

3. El criterio más significativo de cuantos nos ofrece Kelsen para diferenciar entre el derecho positivo y la moral –y no me refiero aquí a sus normas, sino a los sistemas normativos en cuanto tales– es el que se basa en la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos, formulada por primera vez en Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus\textsuperscript{28} (1929).

\textsuperscript{24} Ibídem, 15.

\textsuperscript{25} Ibídem, 16.

\textsuperscript{26} Ibídem, 15.

\textsuperscript{27} Al señalar que tanto el derecho como la moral ordenan hipotéticamente, parece como si Kelsen quisiera minimizar la distinción kantiana entre imperativos hipotéticos y categóricos. Ahora bien, para apreciar esto en sus justos términos, hay que subrayar que, a diferencia de los imperativos hipotéticos kantianos, en este caso la condición es el supuesto de hecho de aplicación de una norma, y no un fin o propósito del agente. A diferencia de una recomendación técnica o de un consejo, que prescriben una acción condicionada a que el sujeto se proponga un determinado fin, o reconozca como suyos determinados intereses, una norma general (tanto da si es jurídica o moral) prescribe categóricamente hacer tal o cual cosa si se dan tales o cuales circunstancias. En ambos casos la prescripción tiene la forma “si $A$ debe ser $B$”, característica de los enunciados condicionados; sólo que en las reglas técnicas y los consejos prudenciales la cláusula condicionante es un propósito o interés que puede ser que tenga un sujeto, mientras que en las normas es un supuesto de hecho. El sentido de la prescripción es muy diferente. Quien emite un consejo o una recomendación técnica, invoca los intereses del destinatario. Mientras que quien emite (o apela a) una norma, prescribe categóricamente, sin invocar los intereses del destinatario (ni, por cierto, los del emisor, o los de un tercero). Kelsen parece estar hablando en lenguaje kantiano, cuando en realidad está utilizando los términos en un sentido muy diferente del de Kant. Interpretar los “imperativos hipotéticos” de Kelsen en el sentido de los “imperativos hipotéticos” de Kant es dejarse confundir por la sintaxis lógica de las normas: las normas generales son enunciados deonticos hipotéticos, pero prescriben categóricamente, incondicionalmente.

En esta obra Kelsen señala al derecho positivo como paradigma de un sistema dinámico, mientras que la moral es un ejemplo cualificado (junto al derecho natural) de un sistema normativo estático. Esta cuestión exigiría un amplio desarrollo difícil de afrontar aquí. Resumiendo mucho, a mi juicio la dicotomía kelseniana entre sistemas normativos estáticos y dinámicos es una herramienta útil para distinguir el derecho y la moral. Ambos sistemas se construyen mediante sucesivas derivaciones de normas a partir de una norma fundamental. Ahora bien, en un sistema estático estas derivaciones no son más que deducciones lógico-materiales a partir del contenido de la norma fundamental. Por eso las normas son válidas en tanto que participan de ese contenido, o, en palabras de Kelsen, “están contenidas en la norma fundamental”. En cambio, en un sistema dinámico la derivación de normas se produce mediante una sucesión dinámica de delegaciones de autoridad: cada norma es producida por un órgano autorizado al efecto por una norma de rango superior. Si nos remontamos en sentido ascendente de norma en norma y de autoridad en autoridad, al final llegaremos a la primera norma positiva del sistema –que en un orden jurídico es la constitución– y a la primera autoridad –el poder constituyente–. La validez y fuerza obligatoria de la primera y la autoridad del segundo emanarán de la norma fundamental, cuya validez hay que presuponer.

El problema, como acertadamente ha señalado Delgado Pinto, es que la oposición entre sistemas normativos estáticos y dinámicos es en buena medida artificiosa. Ante todo, en contra de lo que Kelsen parece pensar, es dudoso que sirva para caracterizar adecuadamente la distinción entre derecho natural y derecho positivo. Pero además, Kelsen tiene que reconocer que esta dicotomía de su invención sólo permite contraponer la moral y el derecho positivo relativamente y hasta cierto punto, pues ninguno de estos sistemas se manifiesta...
de forma “pura”, sino que son más bien sistemas mixtos\textsuperscript{34}. Por un lado, un orden moral o de derecho natural puede presentar, como válida en sí misma, una norma fundamental que responda al principio dinámico; de hecho, las éticas teonómicas son de este tipo. Y por otro lado, todo sistema dinámico tiene que presuponer, para que sus normas tengan validez, una norma fundamental que, debido a su carácter hipotético, no puede ser positiva. Aunque Kelsen se esfuerza en argumentar que la norma fundamental carece de contenido material, lo cierto es que ésta no se relaciona dinámicamente con otra norma superior, pues ella es la hipótesis última que permite fundamentar la validez de la constitución y de las normas que integran, en escalones sucesivos, el orden jurídico. Según Kelsen, es así como el principio estático gana acceso al sistema de derecho positivo\textsuperscript{35}.

Ahora bien, el carácter artificioso de esta dicotomía kelseniana no merma su utilidad como herramienta para distinguir el derecho y la moral. De entrada, define una característica de los sistemas estáticos que otros autores han puesto de relieve: al ser válidas sus normas por su contenido, y al encontrarse éste inserto en el contenido de la norma fundamental, que posee un valor absoluto y es invariante, los sistemas estáticos se muestran resistentes al cambio deliberado\textsuperscript{36}. Por contra, los sistemas dinámicos, al desplegarse mediante actos deliberados de producción normativa, están abiertos a infinitas modificaciones, puesto que su norma fundamental no plantea problemas a este respecto\textsuperscript{37}.

4. Tras \textit{Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus}, Kelsen no volvió a ocuparse de las diferencias entre derecho y moral hasta la \textit{General Theory of Law and State} y la segunda edición de la \textit{Reine Rechtslehre}. Aquí insiste en que el derecho y la moral se distinguen por el modo en que prescriben las conductas deseadas y prohíben las indeseadas\textsuperscript{38}. Mientras que la moral ordena directamente: “no matarás”, “no faltarás a la palabra dada”,

\textsuperscript{34} Grundlagen, 293-294; J. DELGADO PINTO, «El voluntarismo de Hans Kelsen...»., cit., pp. 187 y ss.

\textsuperscript{35} Grundlagen, 294.


\textsuperscript{37} El mismo Kelsen admite que la constitución y las leyes pueden predeterminar el contenido de las normas de rango inferior, estableciéndose así un límite a la dinamicidad del sistema. Vid. Grundlagen, 294.

\textsuperscript{38} GTLS, 20; RR2, 64-65.
etc., el derecho prescribe enlazando una sanción coactiva a la conducta contraria a aquella que se espera obtener. Un órgano estatal tendrá el deber de aplicar la sanción jurídica incluso por la fuerza, lo cual implica un aparato institucional. Aunque Kelsen admite que también existen sanciones morales, éstas no están reguladas expresamente por el orden moral, ni están socialmente organizadas. Su realización es espontánea, y consiste en una reacción de reproche de la comunidad dirigida contra el sujeto infractor. Esto no significa, empero, que las sanciones morales sean menos eficaces que las jurídicas.

En Allgemeine Theorie der Normen, Kelsen reproduce, en lo esencial, algunas de estas afirmaciones. Insiste, por ejemplo, en que el derecho y la moral no se distinguen por lo que ordenan, sino por el modo en que lo hacen. Pero a partir de aquí empiezan las diferencias. Ahora señala que también la moral –y no sólo el derecho– prescribe sanciones, si bien éstas se diferencian de las sanciones jurídicas en que no son coactivas, es decir, se realizan sin hacer uso de la fuerza. La diferencia respecto de General Theory of Law and State radica en que ahora se admite que las sanciones morales son reguladas expresamente por el orden moral, aunque no sean coactivas.

Una diferencia aún más significativa en relación con la doctrina anterior es que, en Allgemeine Theorie der Normen, Kelsen defiende que las sanciones jurídicas propiamente dichas reaccionan exclusivamente contra las conductas que son contrarias a las normas, mientras que las sanciones morales extienden la retribución también a las conductas que se adecuan a las normas. De esta manera, a diferencia del derecho, la moral se sirve de sanciones positivas no coactivas. Ahora bien, con esto Kelsen no quiere decir que el derecho no prevea sanciones positivas –los denominados “incentivos”–, pero las despoja de su status jurídico y las considera simples adiciones que, aunque son incorporadas...

---


40 GTLS, 20; RR2, 28.

41 GTLS, 20.

42 Vid. ATN, 18, 77-78 y 115-116.

43 Ibidem, 18.

44 Ibidem, 18-19.
por la práctica totalidad de los sistemas jurídicos, en su opinión no dejan de ser contingentes. Con esto parece que queda demostrado que, con independencia de los frecuentes cambios de orientación de la doctrina de Kelsen en relación con los rasgos que, a su juicio, caracterizan al derecho positivo y la moral como sistemas normativos, su contribución más significativa para la resolución de este problema de naturaleza teórico-jurídica es la famosa dicotomía entre sistemas normativos estáticos y dinámicos. Es cierto que en otros trabajos manejó criterios de distinción alternativos, pero estos fueron finalmente abandonados, bien porque él mismo fue consciente de su carácter anacrónico en el tratamiento de esta cuestión todavía se pueden observar los últimos resquicios de la ciencia jurídica decimonónica, bien porque incurrió en algunas inconsistencias que en estas breves páginas he tratado de poner al descubierto.

| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |


Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssättze, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1923.

Kelsen parte de dos consideraciones en defensa de su posición: (i) las sanciones positivas no son reacciones a una conducta debida, sino a una conducta que las autoridades consideran valiosa; y (ii) que la norma que las establece no prescribe el uso de la fuerza. De aquí se desprende que las sanciones positivas son sanciones morales. Kelsen escribe: “las normas de un orden jurídico que autorizan a ciertos órganos de la comunidad jurídica a conceder ciertos derechos a hombres que han hecho méritos ante la comunidad, a permitirles ostentar un título distintivo o ciertos signos de honor, o a entregarles un premio, no establecen –por lo menos no inmediatamente– sanciones jurídicas, es decir, reacciones ante una conducta conforme a derecho, prescrita por normas jurídicas, sino reacciones ante una conducta que por otros motivos es valiosa para la comunidad [...]. La concesión de semejantes distinciones es una sanción moral autorizada por el orden jurídico, que por el hecho de ser autorizada por el orden jurídico se convierte indirectamente en una sanción jurídica. Pero la norma en cuestión no es una parte esencial del orden jurídico como lo son las normas que prescriben actos de fuerza –como la pena o la ejecución civil– para el caso de una conducta contraria a derecho. De este pasaje se infiere que Kelsen no aprecia en su verdadera significación el papel que juegan las “sanciones positivas” en el derecho actual. Vid. ATN, 109.


Algunas claves para una aproximación al análisis durkheimiano de los fenómenos jurídicos

Fernando Tapia Alberdi
Universidad del País Vasco
ALGUNAS CLAVES PARA UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DURKHEIMIANO DE LOS FENÓMENOS JURÍDICOS

Como, desde estas líneas, nos sería imposible abordar la tarea de reconstrucción del pensamiento jurídico de Durkheim y su escuela, en esta ocasión nos hemos fijado un objetivo mucho más modesto, consistente en ofrecer una serie de claves para una correcta aproximación al conjunto de la obra durkheimiana y que presta especial atención a su concepción sociológica del Derecho. Conscientes de que la teoría del Derecho de Durkheim y su escuela es inseparable de otros aspectos relevantes de su pensamiento —como la sociología de la moral, de la religión, la sociología del conocimiento, la sociología política, etc.— hemos escogido una serie de temas que pueden considerarse como fundamentales para una correcta aproximación al pensamiento jurídico de Durkheim y su escuela, dejando de lado otros que, aún siendo relevantes, no podríamos tratar aquí de forma exhaustiva. Centrándonos en la producción científica durkheimiana nos permitirá posteriormente presentar el "status quaestionis" en el ámbito científico-académico, en relación a los temas que nuestro autor y su escuela desarrollaron, prestando especial atención a aquellos que tienen que ver con la regulación social de la conducta humana en general, y con el derecho, en particular.

1. ESTADO ACTUAL DE LOS ESTUDIOS SOBRE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE DURKHEIM Y SU ESCUELA

Como muy bien indica el autor italiano Realino Marra, “un índice seguro de la vitalidad de un pensamiento viene dado por que éste se convierta, en la historia de las ideas, en un punto de referencia para ámbitos científicos muy lejanos entre sí”; y este es, en opinión del italiano —como también lo es en la nuestra— el caso del alsaciano David Emile Durkheim, uno de esos maestros del pensamiento, cuya influencia se deja sentir, todavía hoy, en diversas disciplinas, “de la sociología general a la antropología, de la ciencia de las religiones a los estudios sobre el origen y la naturaleza de los procesos normativos”.

---

1 La reconstrucción del pensamiento jurídico durkheimiano al que hacemos referencia es el trabajo que emprendimos hace ya algún tiempo y que empieza a dar frutos.

2 Diferenciamos la obra de Durkheim, por una parte, y la de los autores durkheimianos, sus colaboradores, por otra parte. Y usamos el adjetivo “durkheimiano/a” para referirnos a la obra y/o al pensamiento “colectivo” del equipo de trabajo o, como se le ha denominado, a la Escuela Sociológica Francesa. Fijar nuestra atención no sólo en la obra del autor alsaciano, que sentó las bases de la nueva ciencia sociológica, sino también en la de sus colaboradores, reunidos en torno a la publicación l’Année Sociologique, enriquece el análisis y nos ofrece nuevas perspectivas para el estudio del lugar que ocupa y la función que desempeña el derecho en el pensamiento durkheimiano lato sensu.


4 Ibid., pág.11.
Cuando uno se enfrenta a la obra durkheimiana, llaman la atención de manera muy destacada tanto el volumen de la misma, como el diverso -y a veces incluso contradictorio- trato que ha recibido la misma por parte de estudiosos, y que viene reflejado en los textos de sociología general y, más concretamente, de sociología del derecho⁵. Autores como el americano Steven Lukes, quién se ha esforzado en analizar el pensamiento durkheimiano en su conjunto, mostrando las interrelaciones entre los diversos elementos de que estaba compuesto, han afirmado hablando de la sociología norteamericana que “hay un Durkheim de los sociólogos (profundamente alterado por la interpretación parsoniana⁶), un Durkheim de los antropólogos sociales (originariamente esbozado por Radcliffe-Brown, pero progresivamente redibujado desde entonces), un Durkheim de la teoría de la anoma (que procede de Merton) y de los estudios sobre el suicidio, un Durkheim de los criminólogos y otro de los psicólogos sociales, un Durkheim de los sociólogos de la educación y otro de los ecólogos humanos, un Durkheim sociólogo del conocimiento y, más recientemente un Durkheim preestructuralista”⁷.

Pues bien, a pesar de la notoriedad que adquirió su pensamiento e, incluso, a pesar de que Durkheim es considerado –especialmente por autores franceses y de influencia francesa- padre fundador de la teoría sociológica del Derecho⁸, especialistas en la teoría jurídica del autor alsaciano, como Roger Cotterrell, no dudan en afirmar que su teoría jurídica es poco conocida e, incluso, se malinterpreta⁹. Ciertamente, a pesar de que para Durkheim y su escuela el análisis del Derecho constituía una parte esencial y central del quehacer sociológico, hay una tendencia a estudiar su pensamiento sin tener en cuenta esta importante contribución. El italiano Marra apunta en el mismo sentido que, a pesar de la gran

---


⁶ No podemos olvidar que en los EEUU fue más conocida que la obra del propio Durkheim la interpretación que ofrecía de ella el famoso sociólogo Talcott Parsons. Un interesante análisis crítico de la interpretación parsoniana de Durkheim puede encontrarse en Rodriguez Zúñiga, 1978.

⁷ Lukes, 1973:2.

⁸ Es opinión comunmente aceptada que es gracias a Durkheim y su escuela que la sociología jurídica fue aceptada y obtuvo reconocimiento como rama de la sociología general (Chazel, 1991:28). Hay quién, aún atribuyendo a Durkheim el mérito de haber iniciado los estudios sociológico-jurídicos en Francia, consideran a Ehrlich padre “fundador” de la sociología jurídica (Arnaud, 1981: 97).

⁹ Cotterrell, 1999: ix.
notoriedad conseguida por la sociología jurídica durkheimiana, la profundización en el análisis le ha llevado a considerar que no se conoce lo suficiente\textsuperscript{10}. En fin, en lo que se refiere al panorama de la sociología y filosofía jurídicas españolas, es destacable la escasez de estudios sobre la sociología jurídica de Durkheim y su escuela\textsuperscript{11}. Ciertamente, aunque gran parte de la obra de Durkheim ya se ha traducido al castellano, a día de hoy no se han elaborado trabajos de investigación relevantes en castellano que ofrezcan de forma sistemática una reconstrucción del pensamiento socio-jurídico durkheimiano y los que analizan sistemáticamente aspectos concretos del mismo son poco menos que excepcionales\textsuperscript{12}.

El panorama que acabamos de dibujar, en relación al estado actual de los estudios sobre la sociología jurídica durkheimiana, se ha explicado, de manera general, por el hecho de que el paradigma funcionalista, aún basándose en las propuestas teóricas de Durkheim y Weber marginó durante años la consideración del Derecho como fenómeno social\textsuperscript{13}. En el caso español, debemos añadir además que como, en general, la investigación socio-jurídica ha brillado por su ausencia, ni si quiera se ha prestado atención a los clásicos de la disciplina y, mucho menos, a su pensamiento sociológico jurídico\textsuperscript{14}.

\textsuperscript{10} El autor italiano observa, incluso, que algunas de las categorías más acertadas de Durkheim han adquirido con el tiempo, en los escritos críticos, una significación tal que, de alguna manera, parecen proceder de forma completamente autónoma, confundiéndose en argumentaciones distintas, enriqueciéndose de significados insospechados (Marra 1986: 12-13).

\textsuperscript{11} Este extremo ya ha sido señalado para el caso del ámbito socio-jurídico español por Gregorio Robles en su breve ensayo sobre la sociología del derecho criminal de Durkheim (Robles, 2001: 119).

\textsuperscript{12} El ensayo reseñado en la nota anterior y el estudio sobre la influencia del pensamiento alemán sobre la sociología de Durkheim constituyen excepciones que merecen una mención especial. Ver Robles, 2001 y 2005.

\textsuperscript{13} “Mientras que los clásicos del pensamiento sociológico valoraron la importancia del derecho y se dedicaron a su estudio, los sociólogos posteriores lo ignoraron casi todo del derecho. Sólo el marxismo y algunas sociologías “conflictualistas” siguieron prestando atención al derecho y considerándolo como un fenómeno clave para comprender los mecanismos del orden social. La crisis teórica—interna y externa—del funcionalismo ha revalorizado, indudablemente, el peso del derecho en la teoría social” (Calvo García, 1995: 19-20).

\textsuperscript{14} Un sociólogo del derecho resumió en una frase el estado de la Sociología del Derecho española a mediados de la década de los 90 del pasado siglo de la siguiente manera: “la investigación socio-jurídica en España es exigua, dispersa y, además, cuestionada por los colegas de las Facultades de derecho y los de las de ciencias sociales” (Calvo García, 1995: 29). No extraña, pues, la nula atención prestada al análisis durkheimiano de los fenómenos jurídicos.

2. SOCIOLOGÍA COMO TAREA COLECTIVA: ANTECEDENTES INTELECTUALES DE LA ESCUELA SOCIOLOGICA FRANCESA

Desde una perspectiva durkheimiana, la Sociología es una gran tarea colectiva y esto es así desde varios puntos de vista. En primer lugar, es una tarea colectiva porque la obra de cualquier pensador hace parte de una tradición que hay que poner en cuestión una y otra vez. En segundo lugar, porque la construcción de la nueva ciencia sociológica requiere una colaboración masiva que se base en una división del trabajo intelectual. En este epígrafe nos ocuparemos de la primera de las cuestiones, dejando para otra ocasión el desarrollo de la segunda.

El permanente interés de Durkheim por la tradición sociológica —especialmente, la tradición francesa— se manifiesta en los trabajos que escribió sobre Montesquieu y Rousseau, los cursos que impartió sobre el pensamiento de autores franceses como Sismondi, Saint-Simon, Auguste Comte, Condorcet y Rousseau (además de Hobbes, Spencer), las múltiples recensiones bibliográficas y en los diversos balances sobre el estado de la disciplina que publicó a lo largo de su vida. También son reseñables ensayos como “El estado actual de los estudios sociológicos en Francia”, “Sociología y ciencias sociales” y “La sociología”. Además no podemos olvidar las continuas referencias a las contribuciones del pasado que aparecen en sus libros mayores.

En relación al tema de los autores y escuelas filosóficas que influyeron en el pensamiento de Durkheim, llama la atención la diversidad de opiniones vertidas a lo largo del tiempo por los comentadores de la obra de nuestro autor. Ciertamente, por poner algunos ejemplos, algunos le consideran el “heredero espiritual de Comte”, y destacan la influencia que sobre él ejercieron autores

---


16 Estos trabajos “menores” se han compilado en tres volúmenes que contienen diversos tipos de escritos como cursos, recensiones, artículos, cartas, etc. Cfr. Journal sociologique (Durkheim, 1969), La science sociale et l’action (Durkheim, 1970) y Textes (Durkheim, 1975).

17 Cfr. Durkheim, 1895.

18 Durkheim, 1903.


franceses como Descartes, Rousseau, Saint-Simon, Comte, Fustel de Coulanges o Emile Boutroux\textsuperscript{21}. Otros subrayan la influencia que sobre él ejerció Saint-Simon\textsuperscript{22} e incluso hay algunos que le sitúan en la tradición de Fitche y el Romanticismo Alemán o en la tradición de los reaccionarios teocráticos franceses\textsuperscript{23}. Un filósofo de la escuela sociológica francesa y considerado durkheimiano como Celestín Bouglé escribía que “el durkheimismo es Kantismo revisado y completado por el Comtismo”\textsuperscript{24}. Algún autor ha subrayado la influencia que sobre nuestro autor ejerció Aristóteles buscando elementos comunes en el pensamiento de ambos\textsuperscript{25}. Y, en fin, hay quien ha defendido que “Durkheim ha sido el instrumento, digamoslo así, por medio del cual Rousseau ha dejado su marca en la ciencia social moderna”\textsuperscript{26}.

En relación a los antecedentes del pensamiento durkheimiano, merece una mención especial el tema de la influencia que ejerció sobre él el judaísmo, por ser una cuestión que no ha sido analizada sistemáticamente\textsuperscript{27}.

Pues bien, en lo que respecta a esta cuestión de los antecedentes intelectuales del pensamiento durkheimiano, nosotros hemos hecho nuestras las ideas maestras sobre el particular del sociólogo norteamericano Talcott Parsons\textsuperscript{28} que afirma, por una parte, que “pese a las discrepancias acerca de la influencia de su estancia en Alemania, hay pruebas de que el pensamiento de Durkheim estaba profundamente enraizado en la historia del pensamiento francés”; y, por otra que “no hay menosprecio de la originalidad del pensamiento francés sobre los problemas del hombre y de la sociedad al decir que ocupaba una posición intermedia entre las dos alas de las grandes tendencias

\textsuperscript{21} Parsons, 1977: 28.

\textsuperscript{22} Por ejemplo, cfr. A. W. Gouldner, 1958 (citado en Lukes, 1973: 2).


\textsuperscript{24} Citado en Lukes, 1973: 3.


\textsuperscript{26} Wolin, 1960: 372.


\textsuperscript{28} Parsons, 1977: 28-29.
del pensamiento europeo: empirismo y utilitarismo británico e idealismo alemán”29. Así pues, nuestro esquema inicial de trabajo da por sentado que la orientación de Durkheim y su planteamiento de los problemas reflejan una serie de influencias intelectuales fácilmente discernibles como son: a) el pensamiento francés o autores franceses que influyeron en él de diversas maneras; b) el empirismo y utilitarismo británico, y c) el idealismo alemán30.

| 3. DERECHO Y MORAL EN LA SOCIOLOGÍA DURKHEIMIANA |

La escasa atención que, tanto juristas como sociólogos, han prestado al análisis sociológico-jurídico durkheimiano, contrasta con el lugar privilegiado que se asigna al Derecho en el pensamiento de Durkheim y su escuela. Ciertamente, Durkheim y sus seguidores más cercanos, en tanto en cuanto atribuían al Derecho funciones cruciales en los procesos de estructuración del orden social, asumían por completo la importancia sociológica del derecho. Tanto es así, que un durkheimiano cualificado como Bouglé sostenía que “en lo que respecta a la Sociología, es obvio que no tiene nada que hacer sin el estudio de las leyes y costumbres y que debe inscribir en el edificio que persigue construir: nadie que no sea jurista puede entrar aquí”31. Un comentarista extremadamente crítico como Georges Gurvitch apuntaba que, desde un determinado punto de vista, toda la sociología de Durkheim, especialmente en sus inicios, tiene una tendencia juridificante, e, incluso, critica la excesiva importancia atribuida por el autor a los símbolos jurídicos en el estudio de la realidad social32. Más recientemente, Vogt incluso sugiere, adoptando así una postura más radical, que para los durkheimianos la sociología del derecho era, desde cierto punto de vista, toda la sociología33. Dejando de lado este tipo de discusiones sobre si la Sociología del Derecho durkheimiana engloba toda la Sociología, podemos afirmar con rotundidad la centralidad del estudio del Derecho en la empresa científica durkheimiana34. En fin, ese lugar privilegiado que se asigna al Derecho

---

29 Ibid, p. 28.
en el pensamiento de Durkheim y su escuela, tiene como reflejo una enorme presencia del Derecho en la obra de Durkheim y los durkheimianos\textsuperscript{35}.

Cuando uno aborda el análisis de la obra durkheimiana, llama poderosamente la atención que el autor francés nunca escribió de forma sistemática sobre los fenómenos jurídicos y sus puntos de vista sobre estos fenómenos se encuentran dispersos en diversas fuentes. Siempre sin olvidar la unidad de la obra durkheimiana, podemos afirmar que estos estudios jurídicos se encuentran básicamente en su primera gran obra La División del trabajo Social de 1893\textsuperscript{36}, en un curso compuesto de diversas lecciones que se han recopilado bajo la rúbrica Lecciones de sociología: Física de las Costumbres y el Derecho\textsuperscript{37} y en varios artículos, notas y recensiones, entre los que merece mención especial el artículo titulado Dos Leyes de evolución penal, publicado en l’Année Sociologique en 1901\textsuperscript{38}.

Por lo demás, aunque, en un primer momento, puede parecer bastante sencilla la tarea de aislar el análisis sociológico del derecho como un aspecto particular, sin tener en cuenta toda su obra en su complejidad, ello no es en absoluto recomendable ya que, en el pensamiento de Durkheim el análisis de las instituciones jurídicas es siempre parte de una tarea mucho más amplia, que nos reenvía constantemente al conjunto de la producción durkheimiana\textsuperscript{39}. Así pues, toda tarea encaminada a la reconstrucción de la sociología jurídica de nuestro autor debe realizarse siempre respetando la unidad del complejo pensamiento durkheimiano. En otras palabras, debido a que la teoría jurídica de Durkheim es inseparable de su teoría social, su pensamiento ha de ser estudiado y evaluado sistemáticamente, como sistema teórico unitario. Sin embargo, esta tarea se complica o se vuelve problemática desde el momento en que observamos que el propio Durkheim introdujo modificaciones sustanciales en el marco teórico de análisis del derecho\textsuperscript{40}.

\textsuperscript{35} Ver Robles, 2001: 19.

\textsuperscript{36} Durkheim, 1987.

\textsuperscript{37} Durkheim, 1966.

\textsuperscript{38} Durkheim, 1901.

\textsuperscript{39} El profesor Marra (1986: 11) refiriéndose a la complejidad de la obra durkheimiana señala que “[…] el intérprete que pretenda recorrer este itinerario intelectual, se verá obligado, casi naturalmente, a traspasar los numerosos límites impuestos a las ciencias por la moderna especialización del saber; a reformular en muchas ocasiones, de la mano de «su autor», una consideración global del problema de la socialidad”.

\textsuperscript{40} Son muchos los autores que han puesto de manifiesto las modificaciones que Durkheim introdujo en su perspectiva tras la publicación de lo que fue su tesis de doctorado La División del Trabajo Social. Ver Alexander (2005), Giddens (1972: 236); Lacroix (1981: 127) y Nisbet (1965: 37).
Vista con los ojos de un jurista del continente europeo, entrenado en el análisis formal de la normatividad jurídica que parte de la separación estricta entre Derecho y Moral, y de una concepción del Derecho como instrumento técnico de regulación, tanto la concepción durkheimiana del derecho como el marco teórico en el que se inserta pueden resultar un tanto extraños o ajenos. Veamos, a continuación algunos aspectos del pensamiento jurídico durkheimiano que, probablemente, contribuyen a ello.

a) **El positivismo durkheimiano**

*El Derecho como fait social.* Aunque el propio Durkheim nunca se calificó como positivista\(^{41}\), sino más bien como precursor del racionalismo científico\(^{42}\), los postulados metodológicos –y desarrollos teóricos subsiguientes– del primer Durkheim, condensados en la fórmula de *tratar a los hechos sociales como a cosas*\(^{43}\), pueden considerarse netamente positivistas. Aplicado al conocimiento de los fenómenos sociales, la regla metodológica citada supone, por una parte, una visión muy particular de los fenómenos sociales y, por otra, una concepción también muy particular de los modos de conocer tales fenómenos\(^{44}\). En lo que respecta a estas cuestiones, Durkheim, en primer lugar, define los hechos sociales como “modos de actuar, de pensar y de sentir, exteriores al individuo, y que están dotados de un poder de coerción en virtud del cual se imponen a él”\(^{45}\). No son fenómenos orgánicos, puesto que consisten en representaciones y acciones, ni fenómenos psíquicos, porque la materia de la vida social no puede

\(^{41}\) Por positivismo entendemos, en esencia, una actitud filosófica que sostiene que el conocimiento científico deriva de la observación de los datos de la experiencia y no de especulaciones que, prescindiendo de los hechos observables, buscan causas, significados y esencias últimas. Lo que observamos es, por tanto, lo que realmente existe y, científicamente hablando, todo lo que existe (Cotterrel 1984: 9-10). Sobre el positivismo de Émile Durkheim, ver cfr. Rafie, 1972. Sobre el positivismo europeo del siglo XIX ver cfr. Simon, 1963.

\(^{42}\) Con el objetivo de distanciarse del positivismo comtiano, Durkheim afirma que “la única [apelación] que aceptamos es la de racionalista. Nuestro principal objetivo es extender el racionalismo científico a la conducta humana […]”. Cfr. Durkheim, 1988: 34.

\(^{43}\) La de considerar a los hechos sociales como cosas es la primera regla del método durkheimiano. Ver Durkheim, 1988: 69-102.

\(^{44}\) Cotterrel, 1999: 11.

explicarse por factores psicológicos\textsuperscript{46}. Los hechos sociales son los datos objetivos a recabar en la investigación de la realidad social. En palabras del propio autor, los hechos sociales son “el único \textit{datum} que se ofrece al sociólogo” y “que se impone a la observación”\textsuperscript{47}. Respecto a la cuestión relativa a los modos de conocer los fenómenos del orden social, deben de ser semejantes a los que se utilizan en las ciencias naturales, basándose fundamentalmente en la observación sistemática y objetiva\textsuperscript{48}.

Desde un punto de vista durkheimiano, así, el Derecho es un \textit{fait social}, lo que implica que puede ser entendido y estudiado como un fenómeno social observable. Sobre todo en sus primeras obras y, especialmente, en \textit{De la División del Trabajo Social} y en \textit{Las Reglas del Método Sociológico}, Durkheim asume que el Derecho, entendido como hecho social, puede ser fácilmente observado en forma de normativas, instituciones y prácticas jurídicas.

Sin embargo, el Derecho es, muy especialmente, un fenómeno clave que posibilita conocer otros fenómenos sociales difícilmente observables como la cohesión o, en terminología durkheimiana, \textit{la solidarité sociale}\textsuperscript{49}. La tesis del Derecho como símbolo visible de la solidaridad –sin duda, la más conocida y malinterpretada de todas las que componen el complejo pensamiento durkheimiano– consiste en la afirmación de que existen dos formas de Derecho que se corresponden y expresan otras tantas formas de solidaridad\textsuperscript{50}. Durkheim parte de la hipótesis de que las transformaciones de los tipos de Derecho reflejan otras tantas modificaciones en los tipos de cohesión social.

Sin embargo, Durkheim abandonará esta concepción inicial del “derecho como índice visible de la solidaridad”, que ya no reaparecerá en su obra posterior,

\begin{flushleft}
\textsuperscript{46} Ibid, pág. 43.
\textsuperscript{47} Ibid. Pág. 82.
\textsuperscript{48} En palabras de Durkheim, […] “tenemos que considerar a los fenómenos sociales en sí mismos, independientemente de los sujetos que se forman una representación de ellos; hay que estudiarlos desde fuera, como a cosas exteriores. Ibid. Sobre los procedimientos durkheimianos de análisis de los hechos sociales ver cfr. Isambert, 1982.
\textsuperscript{49} Aunque se conoce sobre todo por estar ampliamente explicada en De la División del Trabajo Social, Durkheim presentó su tesis del Derecho como símbolo o indicador de la solidaridad social en el curso sobre “Solidaridad Social” que impartió en Burdeos en 1887 (Lukes, 1973: 139-40).
\end{flushleft}
lo que refleja una “modificación de la metodología estrictamente positivista”\(^{51}\) y un cambio en la orientación del pensamiento jurídico durkheimiano.

**b) El causalismo antifinalista durkheimiano**

Junto al positivismo, uno de los rasgos distintivos del análisis durkheimiano de los fenómenos jurídicos es la orientación que podemos denominar causalismo antifinalista y que tiene como corolario que los hechos sociales se explican por otros hechos sociales\(^{52}\).

Según se establece en las *Reglas del Método Sociológico*, explicar un fenómeno social implica determinar la causa eficiente que lo produce y la función que desempeña\(^{53}\). Por tanto, para Durkheim, la explicación sociológica consiste únicamente en el establecer relaciones de causalidad, conectando un fenómeno tanto a las causas que lo han originado, como a los efectos útiles que produce\(^{54}\). Pero, además, Durkheim propone que “la causa determinante de un hecho social debe de ser buscada en los hechos sociales precedentes y no en los estados de conciencia individual…[y que]…la función de un hecho social debe de ser buscada siempre en la relación que mantiene con algún fin social”\(^{55}\). Este tipo de separación conceptual entre causa y función implica, por tanto, la negación del finalismo, que, según nuestro autor, debe de ser eliminado de todo análisis sociológico\(^{56}\). En un momento posterior, la reciprocidad de la causa y el efecto proporciona un medio para reconciliar el mecanismo científico con el finalismo que implican la existencia y, sobre todo, la persistencia de la vida.

\(^{51}\) Cotterrell, 1999: 14.

\(^{52}\) Algunos consideran, incluso, que esta es la “gran aportación de Durkheim” a la ciencia social (Soriano, 1997: 93).

\(^{53}\) Durkheim, 1988: 152.

\(^{54}\) Ibid. pág.182

\(^{55}\) Ibid. pág. 167.

\(^{56}\) Durkheim afirma que “no queremos decir que las tendencias, necesidades y deseos de los hombres no intervengan nunca de modo activo en la evolución social…sólo que, dejando aparte el que en ningún caso pueden crear algo de la nada, su propia intervención, sean cuales fueren los efectos de la misma, no pueden tener lugar más que en virtud de causas eficientes” (Ibid. pág.149). Además, niega el finalismo de forma expresa cuando afirma “de este modo no recaemos, ni siquiera de forma parcial, en el finalismo, ya que nos negamos a conceder un lugar en las explicaciones sociológicas a las necesidades humanas” (Ibid. pág. 151).
Durkheim, así, comparte la idea central de la perspectiva funcionalista a tenor de la cual el análisis de la función de los fenómenos sociales aporta una forma de aproximarse al estudio de las conexiones entre fenómenos sociales que es netamente distinta de las concepciones de causa y fin de los que participan en la vida social\(^57\). Centrándose en esta dimensión funcional del Derecho, en un primer momento – en *De la División de Trabajo Social* y en *Las Reglas del Método Sociológico*– Durkheim explicará la evolución de las sociedades europeas y las propias transformaciones en la naturaleza del Derecho en base a cambios estructurales en la propia sociedad\(^58\). Sin embargo, como recuerda el prof. Cotterrell, a partir de las obras citadas, pareciera que Durkheim introduce modificaciones importantes en su marco teórico que implican el reconocimiento de la fuerza causal autónoma de las ideas y creencias\(^59\).

Pues bien, para ilustrar la particularidad del funcionamiento de este tipo de relación de causalidad, Durkheim se refiere a la relación entre delito y pena, afirmando que “la reacción social que constituye la pena es debida a la intensidad de los sentimientos colectivos que el crimen ofende; pero, por otra parte, tiene por función útil la de mantener a esos sentimientos en el mismo grado de intensidad, pues no tardarían en debilitarse si no fuesen castigadas las ofensas que experimentan”\(^60\).

De todo lo anterior en relación al positivismo y al causalismo durkheimiano puede deducirse fácilmente que el que Durkheim recurriera al análisis del Derecho no fue fruto de su formación en esta disciplina o de la pura casualidad, sino que resulta directamente de la construcción del objeto mismo de la investigación sociológica\(^61\) a partir de presupuestos positivistas.

c) La perspectiva moralista durkheimiana.

Se puede afirmar que el pensamiento jurídico durkheimiano es moralista ya que la vocación del análisis socio-jurídico de Durkheim es ofrecer nuevas

\(^{57}\) Cotterrell, 1999: 10.


\(^{59}\) Cotterrell, 1999: 11.


formas de concebir el Derecho como fenómeno moral. Lo anterior implica que el estudio de los fenómenos jurídicos es inseparable del estudio de los fenómenos morales. Ciertamente, el análisis durkheimiano sobre la naturaleza y efectos de la normatividad jurídica es, sobre todo, una manera –sociológica, por otra parte– de aproximarse al estudio de la realidad moral.

El prefacio de *De la División del Trabajo Social* comienza con una afirmación, que no debemos perder de vista a la hora de interpretar el pensamiento durkheimiano, a tenor de la cual ese estudio constituye “un esfuerzo para tratar los hechos de la vida moral con arreglo a los métodos de las ciencias positivas”62. Y como hemos señalado *supra*, lo anterior significa, desde un punto de vista metodológico, tratarlos como si fueran cosas63. En lo que respecta a la moral, lo que interesa desde un punto de vista científico, así, no es el análisis de una concepción determinada del ideal moral, sino el análisis de “el conjunto de reglas que determinan efectivamente la conducta”, es decir, los hechos morales64. La primera tarea del estudioso de la moral es, por tanto, definir los hechos morales independientemente de las representaciones que él mismo pudiera hacerse de ellos. Y la característica fundamental de los hechos morales, su signo distintivo, es la sanción cuya aplicación es índice de la existencia de una regla moral que ha sido violada. Por lo demás, el hecho moral puede adoptar formas que, en opinión de nuestro autor, son indisociables: la de los moeurs (o costumbres) y la de la morale (o normas de conducta)65. Durkheim abundará en esta diferenciación en su obra inacabada *La Morale*, donde explica que el término moeurs significa, en su pensamiento, la moral que es efectivamente practicada en un momento histórico, mientras que el término morale hace referencia a la moral propiamente dicha, “a los preceptos morales, con toda su pureza e impersonalidad”66.


63 Durkheim, 1988: 69.

64 En lo que se refiere al análisis de la moral, el esquema conceptual durkheimiano se explicita inicialmente en el artículo titulado “Determination du Fait Moral” (en Durkheim, 1906) y, posteriormente, será revisado y ampliado a lo largo de su Curso sobre Educación Moral (Durkheim, 1963).


En lo que respecta a las relaciones entre Derecho y moral, Durkheim propone una concepción en la que Derecho y Moral aparecen indisolublemente unidos, hasta el punto de que en las Leçons de Sociologie, se confunden en la definición durkheimiana de “hechos morales y jurídicos”67. La razón de la anterior confusión radica, sin duda, en que comparten fundamento, que no es otro que ambos son producto de la actividad colectiva, es decir, de las costumbres68. Lo único que los distingue es la modalidad de la sanción que se asocia a cada uno de éstos: menos intensa y difusa en el caso de los preceptos morales y más intensa y organizada, en cambio, en el caso de las normas jurídicas69.

La citada concepción tiene importantes implicaciones en lo que se refiere al papel del legislador en la elaboración del derecho, que podemos resumir con la afirmación de que el derecho no es una creación artificial del legislador, sino de la sociedad70.

Sin duda, los aspectos analizados llevan Durkheim a construir un marco teórico de análisis de los fenómenos jurídicos que, como hemos dicho, resulta extraño y ajeno –cuando menos– para un jurista entrenado en el análisis de la doctrina jurídica. Y ese es precisamente el mérito de nuestro autor: haber desarrollado una concepción del derecho en la que éste se justifica moralmente, como elemento integrante de la vida moral colectiva de la sociedad en la que existe.

| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |


67 “La física de las costumbres y del derecho tiene como objeto el estudio de los hechos morales y jurídicos. Estos hechos consisten en reglas de conducta sancionadas” (Durkheim, 1966: 7).

68 Ver Durkheim, 1966: 84-85. Durkheim lo expresa de otro modo cuando afirma que “jamás se puede querer otra moral que la que es reclamada por el estado social del tiempo (Durkheim, 2000: 63). En La División del Trabajo Social afirma que “normalmente las costumbres no se oponen al derecho, sino que, por el contrario, constituyen su base” (1987: 76) y que “el derecho es expresión de las costumbres…” (1987: 173).

69 Durkheim, 1893: 278

70 En su tesis complementaria de doctorado sobre Rousseau y Montesquieu Durkheim precisa, por primera vez, la aportación del legislador en la creación del derecho en estos términos: “Él [legislador] no inventa nada o casi nada nuevo; incluso si no existiera, nada impediría que hubiera leyes: sólo que estarían menos definidas…El es un más un instrumento que contribuye a establecerlas más que su causa productora” (Durkheim, 1966b: 84).


El realismo escandinavo “revisitado”.
Cuatro notas sobre la vigencia teórica de algunos de sus principales postulados

Oscar Vergara
Universidad de La Coruña
EL REALISMO ESCANDINAVO “REVISITADO”.
CUATRO NOTAS SOBRE LA VIGENCIA TEÓRICA DE ALGUNOS
DE SUS PRINCIPALES POSTULADOS

Han sido varios los trabajos que en los últimos años se han dedicado al
realismo jurídico escandinavo, sobre todo en la conocida revista Ratio Juris.
Esto no es de extrañar, puesto que su director, Enrico Pattaro, es, desde los años
sesenta, un experto conocedor y seguidor de esta corriente de pensamiento1.
De todos los autores que la han integrado, ha sido el en parte heterodoxo
Alf Ross (1899–1979) el que más atención ha recibido, tanto por parte de los
estudiosos de la Filosofía del Derecho en general, como por parte de sus más
renombrados exponentes2. Su libro On Law and Justice3 constituye, de hecho,
un clásico de la Filosofía jurídica del s. xx. En cuanto al fundador (junto con
Phalén) de la Escuela de Uppsala, matriz del realismo jurídico escandinavo, del
cual es la cabeza visible, Axel Hägerström (1868–1939), hay que decir que no
se le ha prestado toda la atención que merece, con escasas excepciones, como
la de Pattaro, que le ha dedicado una completísima monografía4. Sobre Karl
Olivecrona (1897–1980), a medio camino en lo que a popularidad se refiere
entre Hägerström y Ross, hay publicados bastantes artículos y una monografía5.

1 Sin ánimo de ser exhaustivo, E. Pattaro, “Validità o verificabilità del diritto?”, Rivista Trimestrale
di Diritto e Procedura Civile (RTDPC), 1968, pp. 721-764; “Diritto, morale e concesioni realistica del
Prefacio a la ed. italiana de la 2.ª ed. de Olivecrona, Law as fact, traducida por el propio Pattaro como
La struttura dell’ordinamento giuridico, Milán, Etas Kompas, 1972, pp. 1-55; Lineamenti per una teoria
del diritto, Bolonia, Cooperativa Libraria Universitaria, 1985 (hay trad. Castellana: Elementos para
una teoría del derecho, Madrid, Debate, 1986).

2 Es el caso, por ejemplo, de Hans Kelsen, “Eine ‘realistische’ und die ‘reine’ Rechtslehre.
Bemerkungen zu Alf Ross: On law and Justice”, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, X
pp. 233-240, que gira, a pesar del genérico título, en torno a Ross.

3 Londres, Stevenson & Sons, 1958. Existe traducción castellana como Sobre el derecho y la justicia

Adicionalmente, véase también de este autor, “Sul realismo normativistico (Hägerström e Hart)”, en
AA VV, Materiali per una storia della cultura giuridica, 1985/2, pp. 327-344. Si uno desea acercarse al
pensamiento de Hägerström tiene a su disposición una interesante recopilación de diversos trabajos
suyos traducidos al inglés en A. Hägerström, Inquiries into the Nature of Law and Morals, trad. de
C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953.

5 Oscar Vergara, El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K.
Recientemente se han publicado algunos trabajos críticos. Apenas explorado queda Vilhelm Lundstedt (1882-1955), cuya obra más destacada es *Legal Thinking Revised*. Por último, como monografías generales sobre el realismo escandinavo se ha reeditado recientemente la de Liborio L. Hierro, pero ya anteriormente existían varias. Bjarup ha publicado un breve resumen hace unos años precisamente en *Ratio Juris*.

No obstante, hay que destacar aquí que antes de que la mayoría de los citados estudios fueran redactados, el prof. Alberto Montoro ya se había venido interesando por esta corriente a través de varios trabajos, que estudian en profundidad diversos aspectos de la Filosofía jurídica de dos de sus principales exponentes, Ross y Olivecrona. Sus aportaciones siguen siendo de actualidad frente a quienes pretenden mantener la plena vigencia del realismo escandinavo. Así cabe citar sus “Notas sobre el realismo jurídico escandinavo” (1972); “Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico” (1974), y “Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico” (1983).

---


7 Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1956.


En 2009 publicó Pattaro en *Ratio Juris* un interesante artículo dirigido a justificar su insólita posición como único “cultivador” del realismo escandinavo\(^{14}\). Se trata de una apología que surge frente a la *amable* indicación del prof. Wróblewski, según la cual el realismo escandinavo ha dejado de ser cultivado en los países escandinavos, siéndolo ahora en Italia, precisamente por el prof. Pattaro; el cual interpreta esta afirmación en el sentido menos amable de que “es ahora un loco en Bolonia […] el que lastimosamente porfía en las aturdidas ideas anticipadas por la Escuela de Uppsala”\(^{15}\). En consecuencia, su apología consiste en localizar y señalar las trazas de realismo escandinavo que, según él, atraviesan el pensamiento contemporáneo a partir de Hart, destacando principalmente la influencia que recibe el propio autor inglés.

Pues bien, el presente trabajo se dirige a atenuar los términos en que Pattaro efectúa esta afirmación.

Al objeto de demostrar su tesis, el profesor de Bolonia destaca cuatro aportaciones principales del realismo escandinavo, a saber: a) la crítica del voluntarismo en favor del normativismo; b) la distinción entre normas y órdenes o mandatos; c) el aspecto interno del Derecho, y d) el papel de las normas constitucionales como reglas de reconocimiento. En todo ello, afirma, los escandinavos han desempeñado un notable papel como precursores de ideas que pueden rastrearse posteriormente a partir del pensamiento de Hart. Sin embargo, esto es en parte discutible por lo que se dice a continuación en relación con cada una de las mencionadas aportaciones.

\(a\) Según Pattaro, Hart reconoce en 1955 que Hägerström es un “precursor de su normativismo”. Como es sabido, Hart rechaza la idea de que las reglas o normas constituyan órdenes o mandatos generales respaldados por amenazas. Si bien es verdad, concede Hart, que existe cierta analogía entre esta idea de lo que una norma es y las normas del Derecho penal o las normas sobre responsabilidad civil, lo cierto es que hay otras muchas normas que no se dejan encajar en este molde, porque cumplen una función muy distinta a la de prescribir conductas\(^{16}\), que es la función de las reglas primarias. Hart denomina a estas normas que no prescriben conductas “reglas secundarias” y las clasifica según su función en tres subtipos.

---


\(^{15}\) **Ibid.**, p. 532.

La “regla de reconocimiento”, que sirve para señalar aquellas características que debe tener una regla primaria para ser considerada como perteneciente al sistema jurídico; v. gr., haber sido dictada por un determinado órgano. Las “reglas de cambio”, que facultan a determinada persona o personas a introducir, modificar o extinguir nuevas reglas primarias. Y, por último, las “reglas de adjudicación”, que sirven para elucidar la eventual transgresión de una regla primaria\(^\text{17}\).

Pattaro tiene, pues, razón al hablar de “normativismo” en Hart. Pero la cuestión es aquí por qué afirma que Hägerström sea el precursor de ese normativismo. Su afirmación se basa en que la regla de reconocimiento de Hart desempeña una posición análoga a la que desempeñan las normas constitucionales en el pensamiento del profesor sueco. En qué consistan éstas se trata más adelante en \(d\). Aquí hay que centrarse en la cita concreta en que, según Pattaro, Hart acepta expresamente la importante contribución (“verdadera aportación”) de Hägerström a su pensamiento, que, a nuestro juicio, hay que atenuar. Es verdad que Hart, en su recensión a la traducción inglesa de los *Inquiries* de Hägerström, pondera que éste evite interpretar las normas constitucionales como actos de voluntad—debido a su crítica de la teoría según la cual las normas son expresiones de la voluntad—, sin incurrir, por tanto en tan “absurda antropomorfización”; pero también es verdad que, de cara a su “normativismo”, Hart limita el alcance de esta aportación cuando la menciona sólo como un apoyo parcial de la idea de la *Grundnorm* kelseniana o, en sus propias palabras, como una “efectiva contribución a la elucidación de una característica que Kelsen consideraba que estaba en la raíz de todo sistema jurídico y que él denominó *Grundnorm*”\(^\text{18}\). De lo que se desprende más bien que la influencia que reconoce Hart es la de Kelsen, y no la de Hägerström, cuya aportación la sitúa en el contexto de coadyuvar a un mejor entendimiento de la mencionada idea. En realidad, lo que verdaderamente está ponderando Hart en el texto que cita Pattaro es la crítica hägerströmiana de la teoría de la voluntad. Por último, es un hecho Hart no cita a Hägerström y sí a Kelsen en *El Concepto de Derecho* al relacionar expresamente otra vez su regla de reconocimiento con la norma fundamental de Kelsen\(^\text{19}\).

\(^{17}\) *Ibid.*, pp. 113-123


\(^{19}\) “Una de las tesis centrales de este libro es que el fundamento último de un sistema jurídico no consiste en un hábito general de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado, sino en una regla última de reconocimiento que establece criterios dotados de autoridad para la identificación de las reglas válidas del sistema. Esta tesis se asemeja en ciertos aspectos a la concepción kelseniana de la norma básica y, más de cerca, a la concepción de Salmond, insuficientemente elaborada por éste de que hay ‘principios jurídicos últimos’.” Hart, *El concepto de derecho*, cit., p. 310 (nota a la p. 125).
b) Por lo que se refiere a la distinción entre normas y órdenes o mandatos, es claro que ésta desempeña un importante papel en el realismo escandinavo. También lo representa en la teoría de Hart, pero en un sentido bastante distinto. En efecto, la distinción entre órdenes y normas es explicada por el realismo empirista escandinavo desde el punto de vista de que, bajo esa óptica, es claro que la relación emisor/receptor de una norma jurídica no puede ser la misma que la relación ordenante/ordenado, al faltar el elemento de sugestión que, por la concurrencia simultánea de ordenante y ordenado, a ésta acompaña. Ahora bien, la teoría de Hart se construye precisamente en oposición dialéctica al planteamiento empirista de Austin, que entiende las normas jurídicas como órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que habitualmente es obedecido. Lo que a Hart le interesa no es, pues, destacar cómo otro tipo de sugestión psico-social mucho más compleja, que entraña factores educativos, ideológicos, temor inconsciente, etc., está detrás de las normas jurídicas que en este sentido son independientes de la relación directa emisor/destinatario, sino señalar la necesidad puramente formal de órganos autorizados por normas secundarias para la producción de normas, lo que, como hemos visto, está más en la línea de Kelsen.

c) Pattaro también opina que el realismo escandinavo se anticipa a Hart en la idea de lo que éste denomina “aspecto interno del Derecho”20, pero esto es discutible21. Como es sabido, Hart distingue entre el punto de vista externo, que es el que adopta aquel observador imparcial que se limita a constatar regularidades de conducta, y el punto de vista interno, que tiene carácter normativo, y que es el que adopta aquel que acepta las normas como modelos correctos de conducta que deben ser respetados22. Pues bien, en este punto hay que decir que el realismo escandinavo no sólo no adopta este punto de vista, cosa que no se le pide, pues está en su derecho de observar empíricamente el Derecho, sino que, precisamente por llevar este punto de vista hasta las últimas consecuencias, la concepción que tiene de lo que es externo e interno en los sujetos, poco tiene que ver con lo que dice Hart.

En efecto, de acuerdo con la ontología de Hägerström, la realidad se determina por referencia al contexto espacio-temporal23. Esto significa que el Derecho se determina por referencia a la conducta social, la cual, obviamente, es un fenómeno

---


22 Hart, El concepto..., cit., p. 70.

externo. Sin embargo, ésta, a su vez, se determina por referencia a un complejo de afectos, emociones y sentimientos que son también reales, pero en este caso de carácter interno, puesto que se producen en el ámbito íntimo de la psique humana. Pues bien, esta vertiente psíquica ¿es lo mismo que el aspecto interno de Hart?

El propio Hart responde a esta pregunta negativamente. En *El concepto de Derecho* dice expresamente lo siguiente: “El aspecto interno de las reglas es frecuentemente representado en forma errónea como una simple cuestión de ‘sentimientos’, por oposición a la conducta física externamente observable”24. Hart, acertadamente, acepta la eventual presencia de compulsiones psíquicas que coadyuven a la eficacia del Derecho; sin embargo, considera que éstas no son ni “necesarias” ni “suficientes” para la existencia de ciertas normas obligatorias. Por el contrario, considera absolutamente preciso que “haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento”25. Ya en 1959, Hart había criticado a Ross porque, escribía, éste “malinterpreta el aspecto interno de las normas como una cuestión de ‘emoción’ o ‘sentimiento’, como una ‘experiencia’ psicológica especial”26.

Pero esto no convenció ni a Ross, que creía haberse anticipado al profesor inglés al haber señalado antes de que él lo hiciera que “la norma social no sólo presupone una regularidad, sino también que la norma sea sentida como ‘socialmente vinculante’ por los seres humanos que la cumplen”27; ni a Olivecrona, que afirmaba que el aspecto interno del Derecho “constituye una parte esencial de el Derecho [entendido] como hecho”28.

Pero esto no es exactamente así. Tiene razón Montoro cuando critica a Olivecrona en una crítica que puede hacerse extensible a Ross29, el

---


29 Esto sin perjuicio del hecho de que sus teorías difieren en que Olivecrona rechaza la teoría predictiva del Derecho que abraza Ross, lo que no pasa por alto Montoro, “Sobre la superación...”, cit., p. 319. Este punto es importante porque Pattaro critica la confusión que se comete después de Hart (a pesar que el propio Hart no cae en ella) al atribuir la concepción predictiva a todo el realismo escandinavo. Cff. Pattaro, “From Hägerström...”, cit., pp. 103-103.
empobrecimiento notable del conocimiento jurídico que supone reducir los fenómenos jurídicos a meras realidades naturales de carácter psicológico y sociológico, pensando que éstas pueden ser suficientemente explicadas en función del principio de causalidad, con lo que se escamotea, añade Montoro, “toda su significación racional y axiológica”30. Esta apreciación es clave para entender que la Psicología lo único —y no es poco— a que puede aspirar es a dar cuenta de los motivos, esto es las causas, que están detrás de la conducta humana. Pero el aspecto interno del Derecho hartiano se sitúa más en el orden de los fines que en el de las causas. Por eso, el profesor inglés habla de que es necesario que concurra una “actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento”31.

Ahora bien, Pattaro, en su artículo de 2009 afirma que se malinterpreta a Hägerström cuando se le atribuye una identificación entre normas y sentimientos del deber. Para el profesor sueco, afirma, las normas no son sentimientos de deber, sino “estados de conciencia de deber o ideas de norma”32. Pero esta aclaración no se entiende muy bien, porque Pattaro no cita a nadie que interprete que Hägerström o cualquier otro miembro del realismo escandinavo identifican norma y sentimiento de deber. Es claro que una norma tiene una existencia objetiva como producto que se formula o positiva a través de una u otra vía. Otra cosa es que con dicha norma vaya asociado algún tipo de emoción o sentimiento, cosa que parece razonable pensar. Esto lo reconoce precisamente Hart, cuando dice que, en efecto, los individuos pueden experimentar en torno a las reglas sentimientos de “restricción o compulsión”, lo que, como hemos ya señalado, no es necesario ni suficiente para explicar la obligatoriedad de las reglas. Es más razonable, pues, interpretar la aclaración de Pattaro en el sentido de que Hägerström no reduce el concepto de obligatoriedad a un mero sentimiento, sino que es algo más. Es, concretamente “la conciencia de una obligación [ett medvetande om skyldighet]”; esto es, no se trata de una emoción, sino de una creencia o una idea 34.

30 Montoro, “Notas sobre el realismo…”, cit., pp. 102-103.
31 Hart, El concepto…, cit., p. 72.
32 Pattaro, “From Hägerström…”, cit., p. 536.
34 Pattaro, “From Hägerström…”, cit., p. 540.
Sin embargo, hay que insistir frente a Pattaro que la mencionada conciencia de obligación poco tiene que ver con lo que Hart quiere expresar con el concepto de “aspecto interno del Derecho”. Aunque una y otro son “actitudes normativas”, por emplear la expresión de Pattaro, la conciencia de obligación, como él mismo señala, es un fenómeno complejo, compuesto por ideas y sentimientos, que es “ocasionado en nosotros a través del condicionamiento social”.35 Por lo tanto, Hägerström está hablando, como confirma Pattaro, de un fenómeno que se explica a través de la conexión de causa y efecto, esto es, de un fenómeno puramente empírico, objeto por tanto de la Psicología y la Sociología del Derecho. Y esto nada tiene que ver con la actitud crítica reflexiva que Hart atribuye a quien adopta el aspecto interno del Derecho, para quien las reglas son obligatorias por una razón, no a causa de un motivo.

d) En este punto, Pattaro vuelve a insistir en la analogía entre la teorización sobre las normas constitucionales que llevan a cabo Hägerström y Olivecrona y la que lleva a cabo Hart en torno a su regla de reconocimiento y que Pattaro resume en la sentencia “no law without norms”. Así, Hägerström nota cómo la autoridad política tiene que aprovechar la constitución vigente si quiere que la regulación de las relaciones sociales que establece tenga alguna eficacia.36 Y Olivecrona hace también depender la eficacia de la legislación, entre otras cosas, de la “general reverencia que se preste a la constitución”.37

Pero, una vez más, hay que decir que se trata de planos distintos. Si la conciencia de la obligatoriedad de las normas jurídicas, en que se basa su eficacia, se alimenta, tanto en Hägerström como en Olivecrona, en la reverencia en que es tenida la Constitución, ello es precisamente porque existe la conciencia de que ésta también es obligatoria. Pero, como estos autores no abandonan el plano meramente empírico, esa conciencia de obligatoriedad de la Constitución, es en realidad un efecto de hecho que tiene una causa de hecho cuya determinación es especialmente característica del realismo escandinavo. En efecto, tanto para el uno como para el otro, la eficacia del Derecho depende de varios factores psico-sociales, uno de los cuales, y no menor, ya que el Derecho no se puede mantener con la sola fuerza, consiste en que originalmente el Derecho estaba estrechamente vinculado a primitivas creencias en poderes mágicos y vínculos


36 Hägerström, Inquieries…, cit., pp. 30-31.

37 Olivecrona, 1939, p. 52.
místicos. Esto explica el insólito aparato formal de que va revestido el Derecho más antiguo, señaladamente el Derecho romano. Hoy en día, opinan estos autores, si bien la creencia en la magia aparentemente ha desaparecido, en realidad permanece a través del elemento formal del Derecho y, en general, a través del lenguaje jurídico. Esto le permite a Olivecrona comparar su teoría del lenguaje jurídico con la teoría de las expresiones “performativas” de J. L. Austin, pues es verdad que con las palabras se hacen cosas. Ahora bien –he aquí la misma diferencia que le separa de Hart– ese “hacer cosas” de Olivecrona consiste simple y llanamente en ser causa de un efecto psico-social, a diferencia de Austin, el cual lo sitúa en un contexto institucional completamente diferente.

En definitiva, desde la perspectiva realista, la Constitución no suministra al individuo, a diferencia de la regla de reconocimiento de Hart, la última razón para la acción, sino, muy al contrario, la Constitución se presenta como una cadena más en una relación de causas y efectos que carece de todo soporte racional. Y esta diferencia parece determinante. Ése es precisamente el gran drama del realismo escandinavo. Como ha señalado Ollero, el Derecho funciona gracias precisamente a que los individuos no se comportan de manera realista. Merece la pena copiar el siguiente texto:

“Reaparece la paradoja. El Derecho funciona realmente gracias a que los que lo hacen funcionar no se comportan con arreglo a una concepción ‘realista’. La máquina del Derecho funcionará de maravilla


39 Por ejemplo, en las XII Tablas aparece la siguiente disposición: “si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto”. Pues bien, según Olivecrona se trata de un enunciado lingüístico que de un modo mágico produce el efecto de transformar la realidad convirtiendo al hijo que ha sido vendido tres veces en libre. Por eso emplea el imperativo que establece que sea libre. Por supuesto, para Olivecrona esto es debido a la fuerza sugestiva, de carácter psicológico, del Derecho. Cfr. Olivecrona, El derecho como hecho, 2.ª ed., cit., pp. 219-220. Por supuesto, Olivecrona atribuye la tesis a Hägerström, quien dedica a desarrollar esta idea el citado Der römische Obligationsbegriff.


41 Sobre este punto he tratado con cierto detalle en Vergara, El derecho…, cit., pp. 155-175.
siempre que los que estimen que es algo más que una máquina la sigan ayudando a funcionar. El ‘realismo’ bordea el cinismo. El Derecho adquiere ‘validez’ gracias a la sintonía de sus normas con la ‘tradición cultural’ o ‘conciencia jurídica material’ de una sociedad. Esta sintonía alimenta la ‘conciencia jurídica formal’, con su secuela de obediencia desinteresada al Derecho en cuanto tal. Pero si el sociólogo puede limitarse a constatar con aire relativista la ‘conciencia jurídica material’, los que realmente la van engendrando actúan sin ningún relativismo. Si para ellos nada fuera verdad ni mentira, se generaría la inconsciencia colectiva”.

Al margen del anclaje racional y axiológico que reclamaba Montoro, la eficacia del Derecho, que es lo único que puede explicar el realismo escandinavo, queda vinculada a oscuras creencias en la magia y en poderes místicos que quienes están en las “posiciones clave”, en palabras de Olivecrona, aprovechan en beneficio de su propio poder. Es por ello que el Derecho queda reducido a mera fuerza, lo que nos devuelve al punto de partida que Hart quería evitar al distinguir con san Agustín, entre las normas jurídicas y las reglas de una gran banda de ladrones.

En conclusión, Pattaro no tiene razón cuando sitúa al realismo escandinavo en la base de los planteamientos de Hart. Primero, porque no es exacto que Hart haga este reconocimiento de deuda. Segundo, porque la distinción entre normas y mandatos no tiene el mismo sentido en Hart que en los escandinavos. Tercero, porque el aspecto interno del Derecho entendido como condicionamiento psíquico se sitúa en los antípodas de lo que Hart pretende con esta noción. Y, cuarto, porque la regla de reconocimiento de Hart se justifica en una necesidad racional, mientras que las normas constitucionales, que según Pattaro desempeñan la misma función en los escandinavos, son en realidad un simple eslabón en la cadena de causas y efectos que, en última instancia, remite a la mera fuerza.

---


43 Olivecrona, Law as fact (1.ª ed.), cit., p. 53.
II

DERECHO NATURAL,
DERECHOS HUMANOS Y
AXIOLOGÍA JURÍDICA
Los frentes abiertos del testamento vital

Ignacio Ara Pinilla
Universidad de La Laguna
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

LOS FRENTES ABIERTOS DEL TESTAMENTO VITAL

| 1. PLANTEAMIENTO |

Las relaciones entre el profesional de la salud y el paciente en los momentos críticos y, en general, el tránsito al final de la vida de quienes desean protagonizar las decisiones cruciales del proceso se han visto notablemente afectados por la propagación de la figura del testamento vital o documento de voluntades anticipadas¹. Estamos ante un documento formal suscrito por un individuo competente que contiene las instrucciones a seguir, para el caso de que se den determinadas circunstancias, por el personal sanitario o por quienes tengan acceso al cuidado de su salud en el momento en el que no pueda aquél formar valedadamente su voluntad y expresarse por sí mismo. El reconocimiento de efectos al documento resulta aparentemente coherente con los sistemas jurídicos de nuestra órbita cultural, que emplazan en el respeto a la autonomía individual una de sus más significativas señas de identidad. Es la autonomía llevada hasta sus últimas consecuencias, la autonomía del individuo precavido que quiere garantizarse su ejercicio más allá de cualquier previsible limitación física o intelectual. Nada habría en principio que objetar a su incardinación como una regla singular de la “segmentación del proceso del morir” que reclama la condición personal del afectado². La presunción de su plena virtualidad jurídica se enfrenta, no obstante, a relevantes cuestiones que tienen que ver con su fundamento, su contenido y la mayor o menor realización del principio de autonomía que a la hora de la verdad pudiera inducir su puesta en práctica.

| 2. LA REFORMULACIÓN DE LA SANTIDAD DE LA VIDA |

La justificación del testamento vital presupone la disponibilidad de la vida, al menos en determinadas circunstancias, por parte de quien lo suscribe. No es ésta, sin embargo, una cuestión pacífica. La disponibilidad se ha objetado con argumentos de diferente calado. Un argumento simplista pero relativamente extendido apela a la vulneración del preeminente derecho a la vida que supuestamente representaría la disponibilidad. El derecho a la vida prevalecería

¹ La utilización indistinta de la expresión presupone la referencia genérica del problema, desconectada de las particularidades de las diferentes regulaciones. A los efectos que nos interesan valdría la indicación de F. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Muerte digna y Constitución. Los límites del testamento vital, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009, pág. 47, cuando identifica “demasiadas denominaciones (nueve) para una misma figura”. La popularizada expresión “testamento vital” ha sido, no obstante, criticada por su imprecisión técnica, igualmente achacable en general a las demás.

² S. RODOTÀ, La vida y las reglas, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2010, pág. 283.
siempre frente a cualquier pretendido derecho a la muerte. La inconsistencia del argumento se revela en la condición estructural del derecho (de cualquier derecho) como una posibilidad susceptible de ser ejecutada por su titular. No tendría sentido hablar de derecho a la muerte porque con ello no se estaría reivindicando otra cosa diferente a la posibilidad de no ejercitar, o, en su caso, ejercitar negativamente, la prerrogativa inherente al derecho a la vida. El mal llamado derecho a la muerte estaría implícito (en ningún caso se opondría) en el reconocimiento del derecho a la vida. La generalizada reivindicación del derecho a la muerte por parte de muchos adalides de la disponibilidad de la vida da cuenta precisa de la difusión de un argumento de indiscutible fuerza emotiva, pero carente (como lo sería la oposición del derecho a guardar silencio frente a la libertad de expresión) de solidez\(^3\). Los detractores de la disponibilidad de la vida han conseguido llevar en buena medida a sus contrincantes al terreno de juego que más les conviene (la contraposición de derechos) obviando las dificultades inherentes a su propuesta. Estas sólo podrían ser resueltas reconociendo en la vida el valor supremo, anteponible a cualquier derecho individual.

El argumento de la santidad de la vida se presenta normalmente como un enemigo declarado de su disponibilidad. En su acepción más amplia vendría a decir que la vida representa un valor tan importante que no puede dejarse a expensas de lo que con ella se quiera hacer. Así entendida, la tesis goza de un inequívoco respaldo social. Todos reconocemos en nuestra vida (y en la de los demás) un bien de valor inestimable. El problema es que esa prevención frente a lo que, vulnerando su carácter sagrado, se pudiera hacer ha degenerado en una estricta interdicción de su supresión, que en el fondo vendría a dejar incólume, cuando no a legitimar indirectamente, otros usos no menos discutibles de la misma. En estas circunstancias el deseo de controlar cada cual la forma de morir vendría a suponer un “fuerte revés” para la ética de la santidad de la vida\(^4\), que no podría dejar de condenar los instrumentos (el testamento vital entre otros) habilitados para el caso. Su progresiva utilización evidencia la crisis de un principio cuya inevitable decrepitud parecen algunos dar por descontada\(^5\). El triunfo de la autonomía individual sobre la santidad de la vida, que atestigua la relevancia del testamento vital, no podía dejar de generar una cierta incomodidad en quienes

---

\(^3\) El planteamiento se complejiza, no obstante, en la versión que incorpora otros derechos diferentes al conflicto. Así, V. FROSINI, “The living will and the right to die”, *Ratio Juris*, vol. 8, n.3, 1995, págs. 349-357.


(la generalidad de los individuos) reconocen en la vida propia el patrimonio más importante de su ser. Es como si la afirmación del yo que representa el ejercicio de la autonomía hubiera de redundar en un deterioro del propio yo, que paradójicamente vendría a corromperse con su activación. El individuo se enfrentaría atrapado en el dilema de relativizar el sentido de su consideración como ser autónomo o relativizar el valor supremo que tradicionalmente ha venido atribuyendo a su vida. En esa dramática disyuntiva las soluciones afloran inevitablemente contradictorias, intuitivas, ajenas a cualquier posible escrutinio de su justificación, porque no es fácil baremar la densidad normativa de dos principios que a primera vista parecieran traslucir una relación de coimplicación, en ningún caso de contraposición.

La complejidad del dilema se disuelve en gran parte, no obstante, con una reconsideración del significado del principio de santidad de la vida que permita un planteamiento más preciso de la cuestión. Y es que en su sentido más manifiesto lo que viene a prohibir el principio es que se devalúe el significado de la vida auspiciando usos impropios de la misma. Su vulneración vendría dada por la impropiedad del uso que se diera a la vida, que no necesariamente habría de consistir en su supresión. Es una cuestión semántica, pero que no deja de tener su importancia, fundamentalmente por la inadvertencia con que se ha transitado desde la interpretación amplia (más conforme con el uso habitual de las palabras) a la visión restrictiva, supuestamente tecnificada, que identifica en la supresión el único uso impropio de la vida proscrito el principio en cuestión. Vistas así las cosas, habría que analizar si el ejercicio de la autonomía que supone la articulación y puesta en práctica del testamento vital representa o no una proyección de la santidad de la vida, cuya efectividad nadie debiera en caso afirmativo obstaculizar. Se hace preciso a tal fin dilucidar cuáles son las propiedades que atribuyen a la vida ese valor preeminente. La primera candidata es su singularidad como presupuesto de cualquier realización individual. Está claro que sin el soporte existencial nada puede hacer el individuo, ningún nivel de desarrollo puede alcanzar, ningún espacio queda para su libertad. Esta es una explicación respetable, que por lo demás anida en la base del argumentario más común en favor de la indisponibilidad. Pero no es una propiedad que agota el sentido de la santidad de la vida.

El valor de la vida no se reduce a su condición subsistencial, sino que reclama su consideración como un atributo de un ser individual que la dota de un conjunto de criterios que definen su carácter unitario e intransferible. El ser humano representa una suma de intereses críticos y de experiencia que configuran el sentido integral de su vida. El relato de la vida es la conformación de una estructura que define la personalidad de cada cual. La formulación jurídica del libre desarrollo de la personalidad impone la necesidad de respetar
las exigencias emancipatorias que permiten al individuo ser más genuino y singular, en buena medida por haber asumido unos intereses críticos y unos criterios de buena vida en un cierto contexto de incondicionalidad, relativa en cualquier caso, porque no podría ser de otro modo. Pero al final cada individuo es lo que es y conforma una vida diferente de la de los demás en sus criterios, en sus aspiraciones, en sus intereses, en su temperamento. Cierto es que el sentido de la vida que cada individuo estructura es susceptible de valoración, siempre desde una perspectiva vital igualmente concreta, por compartida que sea. Pero ello no empece su pleno significado como distintivo de la individualidad. Obvio es decir que si se quiere reconocer en la vida un valor inmanente no se puede hacer abstracción de ninguno de los elementos que conforman su dimensión inmaterial. La santidad de la vida se identifica así como la santidad del valor que para el individuo representa ese conjunto de elementos que definen su propia vida. El principio como tal no puede dejar de formalizarse de manera general, pero reclama una visión inevitablemente subjetiva, como respeto a las exigencias de la vida estructurada por cada cual a su manera. Un respeto que, por la particularidad de las circunstancias, se hace tanto más apremiante en el momento final. Las decisiones que el individuo pueda tomar al respecto deberían interpretarse en clave integral, como una manifestación concreta del sentido que ha ido dando a una vida que vale por lo que es en su complejidad, no únicamente por lo que supone como soporte material de la existencia.

No se trata de escapar a las exigencias de la condición humana, como condición compartida por todos los miembros de la especie. Pero semejante condición se proyecta en la configuración de personalidades singulares, con vidas estructuradas que reclaman un respeto integral. La “deriva liberticida” que tantas veces asume una representación pacata del valor de la dignidad debiera sustituirse por una visión global de su sentido. La dignidad constituye un muro infranqueable en el tratamiento de cualquier cuestión personal, y en particular en el de las que atañen al final de la vida, pero, como tal, se hace patente en la indelgable exigencia del respeto a la personalidad individual. El derecho que cada uno tiene a ser tratado con dignidad es en buena medida “el derecho a que otros reconozcan sus intereses críticos genuinos” y actúen en consecuencia.

---

6 R. DWORINK, El dominio de la vida, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, Ariel, Barcelona, págs. 260-284.


8 R. DWORINK, op. cit., pág. 308.
La lógica bien entendida del principio de santidad de la vida exigirá la reconstrucción, inevitablemente subjetiva, del sentido general de la vida del afectado, cuando éste no esté presente o no pueda válidamente expresarse al respecto, y la consideración puntual de su manifestación en caso contrario. No habría en este sentido contradicción entre los principios pretendidamente incompatibles de autonomía y de santidad de la vida, porque las exigencias que impone la santidad de la vida encuentran su vehículo natural en la participación autónoma del sujeto. Tampoco habría contradicción con los requisitos de la tesis de los mejores intereses, porque tales intereses no serían únicamente los intereses de experiencia; serían también los intereses críticos que tendría que reconstruir el órgano decisor cuando, a falta de previsión personal al respecto, hubiera de dar aplicación al principio de santidad de la vida.

El testamento vital se presentaría, desde luego, por lo que tiene de confesión de parte, como un instrumento idóneo para la mejor reconstrucción del sentido integral de la vida que reclama la aplicación del principio de santidad, rectamente entendido, a las cuestiones conflictivas que genera el final de la vida. Su condición de expresión puntual de la autonomía individual requerirá la precisa delimitación de su contenido y la valoración de los efectos que pudiera implicar en orden a la mejor implicación del principio que los sustenta.

### 3. EL CONTENIDO NORMATIVO DEL TESTAMENTO VITAL

La relevancia de los bienes en juego, la irreversibilidad que tendría la supresión de la vida operada en ejecución de las instrucciones adelantadas, y en particular el desfase de tiempo y materia que media entre la manifestación de voluntad y su hipotética realización obligan a ser muy cautelosos en su puesta en práctica. Se impone en este sentido la activación de los diferentes instrumentos de garantía que aseguren la competencia del sujeto y, en la medida de lo posible, la congruencia entre la voluntad expresada y el supuesto que reclama su aplicación. Todo ello se proyecta en la estricta cumplimentación de determinados requisitos formales y en la mayor especificación posible de los supuestos y circunstancias que pudieran constituir el presupuesto de la aplicación de la voluntad anticipada. De sobra está decir que la imprecisión de los supuestos contemplados en el documento y su posible contradicción con el derecho establecido llevaría aparejada su desestimación.

---

Es, no obstante, razonable que quien suscribe el documento no tenga por qué atenerse necesariamente a la letra de la ley (ni tan siquiera conocerla) a la hora de configurar lo que no es más que una expresión de voluntad, condicionada desde luego en su eficacia por las exigencias que impone el respeto del sistema jurídico. No se podría pretender que los trabajadores de la sanidad llevaran el cumplimiento de la voluntad expresada hasta un extremo que supusiera, por acción u omisión, la inobservancia de sus deberes profesionales. Pero tampoco habría por qué proscribir la posibilidad de que el documento especificara la voluntad de realización de ciertas acciones u omisiones para el caso de que estuvieran reconocidas por el ordenamiento jurídico en el momento de su aplicación. La expresión de una voluntad sometida a condición no constituye en sí misma un ilícito, por más que lo pudiera ser la ejecución de semejante voluntad cuando no se diera la condición requerida. El aplazamiento de los efectos previstos en el testamento vital abre la posibilidad de su futuro reconocimiento legal. No resultaría razonable, en consecuencia, que un documento que se supone expresión inmediata de la autonomía individual pudiera cercenar de entrada sus posibilidades de aplicación cuando no resultara ésta interferida en el correspondiente momento puntual por una prohibición legal, con independencia de cuál hubiera sido la intrahistoria del tratamiento jurídico del asunto. La previsión que traduce el testamento vital no debiera autolimitarse por una imposibilidad legal que bien pudiera desaparecer en el futuro. La conducta del personal sanitario deberá regirse por el régimen vigente en el momento de su realización, no por el aplicable en cualquier otra circunstancia temporal, eventualmente en la ocasión de la suscripción del documento en cuestión. No hay motivo para limitar las posibilidades de realización de una voluntad que no necesariamente habría de impeler ningún comportamiento antijurídico, en razón precisamente de que la propia realización de la conducta prevista se encuentra sometida a la condición que marca su futuro y siempre hipotético reconocimiento legal.

No falta quien ha objetado este razonamiento por el déficit de seguridad jurídica que pudiera provocar, esgrimiendo la necesidad de que la conducta requerida del personal sanitario fuera conforme al sistema jurídico en el momento de la formulación del testamento vital. Cierto es, desde luego, que la circunstancia de que la realización de la conducta requerida quedara a expensas de su futura conformidad con el sistema establecido elude la posibilidad

---

del control de legalidad que pudieran llevar a cabo de forma preliminar los funcionarios encargados de viabilizar el documento en cuestión. Pero esta objeción (que por lo demás carecería de sentido en los sistemas en que basta la presencia de testigos para la validación del testamento vital) tendría fácil solución promoviendo un control a posteriori. El personal sanitario no tendría entonces motivo para argumentar ningún supuesto resquebrajamiento de su seguridad, dispondría de toda la información que le permitiera saber a qué atenerse. Si acaso podría entenderse limitada la seguridad jurídica del propio suscribiente del documento, a quien la formulación de su voluntad no le garantizaría, por el propio sometimiento a la condición, que la misma fuera llevada a cabo en su momento. Pero éste es un coste que sin duda estaría dispuesto a pagar quien pretende hacer valer su voluntad contra viento y marea, en la esperanza de que las modificaciones legislativas oportunas permitan que su empeño fructifique.

Pero es que tampoco está siempre clara la conformidad o no a derecho de la conducta. Ciertamente, el control de legalidad requerido para la formulación del documento permitiría eliminar dudas al respecto. Sería, no obstante, a costa de cortocircuitar la posibilidad de que el desarrollo legislativo llegara a alcanzar una mayor adecuación a los valores implícitos en el reconocimiento del derecho a la vida. No cabe, desde luego, esperar de un control de legalidad sobre una cuestión semejante una desenvoltura interpretativa que apurara las posibilidades de superar el listón que marca la realización del objetivo de la supervivencia (de la prolongación de la supervivencia) del afectado. Nada se perdería en este sentido con el aplazamiento del control de la legalidad al momento de la ejecución del testamento vital, que, por el contrario, dejaría las puertas abiertas tanto al cambio legislativo como a una interpretación más acorde al sentido material de los valores jurídicos en juego.

El asunto cobra un significado especial en relación a la disyuntiva acción-omisión como modo de ejecución de la voluntad del afectado. El paciente puede solicitar que el personal sanitario o quien tenga acceso al cuidado de su salud execute una conducta concreta que pudiera dar como resultado su fallecimiento, o bien se abstenga de llevar a cabo comportamientos normalmente encaminados a retrasar su llegada. El resultado final es el mismo, pero la sensibilidad social se ha manifestado tradicionalmente de manera diversa, estimulando una regulación diferenciada.

La legitimación de las conductas de mera abstención se enmarca paradigmáticamente en el tema del encarnizamiento terapéutico. Un problema espinoso en el que la ética médica se veía obligada a moverse de manera
prudencial ante la imposibilidad de vislumbrar una foto fija del umbral del sinsentido del tratamiento. La implicación del principio de autonomía a través del consentimiento informado contribuyó, sin duda, a descargar buena parte de la responsabilidad de quienes se veían obligados a tomar decisiones drásticas sobre la base de la irreversibilidad del estado del paciente. Viene ello en buena medida a explicar la relativa facilidad con que se ha dado virtualidad al testamento vital en tal supuesto. Claro está que tampoco la mera mención a la irreversibilidad del estado del paciente resuelve de suyo el problema. Un diagnóstico de irreversibilidad no prejuzga la duración ni la calidad de la vida condenada a la extinción. Ni siquiera la situación de inconsciencia del enfermo podría dictaminar con un criterio firme y resuelto cuál es el momento en que esa vida deja de valer como tal para convertirse en una vida artificialmente prolongada. De ahí la conveniencia de que, sin desdoro de la claridad exigible, resulten lo más matizadas posibles las cláusulas contenidas en el documento en cuestión.

Cabe también que, sin llegar a ser tan dramática la situación, exija el enfermo que se le dejen de practicar los cuidados necesarios para garantizar su supervivencia. El deseo de no constituir una carga económica, el sentimiento de indignidad ante la representación de su estado, el malestar por la imposibilidad de gestionar por sí mismo sus asuntos, etc. subyacen a este tipo de decisiones. La mayor o menor sensibilidad ante situaciones de índole tan diferente explica que el rechazo del tratamiento sea considerado como un “derecho de geometría variable” en los distintos sistemas jurídicos. Pero ello no empece su operatividad como un relevante elemento configurador del sentido final de la decisión. La coartada del dolor cobra, desde luego, vida en este tipo de asuntos, aunque pueda ser un dolor no estrictamente físico. Y es que también el sufrimiento sicológico puede resultar insoportable. De sobra está decir que lo deseable en estos casos es que el paciente manifieste puntualmente su voluntad, dictaminando el momento exacto en que desea que le sea retirado el tratamiento. Cabe, no obstante, que, cualquiera que sea la futilidad de los costes implicados, el paciente adelante la previsión de su falta de competencia, formulando en el correspondiente documento su voluntad al respecto, por más que no quepa imaginar una directa implicación de la enfermedad en la pérdida de competencia. La incompetencia natural que produce el transcurso del tiempo abre la misma vía a la ejecución del documento que la más estrechamente vinculada al progreso de la enfermedad.

Un cariz diferente presenta el tema de la intervención activa en el ocasionamiento de la muerte del enfermo. La incorporación de cláusulas de semejante tenor suscita indiscutibles reparos ante la perspectiva de que pueda nadie verse obligado a matar por sí mismo a un ser humano que dispone todavía de una cierta perspectiva temporal de supervivencia, por muy infausta que ésta sea. Habría, no obstante, que preguntarse cuál es el criterio que inspira este tipo de reservas, lo que nos remite al fundamento general de la conducta en cuestión. La eliminación del dolor se presenta en este punto como el candidato más adecuado. De hecho, la retirada de la asistencia que rechace el paciente se inspira normalmente en la eliminación del sufrimiento físico o sicológico que ocasiona su supervivencia. Este razonamiento se desvitría cuando la realización del efecto deseado reclama la presencia de un comportamiento activo por parte del destinatario del testamento vital. La paradoja es que el individuo que tiene “la mala suerte de sobrevivir de forma natural” se encuentra en peor posición que quien mantiene una supervivencia vinculada a un apoyo externo irremplazable, por más que pudiera en el primer caso resultar mucho más grave e insoportable el sufrimiento que le lleva a expresar la voluntad de poner fin a su vida. Nos encontraríamos así ante una “discriminación por condición personal”, pues la condición de no dependiente de ningún apoyo externo para mantener la vida operaría en contra de quien se encuentra en la misma situación (cuando no en una aún más grave) que los demás en lo que concierne a la presencia del fundamento material del comportamiento requerido\textsuperscript{12}. Una discriminación que no puede encontrar amparo en el carácter exorbitante de la acción reclamada al personal sanitario, a quien siempre resultaría aplicable el entramado de deberes y objeciones que regulan el ejercicio de su profesión\textsuperscript{13}. Obvio es decir que la inexistencia de posibilidad legal de cooperar activamente a la realización del efecto reclamado en el testamento vital haría ineficaz a su contenido. Pero nada obsta la pertinencia de semejante cláusula en los términos de condicionalidad antes apuntados para su realización.

Por lo demás, el testamento vital incorpora en ocasiones (es conveniente que incorpore) el nombramiento de un representante de quien lo suscribe, que actúa como depositario de la confianza de éste para poder transmitir al personal sanitario una interpretación más precisa y clarividente de su voluntad.

\textsuperscript{12} S. RODOTÀ, op. cit., pág. 287.

\textsuperscript{13} La objeción de conciencia al respecto es considerada, no obstante, por I. GARCÍA PRESAS, Clases de testamentos, Dykinson, Madrid, 2011, pág.131, como muestra palpable de que “todavía no podemos hablar de una secularización de la medicina al final de la vida.”
Es un sujeto interpuesto entre el emisor y el destinatario de las instrucciones que interpreta el texto en su adaptación a las concretas circunstancias del caso. Proporciona en este sentido una interpretación autorizada de la voluntad del suscribiente, bien a través de los diferentes indicios que permiten calibrar su sentido, a los que puede haber tenido acceso por razón de la cercanía con el paciente que inspira su nombramiento, bien sobre la base del propio relato transcrito en el documento. La inserción de su nombramiento en el testamento vital resulta en este sentido de indiscutible utilidad con miras a la intelección del sentido genuino de la voluntad de quien no se encuentra ya en condiciones de ponerla de manifiesto.

4. LAS DIFICULTADES DEL TESTAMENTO VITAL PARA LA OPTIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

La inexistencia de una relación de incompatibilidad entre la disponibilidad de la vida que presupone el testamento vital y las tesis de la santidad de la vida y de los mejores intereses no difumina su significado como proyección natural de la autonomía del afectado. El testamento vital se presentaría de este modo como un “contenedor de la autodeterminación individual” en el ámbito de la salud. Así lo conciben sus otorgantes, sus destinatarios y el propio sistema jurídico que dictamina las limitaciones de contenido del documento como restricciones justificadas por la presencia de valores en conflicto. En lo demás se supone que los requisitos establecidos para su puesta en práctica representan garantías para la mejor realización del principio en cuestión. Los reparos al testamento vital adoptan en general el punto de vista de la relativización del principio de autonomía cuando está en juego la vida humana. No necesariamente son reparos anti-autonomistas, pero denotan un cierto desasosiego ante la insuficiente captación del peso específico de los valores implicados, que pudiera en su caso abonar una barrera al explamamiento de la autonomía individual. Su función instrumental al servicio de la mejor realización de la autonomía del afectado se da en cualquier caso por descontada.

14. L. GONZÁLEZ MORAN, “La figura y función del representante en la legislación sobre instrucciones previas”, en S. Adroher Biosca, F. Montalvo Jääskeläine (directores), Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 642, apunta en este sentido la conveniencia de la participación conjunta del representante con el médico y el afectado en la elaboración del documento. Es, no obstante, una tesis ideal que no encuentre normalmente correspondencia en la realidad de los hechos.

La idoneidad del testamento vital como instrumento técnico para la optimización del principio de autonomía abre sin embargo algunos interrogantes si tomamos distancia con respecto a la perspectiva del otorgante del documento. Está claro que su otorgamiento constituye un puntual ejercicio de su autonomía, realizado además con intención de proporcionarle mayor proyección posible\textsuperscript{16}. Pero una cosa son los deseos, y otra, muy diferente, los resultados. En cualquier caso, la consideración global del significado del testamento vital habrá de valorar los resultados que éste ofrece también desde una perspectiva social, esto es, como un instrumento que garantice, o cuando menos no perjudique, la realización autónoma de todos, sean o no otorgantes del testamento vital. De otro lado, habrá que considerar también si la suscripción del documento no puede llegar a obstaculizar el efecto autodeterminante de otras manifestaciones de la voluntad del sujeto más inmediatas a la presentación del problema cuando está en cuestión su competencia. Finalmente nos ocuparemos del tema de la inidoneidad técnica del profesional de la salud para la mejor captación del significado de enunciados lingüísticos formulados con propósitos normativos.

El otorgamiento del testamento vital es una opción individual. Denota una voluntad manifiesta de autodeterminación. Pero no representa ninguna imposición. Nadie está obligado a otorgarlo. El hecho de que un sector de la población decida utilizar semejante instrumento y otro sector, probablemente mucho más numeroso\textsuperscript{17}, se abstenga de hacerlo podría suscitar la creencia de que estos últimos no tienen un particular interés en la realización de las implicaciones inherentes a su autonomía en las cuestiones vinculadas con la atención a su salud. La inexistencia del testamento vital ofrecería así al médico la coartada perfecta para eludir el compromiso que representa la consideración integral del valor de la vida como una encrucijada de intereses críticos que estructuran una personalidad singular que no debería ver menoscabada su autenticidad en los momentos postreros de su existencia. En ausencia del instrumento establecido


\textsuperscript{17} M. C. QUIJADA GONZÁLEZ y G.M. TOMAS Y GARRIDO, La voluntad prospectiva en el ámbito sanitario, Fundación Universitaria San Antonio, 2011, págs. 67-122, han mostrado la escasa aceptación social del testamento vital en España, en la línea, aun por razones diversas, de lo sucedido en Estados Unidos.
para vehicular la expresión de su voluntad autónoma prevalecería, conforme a esta opinión, el valor (indiscutible por lo demás) que representa la preservación del soporte de la existencia. Es un planteamiento perverso que hace recaer sobre el paciente la carga de la prueba del valor integral de su vida, o por lo menos de su interés de ponerlo en juego. Una solución fácil al problema sería imponer la suscripción del documento. Tan fácil como inapropiada. Nadie debería ser obligado a plantearse cuestiones tan sensibles, ni mucho menos a manifestar su voluntad al respecto. Es probable que no se tenga formada una opinión firme sobre ellas, o que, aun teniéndola, se prefiera no declararla. El planteamiento obligado del problema representaría una agresión intolerable sobre la personalidad individual, tanto más grave cuanto más inmediato se presenta el final. Habría en este sentido que preguntarse si no se está obligando de alguna manera al individuo a otorgar el testamento cundo se hace depender de su suscripción la producción de un efecto que debiera tener un carácter general. La agresión se reproduciría bajo la forma de una libre opción que oculta en realidad el dramatismo de una injustificada presunción de renuncia a la propia dignidad del afectado. Flaco favor se hace a la autonomía individual cuando se impone la realización de una conducta que presupone la consideración del fin de la vida.

Se podría contraargumentar nuestra tesis aduciendo que la desconsideración del problema denota ya una cierta personalidad, un sentido de la vida muy diferente al que pone de relieve quien suscribe el documento. El argumento vale sólo en parte. Cierto es que la suscripción proporciona relevantes indicios sobre la personalidad del sujeto (a quien se supone responsable, preocupado por hacer valer hasta las últimas consecuencias el sentido de su vida). No lo es menos que la renuncia a hacerlo o la desconsideración del problema constituye también un elemento de la genuina identidad de cada cual. Pero ninguna conclusión podemos de ello extraer acerca del sentido de esa identidad, ni del interés que el afectado pueda tener en garantizarse su respeto en el trance de la muerte. Las decisiones críticas a adoptar en ese momento deberían tomar como referencia el mejor interés del paciente, que no es otro que ese mismo respeto a una identidad que se ha manifestado de muchas maneras a lo largo de su existencia. La desconsideración del problema por parte del afectado (o la no expresión de su voluntad en un documento formal) no excusa el deber del personal sanitario

18 J. P. SOULIER, Morir con dignidad, trad. de J. M. López Vidal, Temas de Hoy, Madrid, 1995, pág. 87, considera “discutible” el sometimiento de una persona mayor a “un cuestionario en el que se evoca un futuro de incapacidades o de complicaciones terminales”, auspiciando en su caso que el médico lo presente, llegado el caso, como un asunto protocolario.
y de quienes pueden influir sobre las decisiones a adoptar de reconstruir la personalidad global del paciente para inducir la respuesta más coherente con las claves de su identidad. No se trata de deslegitimar de entrada la preservación de la existencia cuando no haya una seguridad (que no podría dejar de ser indiciaria) de que la personalidad del paciente reclama otro tipo de solución. La prudencia ante el riesgo de “falsos positivos”\textsuperscript{19} debería ciertamente presidir el planteamiento de este tipo de problemas. Pero ello no exime la necesidad de dar al planteamiento un sentido global, tomando en consideración todos los elementos de su personalidad con miras a adoptar decisiones que proyecten (que intenten proyectar) el sentido preciso de su autonomía individual.

La segunda dificultad que ofrece la idea del testamento vital como instrumento idóneo para la optimización de la autonomía atiende al carácter estático de la firma del documento. Está claro que el documento refiere la voluntad del sujeto en un momento determinado. Cabe la posibilidad de que el sistema de valores del individuo, su posición ante la enfermedad y la muerte e incluso el sentido integral de su personalidad que denota el relato de su vida hayan experimentado una profunda transformación sin que el afectado se haya tomado la molestia de revocarlo. Resultaría demasiado duro sancionar esa falta de interés con la consagración de unos efectos que reflejan una forma de ser pretérita, que poco tiene que ver con su actual personalidad. El problema tiene su enjundia, porque la identidad individual está en continua evolución destilando experiencias e influencias imprevisibles que pueden inducir una cierta oscilación de las respuestas a los problemas críticos. La solución es en cualquier caso relativamente sencilla. Basta con atribuir al documento un concreto plazo temporal de vigencia, transcurrido el cual quedaría sin efecto en caso de no resultar renovado\textsuperscript{20}. El otorgamiento del testamento (y su no renovación) resultaría en cualquier caso un indicio entre otros a tomar en consideración. Pero perdería su papel como manifestación puntual de una voluntad que pretende perpetuarse en el tiempo.

El problema adquiere un tono muy diferente cuando, por la razón que sea, pierde el sujeto la competencia para decidir por sí mismo y, manteniendo su

\textsuperscript{19} D. RODRÍGUEZ ARIAS, \textit{Una muerte razonable. Testamento vital y eutanasia}, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2005, pág. 37.

capacidad de expresión, se manifiesta de manera firme y continuada en sentido contrario a lo expresado en el testamento vital. Nada tiene de extraño que así sea, sobre todo cuando la incompetencia viene asociada al proceso degenerativo que conlleva la edad. Cabe perfectamente imaginar que el paciente que conserva sus intereses de experiencia, que le inducen a disfrutar los placeres y satisfacciones inherentes a la subsistencia, y ha perdido sus intereses críticos, que le llevaron a decidir que no se le mantuviera con vida en las circunstancias del caso, entre en contradicción consigo mismo, porque en cierto modo al perder esos intereses críticos ya no es el mismo que fue. El individuo permanece consciente, pero resulta incompetente. Está claro que en estos supuestos el paciente no podría, en virtud de su incompetencia, firmar un documento con instrucciones de obligado cumplimiento. Su autonomía, el respeto que merece su dignidad, no resultarían afectados por ello. Pero la cuestión es saber si ese paciente que ha perdido su competencia conserva (debe conservar) la posibilidad de anular los efectos que el mismo previó, en ejercicio de su autonomía para que le fueran aplicados cuando no estuviera en condiciones de formular válidamente su voluntad. La lógica de la autonomía llevaría a dar prevalencia a las disposiciones del testamento vital. Pero resultaría muy inclemente privar de la vida a un individuo que, desde su incompetencia, se aferra a ella poniendo continuamente de manifiesto expresa o implícitamente (a través del disfrute de sus intereses de experiencia) su deseo de conservarla.

Un matiz relevante se plantea cuando la pérdida de competencia resulta temporal, al ir asociada a una enfermedad pasajera o a los efectos de un accidente que permite barruntar la recuperación del afectado\(^1\). El seguimiento de la lógica de la versión del mejor interés que prescinde del principio de autonomía generaría consecuencias irremediables para el sujeto que ha experimentado los efectos de una medicación incompatible con sus intereses críticos. Es el caso del testigo de Jehová que, habiéndose opuesto a cualquier transfusión, exige a sus médicos, una vez perdida su competencia, que se proceda a ella, al resultar imprescindible para la realización de los intereses de experiencia que implica la supervivencia. La recuperación de la competencia, superado el proceso que la canceló, le emplazaría ante unos hechos consumados que conllevan la irreversible vulneración de su

---

\(^1\) El asunto se complica en la eventualidad, apuntada por A. DOMÍNGUEZ LUELMO, “La expresión anticipada de voluntades en el ámbito sanitario: el documento de instrucciones previas”, en M. Gómez Tomillo, J. J. López-Ibor, J. A. Gutiérrez Fuentes, Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia, Unión Editorial, Madrid, 2008, pág. 148, de que el documento expresara la voluntad de que no se aplique tratamiento en el caso de sufrir un trastorno siquiátrico recuperable.
autonomía\textsuperscript{22}. La conducta del médico resultaría seguramente justificada con arreglo al criterio de prudencia aludido, y sobre todo porque una personalidad que sólo mantiene intereses de experiencia no deja de ser una personalidad que merece todo el respeto, el mismo que se reconoce a la personalidad que conjuga los más complejos intereses críticos. Pero no deja por ello de representar una agresión al principio de autonomía. Claro está que no es una agresión inducida por el testamento vital que, antes bien, se sitúa en el frente contrario. No obstante, en la medida en que se produce en una situación que se pretende regida por él, habría que preguntarse si es éste precisamente el instrumento idóneo para la optimización del principio de autonomía y si no cabe imaginar una solución que, prescindiendo de la lógica del testamento vital, auspicie una consideración de la tesis del mejor interés del paciente compatible con una versión más matizada del principio de autonomía, que diligencie la legitimidad de la expresión de una voluntad del sujeto coherente con sus propios intereses, aunque hayan éstos perdido la entidad que permite en propiedad considerarlos como intereses críticos.

En otro orden de cosas, se refiere también la discutible competencia del receptor del mensaje contenido en el documento en el ámbito del análisis del lenguaje. Los problemas concernidos en el testamento vital se suscitan en un contexto de “genuina autoridad” que concibe al paciente como beneficiario de conocimientos técnicos ajenos\textsuperscript{23}. La generalizada asunción del buen sentido de sus dictámenes dota a la actividad médica de una legitimación social avalada por el atesoramiento de unos conocimientos técnicos que constituyen el santo y seña de su profesión. Se corre en estas circunstancias el riesgo cierto de transferencia de la autoconciencia de su legitimación para decidir el tratamiento idóneo para mejorar el estado físico del paciente a su, más que discutible, legitimación para interpretar los enunciados normativos del testamento vital en su aplicación a un problema que, por la peculiaridad de las circunstancias temporales, materiales, etc. que le rodean, no puede ser resuelto en términos estrictamente silogísticos. El médico asume en este punto una “responsabilidad añadida” a sus funciones estrictamente profesionales\textsuperscript{24} que bien pudiera derivar en la imprecisa captación

\textsuperscript{22} R. DWORKIN, op. cit., págs. 297-298.


de la voluntad del afectado. Claro está que esa responsabilidad añadida se produce en cualquier caso, aun en ausencia del testamento vital, pero su otorgamiento puede servir de disculpa para enmascarar como estricta aplicación de la voluntad del paciente una decisión desvinculada en parte del sistema de valores que éste hubiera pretendido reflejar en el documento correspondiente.

Los aspectos referidos no empañan el juicio favorable que merece el testamento vital como cauce para la realización de la autonomía individual. La confirmación de su disponibilidad general como criterio de decisión de los problemas éticos del final de la vida desempeña una importante función en la autoconciencia del individuo como protagonista de las decisiones que en mayor medida comprometen sus intereses. La incertidumbre que suscita la incompatibilidad de los designios en él expresados con la voluntad manifiesta del enfermo que deviene incompetente sin perder su consciencia y capacidad de expresión reclama una agudización del sentido preciso de la autonomía como expresión del mejor interés del afectado. Su toma en consideración por parte de un órgano no especializado en la interpretación del lenguaje normativo representará probablemente un condicionante, cualquiera que sea el sentido de la recepción del enunciado contenido en el documento, de la decisión a adoptar, reforzando la intelección de la medicina como una actividad enderezada al servicio de la visión integral de la vida que proyecta la manifestación de la autonomía individual que representa el testamento vital.
Los derechos fundamentales en un modelo de cárcel telemática

Nuria Belloso Martín
Universidad de Burgos
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN MODELO DE CÁRCEL TELEMÁTICA¹

| 1. A VUELTAS CON LA FILOSOFÍA PENAL |

La sociedad moderna debe superar la idea de que las prisiones son el destino inevitable al que están abocadas todas las personas que incumplen las normas penales. En el siglo XXI hay instrumentos nuevos para hacer frente con eficacia y eficiencia a las necesidades de nuestro sistema penal. Frosini, ya en 1982, vaticinó que la introducción de estas nuevas tecnologías comportaba la aceptación de un nuevo tipo de sociedad². El gran reto es el de modernizar el sistema penitenciario, utilizar tecnologías nuevas de control que, junto con otras medidas, permitan mejorar la seguridad pero también proporcionen un sistema rehabilitador.

El tema de la justificación de la pena abre varios interrogantes sugerentes. Aquí no vamos a ocuparnos de “por qué castigar” sino más bien de “cómo castigar”³. Es decir, reflexionaremos sobre el modo de implementación de la pena, prestando especial atención a las penas de prisión, y cómo la sociedad tecnológica influye en los centros penitenciarios, dando entrada a elementos novedosos en el contexto de una cárcel “telemática”. Sin embargo, hay que analizar con cautela los nuevos instrumentos ya que acaban afectando al ejercicio de los derechos fundamentales de los penados.

La polémica entre los defensores de un derecho penal máximo y los partidarios de un derecho penal mínimo sigue abierta. El derecho penal máximo va ganando terreno a través de la expansión del derecho de la penalización y la inflación legislativa así como con la consiguiente expansión del encarcelamiento, es decir, un incremento del volumen de aflicciones punitivas y de personas presas y sometidas a control penal. El encarcelamiento masivo y una generalizada cultura del control, ¿Es realmente la solución? Mientras ha crecido la impunidad de los poderes criminales y de los crímenes del poder (mafiosos, corrupción y variada gama de crímenes contra la humanidad) se ha producido un endurecimiento de la represión penal en perjuicio de los grupos sociales más pobres, como los


toxicómanos, inmigrantes y desempleados. Hay más punitividad, pero también más prevención —como sostiene D. Garland—.

La teoría retributiva de la pena se ha visto sometida a vaivenes. De las duras y crueles penas propias de la Edad Media y etapa premoderna se evolucionó al pensamiento ilustrado reformador. Se ha llegado a considerar el castigo en general, y los castigos retributivos en particular, como irracionales y contraproducentes, remanentes de prácticas premodernas basadas en la emoción, en el instinto y la superstición. El castigo tenía que ser reemplazado por el tratamiento. Se trataba de defender los derechos de los presos, minimizar el encarcelamiento, restringir el poder del Estado y abolir las medidas de seguridad preventivas. Como explica D. Garland, la racionalización y la burocratización del proceso penal ha sido sin duda el acontecimiento más importante en el ámbito de la penalidad en los siglos XIX y XX. Durante buena parte del siglo XX, las penalidades que aparecían como explícitamente retributivas o deliberadamente duras fueron criticadas como un anacronismo en un sistema penal moderno.

En los últimos veinte años, en Estados Unidos y en Gran Bretaña, estamos asistiendo a la reaparición de la retribución, del merecimiento justo, como un objetivo político generalizado, promovido contra la supuesta injusticia de las condenas individualizadas. El resurgir del sentimiento punitivo ha dado lugar a penas más draconianas, tales como la pena de muerte, trabajos forzados y el castigo corporal. Los británicos, en una línea más moderada, son también partidarios de “condenar más y comprender menos” y asegurarse de que las condiciones en las prisiones sean adecuadamente “austeras”. La imagen

---


del delincuente como un sujeto desfavorecido y necesitado, merecedor de ayuda, ha desaparecido. La imagen que acompaña a la nueva legislación es la de descripciones de estereotipos de jóvenes ingobernables, depredadores peligrosos. La ciudadanía, cansada de vivir con temor, exige medidas fuertes de castigo y de protección. Todo ello se envuelve en un discurso populista que lleva a hacer sospechar del criminólogo y de sus teorías, del juez con sus leyes inútiles.

Y esos mismos vaivenes que ha experimentado la teoría de la pena lo han vivido también las prisiones. A finales de 1960, los crecientes índices de criminalidad, los frecuentes desórdenes en las prisiones y la pérdida de fe en el ideal de la rehabilitación se combinaron para socavar la confianza en los avances en materia penal y para apuntar hacia una inevitable “reforma penal”.

| 2. LA PRISIÓN ¿UN MAL NECESARIO? |

Nuestro texto constitucional, en diversas partes de su articulado, establece unas pautas que pueden orientar el trato que debe darse a los reclusos. En el artículo 10.1 CE, nos exige llevar a cabo un proceso continuo de humanización del mundo penitenciario. Los reclusos son seres humanos, sometidos por el Derecho a un régimen jurídico extraordinario y transitorio. En el artículo 9.2 CE establece un proceso en el que hay que conseguir la plenitud de los derechos fundamentales en todos los órdenes de la vida. El artículo 25.2 CE nos obliga a concebir el funcionamiento de los establecimientos penitenciarios en un sentido positivo, dejando de lado todo posicionamiento retributivo, negativo o vengativo. Como acertadamente sostiene F. Gudín Rodríguez-Magariños, el texto constitucional procura hacer de los centros de reclusión un instrumento útil y eficaz en orden a ayudar a un grupo de ciudadanos, a los que hemos privado del don de la libertad. Y la mejor manera de cooperar con ellos es ayudarles a salir de la cárcel con posibilidades de ejercer una vida digna.

---


Pero esta situación cambia cuando a finales de la década de los ochenta irrumpe la revolución tecnológica. El gran reto, a partir de entonces, ha sido cómo edificar un sistema garantista que permita concebir las nuevas tecnologías como un instrumento adecuado para conseguir los objetivos reseñados en la Constitución. Y aquí pueden surgir tanto los escépticos, que consideren que las máquinas son neutras y que el cómo se utilicen va a depender de quienes las diseñen y usen, hasta aquellos otros, que se sientan optimistas ante la posibilidad de que desaparezcan los muros de las prisiones. Incluso, desde una perspectiva utilitarista, se pensará en el ahorro que puede suponer, para las ya mermadas y exigüas arcas del Estado, una propuesta de tales características.

Como acertadamente advierte F. Gudín, para un jurista defensor de los derechos fundamentales y de las libertades públicas e individuales, lo importantes es verificar si con estas nuevas técnicas es posible avanzar en el proceso de humanización de las prisiones, es decir, si la aplicación de las nuevas tecnologías va a reportar una vida más digna. En definitiva, la clave del debate estriba en establecer un sistema de cautelas y garantías que desvirtúen el claro riesgo de manipulación individual y colectiva que comportan estas nuevas tecnologías.

Nuestro texto constitucional enfoca la cárcel desde una perspectiva positiva, implantando el postulado de la reinserción como principal valor, recogido expresamente dentro de los fines de la pena. Para conseguir la reinserción, lo lógico es relacionar al recluso, poco a poco, con la sociedad utilizando las diferentes técnicas penitenciarias que existen (permisos de salida, tercer grado, pulseras de control electrónico, libertad vigilada y libertad condicional).

La dinámica constitucional de nuestro Estado social y democrático de Derecho impone a un continuo proceso de búsqueda de los sustitutivos de la

---


11 L. DÍEZ PICAZO, siguiendo la jurisprudencia del TC (STC28/1988 y 204/1999), afirma que la reinserción no es un derecho fundamental. El único alcance que le otorga es la posibilidad de que las leyes que vulneren el mandato expreso del constituyente puedan ser declaradas inconstitucionales. La reeducación y la reinserción no pueden ser invocadas por los internos en los casos concretos que les afecten. Ni siquiera (a pesar de que es la única enunciada) le concede el rango de finalidad principal. En definitiva, termina, el legislador goza de una amplia libertad en esta materia (Sistema de derechos fundamentales, Serie de derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, 2003, p.302) (nota tomada de F. Gudín, op.cit., p.19).
pena de prisión. El propio Tribunal Constitucional, en algunas de sus sentencias, admite que la pena de prisión conlleva un cierto efecto degradante para la persona, y además supone una importante restricción de su intimidad, en aras de la consecución de intereses colectivos, como la seguridad pública (STC 89/1987 (Sala 1ª), de 3 de junio (Rubio Llorente), STC 195/1995 (Sala 1ª), de 19 de diciembre (Ruiz Vadillo).

La percepción de la necesidad de cambio se dejó sentir en Alemania en los años sesenta. En 1966 se publicó el Proyecto alternativo alemán, que condensa las tendencias punitivas y penitenciarias de la moderna política europea. Son ideas fundamentales sobre las que descansa la resocialización y la reivindicación de la dignidad de la persona.

López Cabrero, refiriéndose principalmente a las penas cortas y medias, apunta como principales dificultades de la prisión en la actualidad: a) El ambiente corruptor de las prisiones, uno de los mayores enemigos de la resocialización; b) La superpoblación carcelaria, que impide material y económicamente desarrollar tratamientos individualizados; c) La destrucción psíquica, así como los hábitos y roles de conducta nocivos en las penas de larga duración.

12 Baste recordar al marqués de Beccaria, cuando sostenía que: “No por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésa es una pena justa, además de útil. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia” (De los delitos y las penas, Madrid, 1892, p.33). Por su parte, Tomás Moro, en su época, ya había criticado la severidad del sistema penal de su época, la dureza y desproporción de los castigos.

13 En el FJ 2º se puede leer: “Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas”.

14 En el FJ3º se puede leer: “Una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera”.

15 Esta iniciativa de Alemania provenía de la propuesta de Liszt, que en 1882, en su famoso Marburger Universität programm, establecía que para los delincuentes ocasionales sólo sería necesaria una pena privativa de libertad que no debía ser ejecutada necesariamente en régimen celular de aislamiento, postulando posteriormente una renuncia total a las penas privativas de libertad inferiores a seis semanas. Las iniciativas de Liszt encontraron eco en el Anteproyecto alemán de 1890 y en el Proyecto de Radbruch de 1922.

| 3. MÁQUINA PANÓPTICA O CÁRCEL TELEMÁTICA |

Como apunta D. Lyon, *El Panóptico* representa una parodia secular de la omnisciencia divina, en la que el observador era como Dios, invisible. Más allá de la metáfora, en el concepto de panóptico reside también un modelo de poder, de sometimiento al ser humano frente a un sistema. *El Panóptico* como modelo de organización se basa en la disciplina normalizadora, en la exagerada visibilidad del sujeto, en la inverificabilidad de la observación, en la búsqueda de certidumbre por parte del vigilado. Se podría describir la sociedad moderna como la “sociedad disciplinaria”, una “sociedad de la vigilancia” en que todos estamos sujetos a un “examen ininterrumpido” en la “máquina panóptica”. En resumen, en convertir al ser humano en un objeto de vigilancia amparando dicho sistema en las más diversas ideologías. Invadiendo la intimidad del individuo, éste queda anulado y apenas en condiciones de poder elegir. Los hombres, privados de su libertad, dejan de ser sujetos y pasan a ser objetos del control. Como no cabe reacción por parte del sujeto, éste queda inermes y alienado.

Lo más peligroso del planteamiento panopticista, es que el poder se convierte en omnisciente, lo que puede conllevar a una despersonalización de la sociedad y a una subyugación del individuo. Así cualquiera que altere los cánones normales de conducta salta a la pantalla del ordenador, y de ahí surge el seguimiento, la vigilancia y el control.

¿Hay realmente tanta diferencia entre la cárcel física y la cárcel mental? ¿Qué derechos humanos se ven más afectados por cada uno de estos dos modelos de...

---


19 “Realmente la cárcel electrónica es un fenómeno mental más que físico, su fundamento principal se halla en la certeza de que se es observado. Esta certeza deriva de la precisión de los sistemas de control. Si la cárcel tradicional puede ser contemplada como un medio coactivo físico que el Estado impone a un sentenciado, la nueva cárcel electrónica será un medio paralelo de coacción más mental que física. Paralelamente los excesos penitenciarios en la cárcel (cadena perpetua, sometimiento intemporal a celda cerrada) derivaron en una tortura física, los excesos de la cárcel electrónica comportarán una tortura mental” (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”, Ibidem).
centros penitenciarios? A primera vista, la cárcel física limita más el derecho a la libertad y que la cárcel electrónica el derecho a la intimidad. Con todo, ambos modelos se dirigen a limitar el derecho a la libertad mediante el control.

Sabemos que limitando la libertad del hombre y resquebrajando su derecho a la intimidad se puede llegar a anular su derecho a la dignidad que, como ser humano, le debe de acompañar. Esta instrumentalización no es nueva sino que ya la literatura antiutópica, propia de los años treinta del siglo XX, nos venía advirtiendo con respecto a los riesgos totalitarios de una sociedad telemática. Aldous Huxley en Un mundo feliz (1932), George Orwell en su obra 1984 (1949) o Ray Bradbury con su novela Fahrenheit 541 constituyen importantes exponentes de ello. Junto a ellos, también se podrían citar otros tratamientos literarios del tema de la vigilancia, como en El castillo, de Kafka, o La naranja mecánica, de Anthony Burgess.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO EL PANOPTICON

Un adecuado examen de los derechos de los reclusos en España20 exige tomar en consideración tanto el reconocimiento normativo como la configuración jurisprudencial. El Tribunal Constitucional, a su vez, fundamenta sus decisiones a partir de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hay relevantes estudios sobre los derechos de los reclusos en España21, por lo que nos limitaremos a enumerar algunos de estos derechos. No todos se ven expuestos e influidos, en igual medida, por el uso de las nuevas tecnologías. El derecho a expresarse en su propia lengua (art.3.2 CE) en relación con el derecho a la asistencia de un intérprete (art.6 CEDH); el derecho a la vida y a la integridad física o moral (art.15CE); la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes (art.15 CE); el derecho a la intimidad personal y familiar (art.18.1 CE) en relación con el derecho a la respeto por las comunicaciones de los reclusos (arts. 3, 51.1, 2 y 5 y 53 LOPJ); el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art.24.1 CE) en relación con el derecho a presentar recursos (art.50 LOPJ) contra sanciones

---

20 En España, las fuentes son la Constitución española de 1978, el Código Penal, la Ley General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario. Como fuentes extralegales del régimen penitenciario, se pueden citar las Órdenes y circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo.

disciplinarias (arts.41 a 45 LOPJ) y a obtener beneficios penitenciarios (art.456 LOPJ); el derecho a utilizar las garantías procesales (art.24.2 CE); el derecho a la reeducación y reinserción social (arts.25.2 CE, 1 LOPJ); el derecho al trabajo penitenciario remunerado (art.25.2 CE); el derecho de la parte lesionada a obtener una satisfacción equitativa (art.50 CEDH); los conflictos de comparecencia entre la jurisdicción y la administración penitenciarias.

El estatuto jurídico de los reclusos no es una cuestión pacífica. La salvaguarda de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario ha sido siempre controvertida. La protección de los derechos fundamentales en el ámbito de una especial sujeción, como es la que se establece entre la Administración penitenciaria y los presos, sabemos que es frágil	extsuperscript{22}. Tendría su traducción en un plus de sujeción de los ciudadanos presos respecto al Estado, lo que implicitamente implica un minus en el goce de los derechos fundamentales. Pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional quedó clara cuando se tuvo que enfrentar al dilema de si era lícita o no la alimentación forzada de unos reclusos en huelga de hambre. Fue entonces cuando el Tribunal hizo una de las declaraciones más importantes acerca de cuál es el auténtico estatuto jurídico de los reclusos en la STC 120/1990 (FJ6º) (Pleno), de 27 de junio (Díaz Eimil) y la STC 11/1991 (Pleno), de 17 de enero (García-Mon y González Regueral)	extsuperscript{23}.

El artículo 18.4 CE establece una reserva legal expresa a favor de las aplicaciones informáticas que incidan sobre el derecho a la intimidad “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal

\textsuperscript{22} Vid. RIVERA BEIRÁS, I., La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría, Barcelona, 1992.

\textsuperscript{23} “Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso, no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y así se desprende directamente de la propia CE, cuyo artículo 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los recluidos en centros penitenciarios. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentran en situaciones distintas.”
y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Habrá que ser cuidadoso con las disposiciones administrativas –Instrucciones de la Dirección General penitenciaria– para comprobar que no conllevan restricciones no contempladas para el interno penitenciario, tales como un control total sobre la intimidad del individuo, la supervisión del ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de reunión, de asociación, y la práctica religiosa, etc. Tales restricciones no deberían regirse por una disposición administrativa sino por una ley Orgánica\textsuperscript{24}.

El aumento de la criminalidad y la política criminal del conjunto de medidas de emergencia, sumados a una serie de otros factores, propician la generalización de un populismo punitivo que resucita el carácter afflictivo de la pena, identificándola únicamente con la cárcel y despreciando cualquier otra modalidad punitiva que pueda ser implantada en el sistema penal. Con el avance de la tecnociencia y la tecnologización del derecho penal, la penalización debe ser estudiada bajo un nuevo prisma —el advenimiento del monito-reo electrónico de infractores permite el re-examen de la materia, a través del cual, podrán alcanzarse nuevas respuestas para antiguas preguntas—.

En el ámbito de las ciencias penales, la perspectiva tecnológica sugiere un cambio de paradigmas; El acento se pone ahora en la prevención en lugar de en la punición. Esta “cultura de control”–como la denomina Garland– desenvuelve un panorama que propicia “la posibilidad de sustituir un sistema de penas fuertes y vigilancia débil por uno de penas débiles y vigilancia fuerte”. El escenario carcelario actual que se proyecta bajo la óptica del paradigma tecnológico permeabiliza la transición de la “cárcel física” a la “cárcel mental”. La nueva disciplina social (im)puesta por la era digital está provocando la mutación del sistema punitivo “posmoderno”.

La vigilancia electrónica es una realidad inevitable. Tomando en cuenta los efectos nocivos del sistema carcelario, el monitoreo electrónico se muestra, al menos, como una alternativa interesante, ya que introduce tecnología al ámbito penitenciario. Pero también hay que advertir que la vigilancia electrónica puede servir de pretexto para una política criminal más represiva.

La cárcel electrónica, al igual que la física, está sujeta al principio de proporcionalidad y admite modulaciones derivadas del tiempo del control y de

\textsuperscript{24} Nos adherimos a la opinión de GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., \textit{op. cit.}, p.199.
la intensidad del peligro que revela la gravedad del hecho criminal cometido. Así, es necesario levantar el control durante determinados períodos temporales, pues, caso contrario, la sensación de agobio y alienación hace que la vigilancia devenga inhumana. En el análisis de Gudín, las pulseras telemáticas pueden ser un instrumento capaz de reducir las prisiones siempre que se utilicen con inteligencia y se proporcione las debidas garantías. Pero también pueden ser un instrumento idóneo para convertir a un ser humano en objeto.

Subraya F. Gudín que, en la actualidad, la vigilancia electrónica tiende a ser considerada por todos los reclusos de todos los países como un ‘privilegio’. Pero, realmente, ¿cuál es el beneficio que aporta la vigilancia electrónica? Nos adherimos a la opinión de Gudín cuando afirma que “el gran avance de los sistemas telemáticos, correctamente utilizados, es que permiten la inicuación del delincuente y un menor grado de desocialización”. Las cárcel tradicionales han fallado, esencialmente, por su falta de efectividad a la hora de abordar la idea de rehabilitación.

La teoría de las alternativas a la prisión va cobrando más fuerza: la extensión del arresto domiciliario monitorizado, el brazalete o chip electrónico y tantas variantes permiten salvar la apremiante preocupación económica por el coste de una creciente población carcelaria. Con todo, como advierte Mª Poza Cisneros, hay que evitar el peligro de incurrir en “net expanding”, es decir, utilizar los medios alternativos a la prisión con individuos que, en todo caso, hubieran quedado en libertad provisional o a los que se les habría suspendido la pena.

25 De ahí la necesidad de apreciación de la “voluntad no viciada” del infractor —viciada por la facilidad de engañar al preso con la idea de que las pulseras, chips y demás medios electrónicos son equivalentes a la libertad—. Subraya Gudín la necesidad de proporcionar minuciosas informaciones de cómo estos mecanismos van a influir en la vida del monitoreado y en la de su familia, pues en un primer momento, el vigilado siente una falsa sensación de libertad, ya que puede disfrutar de su hogar, de sus amigos y de sus familiares. Posteriormente, al constatar la dureza e intensidad del control al cual se encuentra sometido, comprende que su comportamiento está condicionado y que aquella aparente libertad no pasa de una ilusión.

26 GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”, cit., p.133.

27 En su momento (desde 1820), ya Foucault advertía sobre los defectos de la prisión: ineficacia para reducir el crimen, la tendencia de producir reincidentes, a organizar el medio criminal, a dejar en el desamparo a la familia del delincuente, etc.

Después de las visiones distópicas pesimistas que nos ha ofrecido la literatura, cabe preguntarse si las nuevas tecnologías que han favorecido la existencia de videocámaras de vigilancia en bancos, garajes, centros comerciales tiendas, calles e incluso en domicilios privados, no están convirtiendo nuestras ciudades y hogares en el modelo de cárcel de cristal diseñada por Bentham, en una sociedad transparente. Ello da lugar a una “desterritorialización de la ejecución de las penas” –la privación de libertad ya no se realiza exclusivamente en los centros penitenciarios– y una “desinstitucionalización de las penas” –las penas no se ejecutan necesariamente en los centros destinados a tal fin–.

Todas estos cambios acaban afectando necesariamente a la relación entre pena y derechos fundamentales. Concretamente, los derechos más afectados por la vigilancia electrónica son el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad, el derecho a la dignidad y el derecho a la igualdad.

El objeto del cumplimiento de las penas se resume en el artículo 25.2 de la Constitución donde establece que las penas y medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. El Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, introdujo, tímidamente, la vigilancia electrónica en nuestro ordenamiento.

a) El derecho a la libertad y la vigilancia electrónica

La condena a una pena de prisión o internamiento va a afectar, principalmente, al derecho de libertad. Este recorte se ha visto normal ya que la lógica era la de preservar a la sociedad de un individuo que había cometido algún delito, por lo que no convenía que siguiera deambulando libre. La vigilancia electrónica restituye una parte de esa libertad de movimientos al condenado. Pero eso no implica que la libertad de movimiento esté exenta de control, en la medida en que sí se utilizan distintas unidades receptoras capaces de controlar los itinerarios autorizados –bien sea para trabajar o acudir o someterse a tratamiento–. Se produce así una dicotomía entre los partidarios del orden (que verán con buenos ojos la vigilancia electrónica) y la reacción de los partidarios de la libertad (que...
recelerán de su aplicación). Se hace necesario llegar a un equilibrio entre ambas posturas.

Establecer una jerarquía entre la libertad y los derechos fundamentales es una cuestión opinable y arriesgada. Pero es obvio que una vez que se elimina la libertad de la persona, cualquier otro derecho o libertad pierde significado. La memoria de las terribles jaulas en que se encerraron a los prisioneros americanos en Vietnam no ha vacunado a los Estados Unidos contra la desaprobación de estos medios, y las jaulas han reaparecido en Guantánamo para los prisioneros talibanes. Inclusive, a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre, se ha comenzado a replantear la legitimidad de la tortura, que constituye una de las máximas violaciones de la libertad personal.

Nos adherimos a la propuesta de Ferrajoli en relación a que, para tutelar los derechos de los presos debería promoverse, además, una reforma de las penas, no sólo institucional sino cultural y moral. En su modelo normativo la pena de prisión consiste únicamente en la privación de la libertad personal, sin que deba comportar, también, la privación y degradación de la dignidad de la persona. Por consiguiente, el tratamiento carcelario debería consistir en el máximo respeto del preso, en la garantía de todos sus derechos fundamentales, con la sola excepción de la libertad personal, así como de condiciones de vida que excluyan, como ilícito y repugnante, todo sufrimiento y mortificación inútil en el plano material y moral. Esto es prácticamente lo contrario de lo que suele suceder en los centros penitenciarios. Con Ferrajoli compartimos la necesidad de una específica institución de garantía, un defensor cívico o garante de los derechos fundamentales.

---


32 “La cárcel, como lugar de segregación, es por naturaleza una institución opaca, sustraída a los principios de transparencia y publicidad y, por ello, bastante más expuesta al gobierno de los hombres que al de las leyes. Detrás de sus muros puede darse cualquier ilícito, cualquier arbitrariedad, cualquier violencia, cualquier violación de derechos, desde las pequeñas vejaciones y discriminaciones a los malos tratos. En contradicción con su modelo normativo, la pena de cárcel en concreto no es nunca la simple privación de un tiempo abstracto de libertad igual para todos. De hecho, todos sabemos que en esa institución total que es la cárcel, los presos se encuentran literalmente en manos del personal de custodia, sometidos a prácticas y condiciones de vida –en materia de espacios comunes, hacinamiento, habitabilidad de las celdas, duchas, horas de aire libre, condiciones de higiene y sanitarias- que hacen de cada pena una distinta a las demás “y se resuelven, a veces, en profundas lesiones de los derechos fundamentales” (FERRAJOLI, L., Principa Iuris, cit., p.369).
derechos de los penados –externa y ajena a la administración penitenciaria, con capacidad para investigar y prevenir las violaciones de los derechos garantizados mediante la atribución de adecuados poderes de inspección y de control–.\(^{33}\)

**b) El derecho a la privacy o intimidad y las nuevas tecnologías**

Tradicionalmente, este derecho ha sido concebido como derecho a la inviolabilidad, frente a invasiones o intromisiones externas, de los espacios íntimos de la vida privada, tales como la morada, los demás ámbitos de vida y de trabajo, la correspondencia. Era el “derecho a ser dejado solo”, como corolario de la libertad de conciencia y de la libertad personal. Las garantías primarias previstas para su tutela –aparte de la tipificación como delitos de las violaciones del domicilio o de correspondencia y demás intrusiones ilícitas en la vida privada– consistían esencialmente en una serie de límites impuestos a los poderes públicos, comenzando por los de policía, como las prohibiciones de realizar registros personales o domiciliarios, interceptaciones de las comunicaciones y similares, sin mandato de la autoridad judicial.

El actual sistema de captación fotográfica y televisiva de amplio radio, informaciones telemáticas, ficheros, bancos de datos personales utilizables por cualquiera y con los fines más diversos, acaban configurando el peligro de una sociedad panóptica\(^{34}\). En el terreno de las lesiones a la privacy, es previsible el desarrollo de un Estado de policía planetario y, a la vez, de un registro global de los “suspechosos” y de los “diferentes”. Para apoyar estos procesos se invocan razones fundadas en la seguridad frente a los peligros internos de la criminalidad y externos del terrorismo. Sin embargo, un sistema de vigilancia total e ilimitada,

\(^{33}\) Los jueces de vigilancia ejercen un destacado papel pero no dejan de ser intermediarios con la Administración de Justicia. De ahí que un tercero ajeno a la institución que pueda realizar funciones de inspección, sin previo aviso, que pueda entrevistarse con los presos confidencialmente, tendría una mayor efectividad a la hora de detectar las fallas en los centros penitenciarios.

\(^{34}\) Las formas de agresión a la privacy que hacen posibles estos nuevos instrumentos, son esencialmente de dos tipos: uno dirigido a la vigilancia y al control y el otro, a la información sobre la vida y la identidad de las personas. Actualmente, gracias al desarrollo de las técnicas de control audiovisual y electrónico, resulta posible un espionaje mundial. Instalaciones de videovigilancia, identificaciones fotográficas automáticas por satélite, instrumentos de reconocimiento facial, etiquetas “inteligentes”, susceptibles de colocarse en cualquier objeto o mercancía y, por otra parte, las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y telemáticas así como el rastro dejado por el empleo de teléfonos móviles, de tarjetas de crédito, de telepeajes, tarjetas y documentos de identidad electrónicos, permiten hoy en día un panoptismo global capaz de controlar cualquier comportamiento o movimiento (Cfr. FERRAJOLI; L., Principa Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia, cit., p.326).
extendido a la generalidad de los ciudadanos, acaba reduciendo las libertades de todos y produciendo un deterioro del tejido de las relaciones sociales.

En la cárcel existen ámbitos reservados a la intimidad, donde el individuo puede desenvolver su libre personalidad (desde leer un libro a escuchar la radio) sin tener que soportar la presencia de un extraño en su vida. Con todo, hay que recordar que el derecho fundamental a la intimidad no es un derecho absoluto, sino susceptible de graduación y de restricción y modulación en función de la protección de intereses generales. Si el objetivo es garantizar seguridad pública a la sociedad, ese derecho a la intimidad tendrá que limitarse, lo cual no significa anularse, a la luz del artículo 25.2 CE. Así, las reducciones extraordinarias al derecho a la intimidad están prohibidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto las STC 89/1987 (Sala 1ª) (FJ 2º), de 3 de junio (Rubio Llorente) y STC 218/2002 (Sala 1ª), de 25 de noviembre (Delgado Barrio)\(^\text{35}\). Asimismo, la prestación del consentimiento libre y válidamente emitido, al menos en el caso de adultos, elimina algunas dudas sobre la posible inconstitucionalidad de tales medidas de vigilancia electrónica en la medida en que recorta el derecho a la intimidad.

Incluso en ausencia de ese consentimiento, el Tribunal Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de determinadas restricciones a la intimidad, como en el caso del análisis del alcoholímetro\(^\text{36}\). Lo que no puede aceptarse es el uso de medios de control de vigilancia electrónica que permitan conocer conductas privadas que en prisión pasarían desapercibidas. Esta vigilancia electrónica deberá ser voluntaria, limitada en el tiempo y acordada por autoridad judicial.

La vigilancia telemática penitenciaria es un problema de ponderación de valores constitucionales. No consideramos que la vigilancia electrónica sea un atentado _per se_ a la dignidad humana o que constituya un trato inhumano o degradante. Pero sí hay que reconocer que toda tecnología esconde unos

---

\(^{35}\) Estas sentencias manifiestan: “Y con referencia al concreto ámbito penitenciario, este tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso más necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere” (GUDIN, _op.cit._, p.39).

\(^{36}\) Sentencia 103/1995, de 03 de octubre.
intereses y algunos de ellos resultan ilícitos e incompatibles con valores superiores al propio ordenamiento jurídico (art.10.1 CE). Y ahí surge uno de los retos actuales para el jurista: indagar cuáles son los límites a las aplicaciones tecnológicas realizadas tanto por los poderes públicos como por particulares.

c) El derecho a la dignidad personal y la vigilancia electrónica

Habrá que estar atentos con no afectar al derecho a la dignidad y el derecho al honor, que podrían verse vulnerados si la tecnología de control no fuera discreta –actualmente los dispositivos son producto de la nanotecnología, por lo que resultan casi imperceptibles, o bien se disimulan como un reloj o pulsera–. El principio de dignidad se presenta bajo la conocida fórmula kantiana de considerar al hombre un fin en sí mismo y no un medio para conseguir algo. Por ello, su autonomía ética exige evitar situaciones de instrumentalización.

El acercamiento de las nuevas tecnologías a nuestra vida se ha hecho tan cercano que ahora lo llega a penetrar. Se está experimentando una nueva generación de ordenadores a base de la inserción de un microchip electrónico en el cuerpo de la persona. El propio cuerpo puede ser tecnológicamente modificado, puede prepararse para ser seguido y localizado permanentemente. La posibilidad de insertar bajo la piel un chip que contenga, por ejemplo, información sobre la salud o que permita en cualquier momento conocer la situación de una persona secuestrada o de delincuentes particularmente peligrosos (pedófilos) o de detenidos en libertad provisional, ha inducido en 2002 a una sociedad americana (Applied Digital Solutions) a lanzar el servicio VeriChip con el slogan “Get chiped”. De este modo, la vigilancia social se confía a un tipo de elemento electrónico, el cuerpo humano se acaba asimilando a un objeto cualquiera en movimiento, controlable a distancia con una tecnología de satélite. La obsesión por la seguridad, combinada con la delegación a la tecnología para dar una solución a cada problema, acaba vulnerando el respeto de la dignidad de la persona, acepta la violación del cuerpo y de la dignidad personal37.

No consideramos que el hecho de portar instrumentos de monitoreo electrónico suponga una lesión al principio de dignidad del penado. Es más, entendemos que el hecho de poder cumplir la pena fuera de las paredes de

un centro penitenciario, inserto en la sociedad, en su familia y en su trabajo, contribuyen en gran medida a potenciar su principio de dignidad como ser humano, a diferencia de la alienación o deshumanización que implica una masificación o promiscuidad de un penal.

d) El derecho a la igualdad

Dado que la vigilancia electrónica exige determinadas condiciones económicas del vigilado —tales como la disponibilidad de vivienda dotada de electricidad, teléfono e, incluso, de un nivel de ingresos mínimo para afrontar la totalidad o parte del coste de la monitorización— algunos sostienen que atenta contra el derecho a la igualdad. Sin embargo, una pena pecuniaria también lo exigiría, por lo que no está afectando al derecho a la igualdad más que otro tipo de penas. Tampoco afecta el que se exija unos requisitos relativos a la ocupación: no significa que deba estar inserto en el mercado de trabajo efectivamente sino que esté en disposición y actitud de aceptar una oferta de trabajo, desarrollar una actividad académica, etc.

Junto al objetivo de reducción de la sobreocupación carcelaria, el monitoreo electrónico también se concentra en aspectos que buscan la disminución de costos, la reinserción del delincuente y el combate a la reincidencia.

| 5. ¿HACIA UNA LEGISLACIÓN PENAL SIMBÓLICA? |

El legislador penal realiza cada vez mayores esfuerzos para suscitar la confianza por parte de la opinión pública hacia los responsables de la política criminal en su lucha contra aquellas formas de delincuencia que suscitan una grave alarma social. Es lo que se ha denominado “legislación penal simbólica”. Sin embargo, como acertadamente apunta A.E. Pérez-Luño, “la falta de unos medios suficientes y de las necesarias transformaciones económico-sociales que exigiría la plena eficacia de esas normas, las condena a la inoperancia”. En este sentido, la legislación penal simbólica posee un significado encubridor y manipulador. Quienes la elaboran producen una realidad ficticia y una falsa consciencia acerca de la idoneidad de los medios jurídicos para salvaguardar la seguridad ciudadana. Pero a la vez son víctimas de un “autoengaño” porque los políticos y los legisladores que crean este tipo de legislación acaban por creerse la virtualidad de unas respuestas normativas que son puramente simbólicas38.

38 PÉREZ LUÑO, A.E., Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías, Universidad de Alcalá, 2010, p.68 y ss.
Conviene estar atentos a que la incorporación de las nuevas tecnologías al sistema penitenciario no acaben desviando la atención sobre la cuestión central de la pena. No se puede disfrazar el Derecho penal ni tampoco a la Administración penitenciaria, de un buenismo-humanitarismo que, pertrechado por las innovaciones tecnológicas, desvíe la atención acerca de la función de la pena y los medios para lograr la rehabilitación del penado.

La ponderación será imprescindible para compatibilizar la lesión a los derechos fundamentales con la finalidad, por otra parte, de reducir el mal carcelario. Como ya ha establecido la jurisprudencia 39, los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, no son ilimitados. Ello hace necesario adoptar un criterio hermenéutico de salvaguarda del ejercicio de estos derechos fundamentales. Se produce un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, en la medida en que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Hay que diferenciar entre restringir y lesionar derechos fundamentales. La vigilancia electrónica ¿puede afectar a la intimidad de la persona? Sí, pero no implica necesariamente que la lesione. La lesión a un derecho fundamental es un atentado injustificado al mismo 40.

La sobrepoblación carcelaria junto con la atracción por las nuevas tecnologías constituye un campo de cultura ideal para el desarrollo del uso del control electrónico de los delincuentes. El control electrónico aparece, a los ojos de los políticos, altos funcionarios, periodistas y, obviamente, del mundo empresarial interesado, como la panacea universal: más barato, simple de operar, confiable, neutral, dirigido a grupos específicos, sinónimo de progreso, la mejor solución 41. Su uso puede ser de lo más diverso: sustituir a la prisión preventiva, a penas cortas de prisión, aplicándose en combinación con la libertad condicional y en combinación con el régimen de prueba, u otras posibilidades.

39 Vid. STC 159/1986 (Sala 2ª), de 16 de diciembre (Begé Cantón) FJ 6º, STC 185/2002 (Sala 2ª), de 14 de octubre (Vives Antón), entre otras.

40 Existen otros derechos afectados. Por ejemplo, el régimen de arresto domiciliario puede afectar al derecho de asociación y sindicación política y social, por lo que debe haber garantías de su ejercicio. También el derecho al culto religioso, el libre desarrollo de la propia ideología, el respeto al secreto de la orientación sexual y otros, se ven afectados y condicionados por la presencia de un tercero mientras se desarrolla su ejercicio.

41 MIRANDA PEREIRA, L. "Controllo electrónico de deliquentes: Orwell ou o futuro das penas?", en Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 9, nº1, Coimbra, Coimbra editora, 1999, pp.250-251.
Desde el inicio de la utilización del control electrónico en Estados Unidos, hay dos cuestiones dignas de ser debatidas: la cuestión de la constitucionalidad y la cuestión ética subyacente a su uso. Porque el debate fundamental se centra en principios esenciales: la ética del uso de vigilancia de este tipo, la dimensión de control social y la intrusión en la vida diaria de equipamientos que pueden tener aplicaciones que rebasan el universo de los delincuentes.

Uno de los principales puntos es el de saber hasta dónde la vigilancia electrónica de delincuentes puede llevar a largo plazo. Está claro que la aplicación a un particular segmento de la población puede producir algunas desviaciones, pero ¿qué se puede decir si soluciones semejantes se aplicaran a otros grupos? Personas con discapacidad mental, seniles, tóxico-dependientes, ciudadanos perturbados, niños con tendencia a huir de su casa o del colegio podrían ser aptos para el control electrónico.

Se hace imprescindible conocer los resultados de la implantación del modelo de cárcel telemática en los sistemas de justicia penal de países con una experiencia dilatada (Estados Unidos, Suecia). Habrá que valorar su impacto en la sobrepoblación carcelaria, así como el efecto en la reincidencia. Habrá que valorar aspectos como el de la selección de individuos a quiénes aplicar la medida (si se exige teléfono o, incluso, casa, acaba afectando al derecho de igualdad de los penados, pues muchos carecerán de las condiciones necesarias...
para que se les pueda aplicar las medidas de vigilancia electrónica), del impacto en quiénes habitan con el penado y tantas otras consecuencias.

No consideramos que estas nuevas técnicas conlleven el fin de los muros de la prisión, sino una sustancial modificación de la finalidad de la cárcel tal y como estaba configurada en los siglos XIX y XX. La vigilancia electrónica no puede considerarse un sustitutivo general de la pena privativa de libertad sino un complemento a la misma.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BECCARIA, C., (1764) *De los delitos y las penas*. Trad. castellana de J. Jordá, Barcelona, 1983.


Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías, Universidad de Alcalá, 2010, p.68 y ss.


RIVERA BEIRÁS, I., La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría, Barcelona, 1992.


Diez preguntas sobre educación y derechos humanos en un mundo globalizado

Vicente Bellver Capella
Universitat de València
DIEZ PREGUNTAS SOBRE EDUCACIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Los profesores de Filosofía del Derecho dedicamos parte de la actividad docente a lo largo de nuestra vida a la educación en Derechos Humanos\(^1\). En las próximas páginas me planteo, mediante una serie de preguntas y respuestas, algunas dificultades que suscita su enseñanza en la escuela y en la universidad.

1.- La educación se lleva a cabo en muchos entornos además de los formales de la escuela y la universidad. De forma principal se lleva a cabo en la familia, pero también en las relaciones que los niños tienen entre sus iguales, en el contacto con los medios de comunicación, en las comunidades en las que desenvuelven su vida, etc. A pesar de ello cada vez se pide más a la escuela. Tendemos a pensar que todos los problemas tienen en la educación su solución y que la educación que ha de resolverlos es la que se proporciona en la escuela. Por tanto, la escuela está exigida al máximo. Por otro lado, somos conscientes de que la escuela no debe ocuparse en primera instancia de aspectos fundamentales de la formación que corresponden más bien al ámbito familiar, como el sentido de la vida, las convicciones morales y religiosas, la formación de los afectos y las emociones, etc. Ante esta compleja realidad, ¿debería o no educar la escuela en derechos humanos?

Las dos respuestas más frecuentes que se dan a esta pregunta son contrarias entre sí, e igualmente extremas, superficiales y erróneas. Una afirma la necesidad de esta materia para la formación cívica de los jóvenes. Otra niega cualquier interés a esta materia, por entender que distrae a los estudiantes de la adquisición de las capacidades instrumentales, y porque usurpa a la familia la competencia para educar sobre los valores cívicos.

La primera de las respuestas no advierte las enormes dificultades que comporta trasladar esta materia a las aulas escolares y los riesgos de que, con ella, se consiga lo contrario de lo que se pretende: es decir, la manipulación del estudiante en lugar de su formación cívica. La segunda ignora que la escuela no está sólo, ni principalmente, para adiestrar a individuos en competencias instrumentales sino para forjar ciudadanos. Las familias tienen la principal responsabilidad en su consecución, pero no son las únicas encargadas de formar ciudadanos.

A mi entender, la respuesta correcta está igualmente alejada de las dos mencionadas, aunque asume la parte de verdad que contiene cada una de ellas.

---

La primera respuesta acierta al reconocer la importancia de la formación en derechos humanos para los jóvenes. Pero se equivoca al dar por supuesto que esa empresa se puede acometer fácilmente. La segunda acierta en subrayar que son los padres los primeros responsables de la formación moral y cívica de sus hijos, pero se equivoca al negar a la escuela cualquier papel en esa labor y reducir su misión a las competencias instrumentales.

Tratar de los derechos humanos en la escuela es fundamental para lograr uno de los fines primordiales de la educación, consagrado en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, que es el fomento del respeto a los derechos humanos. Pero esa tarea sólo se puede resultar exitosa si cuenta con la complicidad de los padres. Por lo demás, no es pequeño el riesgo de que se convierta en una chapuza académica o, aún peor, en un ejercicio de manipulación ideológica, que es justo lo contrario a la formación cívica.

2.- Es fácil intuir que la enseñanza de los derechos humanos es conveniente para la formación cívica de los jóvenes y que esa formación redundará directamente en la calidad de la democracia y de la vida social. Pero no se advierte con igual claridad que este tipo de enseñanza pueda producir los efectos tan negativos que se acaban de mencionar. ¿No se habrá exagerado algo?

En absoluto. Y con un ejemplo se entenderá fácilmente. Hace pocos años las Cortes españolas aprobaron la ley que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Algunos lo vieron como la consagración de un derecho, mientras que otros consideraron que era un atentado contra el matrimonio, en cuanto que éste tiene como uno de sus requisitos esenciales que sea entre un hombre y una mujer. Esta ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que todavía está pendiente de dictar sentencia. Ante la pregunta ¿qué se debería enseñar sobre este asunto en la escuela? existen muchas posibilidades:

1ª. Limitarse a informar de los hechos y que cada estudiante haga sus propios juicios de valor. Pero eso, además de ser sumamente difícil porque el profesor no es ni puede ser valorativamente neutro, no aporta casi nada al estudiante, que ya puede obtener la información en los medios de comunicación.

2ª. Que el profesor no sólo informe de los hechos sino tome posición. En ese caso, nos encontraremos con que habrá colegios en los que se dirá a los niños que el matrimonio homosexual es un derecho que tienen que defender, y otros en los que se les dirá que es un atentado contra el matrimonio, y que no deben aceptarlo. Desde el punto de vista de
la formación cívica de los estudiantes resultaría algo desorientador que se les dieran mensajes contrarios dependiendo del profesor que tuvieran en una cuestión de tal importancia para la vida social.

3ª Que el profesor traslade a los estudiantes la doctrina sobre el matrimonio homosexual que establezca el gobernante de turno. Nos encontraríamos entonces ante un genuino ejercicio de imposición ideológica que, además, resultaría desconcertante porque podría ir variando a medida que fuera cambiando el color del gobierno.

4ª Que el profesor informe no sólo de los hechos sino de las posiciones que la opinión pública y los pensadores han adoptado al respecto. A continuación invitará a la reflexión, la toma de posición y el debate entre los estudiantes, de modo que cada uno se pueda formar su propio criterio sobre el matrimonio homosexual a partir de los hechos acontecidos, de los argumentos aportados por unas y otras teorías filosóficas, y de la confrontación de los propios puntos de vista con los del resto de los compañeros.

De las cuatro alternativas presentadas, pocos negarán que la última parece la más razonable, aunque también resulta insuficiente. El profesor no puede actuar de esa manera en todos los temas. Tendemos a pensar que, aunque todas las materias se puedan abrir al debate, existen algunas en las que la posición que el profesor debe defender no es negociable. Por ejemplo, ¿alguien piensa que se puede presentar en la escuela la tortura o la esclavitud como cuestiones abiertas? Pero, claro, de nuevo surge el problema: ¿quién establece la relación de materias sobre las que existe un criterio inapelable, que no debe ser objeto de discusión? Si nos quedamos en las que cuentan con un respaldo universal, la lista será exigua porque hasta la tortura es defendida por algunos en determinadas circunstancias. El criterio de las mayörías sirve de orientación pero no puede tenerse como el definitivo.

En conclusión, determinar los contenidos y enfoques de una asignatura dedicada a los derechos humanos y la formación cívica es una tarea compleja, en la que será probable incurrir en errores garrafales. Y entonces, la asignatura habrá sido una idea bienintencionada, pero que produce unos resultados no siempre positivos.

3.- ¿Se quiere decir con ello que asignaturas como “Educación para la ciudadanía” no deberían existir en las escuelas? A la vista de las objeciones planteadas, parece que lo correcto sea rechazar este tipo de materias en la escuela.

Formar ciudadanos respetuosos con los derechos humanos, comprometidos con la democracia, capaces de afrontar los desafíos planetarios del presente,
dispuestos a hacer bien sus trabajos profesionales y no sólo a ganar dinero, es una tarea en la que nos jugamos el futuro de la humanidad. En ese sentido, la escuela tiene una responsabilidad de primer orden. Pero esa misión se puede acometer de muchos modos. Veamos algunos.

- Las humanidades son un recurso de primer orden para que los estudiantes aprendan a cultivar el espíritu crítico, a reflexionar sobre la condición humana y sobre uno mismo, a desarrollar la creatividad y la imaginación, a dar razón de sus posiciones éticas y políticas, y a comprometerse en la búsqueda de la verdad y el bien. Todas estas competencias están a la base de una ciudadanía responsable.

- El ejemplo del profesor en el ejercicio de su actividad docente constituye también un elemento formativo de primer orden.

- Igualmente importante para obtener buenos resultados en la educación, y en particular en la formación cívica, será la actuación coordinada de padres y profesores.

- Por último, una cierta coherencia docente, de modo que los valores que informan la docencia en determinadas materias no choquen con los de otras asignaturas, contribuye a la formación en valores. Por ejemplo, no parece muy formativo que en la clase de biología se defienda que el ser humano es una especie peligrosa para el equilibrio del ecosistema, que en la de química se asegure que no hay más conocimiento que el que producen las ciencias empíricas o la lógica matemática, y que, por el contrario, en filosofía se destaque la dignidad del ser humano o que la razón humana tiene más usos que el empírico y el lógico. Alguien podrá decir que esa diversidad de perspectivas enriquece la visión del estudiante. Pero es más probable que conduzca a confundirle y suscite un escepticismo temprano, que se compadece mal la ciudadanía responsable.

Si a los cuatro recursos mencionados -las humanidades, el ejemplo del profesor, la complicidad entre padres y profesores, y unos valores transversales que den coherencia al proyecto educativo- añadimos una asignatura bien planteada dedicada a los derechos humanos y la formación cívica, los resultados de la escuela en el campo de la formación cívica de sus estudiantes podrán ser magníficos. Pero la condición, nada fácil de cumplir, es que la asignatura esté bien planteada.
4.- ¿Qué se necesita para conseguir una asignatura sobre educación para la ciudadanía y los derechos humanos verdaderamente formativa?

No tengo una propuesta de máximos sino de mínimos, una propuesta modesta, porque en este campo son más dañinos los excesos que los defectos. En el desarrollo de esta asignatura hablaría de un punto de partida, uno de llegada y una carga que transportar. El punto de partida sería un gran acuerdo social acerca de los contenidos y el enfoque de esta asignatura, en cuya consecución los padres ocuparían el papel central. El punto de llegada sería conseguir que los estudiantes descubran que todo aquello que tiene que ver con la reflexión acerca del bien común es apasionante y que la consecución o no de ese bien común está, en buena medida, en las manos de cada uno de ellos. La carga que transportar consistiría en los conocimientos imprescindibles y las competencias básicas que cada estudiante debería alcanzar. Entre los conocimientos estarían: la evolución histórica de los derechos humanos; las principales corrientes de pensamiento ético y político sobre los derechos humanos; los textos fundamentales que proclaman los derechos humanos; y las principales instituciones que se ocupan de ellos a escala nacional e internacional. Entre las competencias estarían las siguientes: reflexionar, escuchar, ponerse en lugar del otro, argumentar en base a razones, comprometerse personalmente y, por encima de todo, buscar desprejuiciadamente la verdad.

A pesar de ser modesta, porque no pretende acometer las incontables cuestiones objeto de controversia que se plantean en este campo, seguro que esta propuesta será también objeto de controversia porque se asienta en unas bases que no son unánimemente compartidos. Pondré dos ejemplos. He subrayado el papel protagonista de los padres en este campo, que a otros sin duda les parecerá desproporcionado. O he excluido de la asignatura lo que tiene que ver con la formación afectiva, por entender que se trata de un campo que corresponde a los padres, mientras que otros entenderán que se trata de algo que la escuela no puede dejar de hacer.

5.- Todas las declaraciones de derechos mencionan la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos. Hacen lo propio las Constituciones de los Estados democráticos. La Constitución Española, por ejemplo, afirma que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social. También sabemos que algunas de las corrientes filosóficas más relevantes fundamentan los derechos humanos en la dignidad humana. Por el contrario, en los últimos años hemos asistido a la descalificación del concepto de dignidad humana, que ha llegado a ser calificado como inútil (Ruth Macklin) o incluso como una idea estúpida (Steven Pinker). Llama la atención que incluso sobre un
concepto tan fundamental para los derechos humanos exista tanta controversia. En todo caso, ilustra lo difícil que es articular pacíficamente una asignatura sobre derechos humanos en la escuela. Pero centrándonos en el concepto de dignidad, ¿qué debemos pensar, que realmente es crucial en la fundamentación de los derechos humanos o que, más bien, no aporta nada sustancial?

Los autores que han lanzado estas invectivas contra la idea de la dignidad humana piensan que hablar de dignidad es hablar de vaguedades, que sólo incrementan la confusión a la hora de interpretar los derechos humanos. Para ellos el ser humano tiene valor porque es autónomo y sólo en la medida que lo es. Allí donde se habla de dignidad, concluyen, podría hablarse de autonomía sin más y todo el discurso sobre los derechos quedaría más claro.

En la actualidad, y sobre todo en los países occidentales, resulta más comprensible el concepto de autonomía que el de dignidad y, por ello, se tiende a reconocer sin problemas los derechos de los individuos autónomos y, por el contrario, a poner en duda los de aquellos seres humanos que carecen de autonomía. Esta posición, sin embargo, no es del todo novedosa. A lo largo de la historia de la humanidad el valor del ser humano siempre se ha asociado a la posesión de uno o varios atributos, que distingúan a los “nuestros” de los “otros”, a los seres humanos que merecen ser tenidos por personas de los que son humanos pero no personas. En el pasado esos atributos fueron, por ejemplo, el ser varón, de raza blanca, económicamente autosuficiente, de religión cristiana, etc. En la actualidad, el principal atributo al que se vincula el valor del ser humano es la capacidad de ser autónomo. El resultado final es el mismo que en cualquier época histórica: el conjunto de los seres humanos es más extenso que el de las personas o seres humanos valiosos.

Frente a esta posición, los defensores de la dignidad humana sostienen que el valor del ser humano no está en la posesión de una u otra capacidad sino en el simple hecho de ser humano. Por tanto, todo ser humano, sin exclusiones de ningún tipo, es igualmente digno. ¿Y por qué todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo, son igualmente dignos? Desde una perspectiva religiosa está claro: porque todos son hijos de Dios. Desde una perspectiva filosófica también: porque todos los seres humanos, desde el inicio mismo de la existencia, tienen la potencialidad de ser autoconscientes y libres, sin perjuicio de que esas capacidades no lleguen nunca a manifestarse (por ejemplo, en el caso de quien nace con una grave discapacidad intelectual) o no vuelvan a hacerlo en el futuro (por ejemplo, en el caso de un enfermo en estado vegetativo persistente). El ser humano vale no por lo que es sino por lo que podría llegar a ser.
Los partidarios de la autonomía como cualidad determinante del valor del ser humano consideran irracional reconocer igual valor a todo ser humano, independientemente de sus cualidades. Los partidarios del igual valor de todo ser humano, por el contrario, consideran que aquellos son herederos de la inveterada tradición que vincula el valor de los seres humanos a la posesión de ciertas cualidades. Desde su perspectiva, la elección de cualquier atributo para determinar el valor del ser humano es igualmente arbitraria, sea la raza o la autonomía. ¿Por qué hay que otorgar al ser humano autónomo un valor especial y no hacerlo al que pertenece a una determinada raza, nacionalidad o religión? En el pasado ha sido una constante negar que la dignidad fuera común a todos los seres humanos; igualmente ahora nos encontramos con esa situación, desde el momento en que se excluye de la dignidad a los seres humanos no autónomos.

6.- Otra muestra de la dificultad que entraña proponer con éxito una asignatura sobre derechos humanos y ciudadanía la encontramos en la objeción de conciencia que vienen presentando los padres a ciertos aspectos de la educación de sus hijos impuestos por el Estado. En España tuvimos un caso destacado precisamente con la implantación de la asignatura “Educación para la ciudadanía”, que fue objeto de un rechazo frontal por parte de miles de padres, que recurrieron a la objeción de conciencia. La polémica puso de manifiesto la división social entre los dos grandes modelos educativos mencionados: la educación como un asunto principalmente de los padres; y la educación como un asunto fundamentalmente del Estado. ¿Tiene sentido plantear la objeción de conciencia en este campo?

La objeción de conciencia es el rechazo de una persona a cumplir un mandato de los poderes públicos por considerar que, si lo cumpliera, iría contra su propia conciencia. Los ejemplos más sonados en España son los de la objeción de conciencia al servicio militar y al aborto. En el primer caso, jóvenes obligados al servicio militar se resistían a su cumplimiento por entender que iba contra su conciencia. En el segundo caso, el profesional sanitario encargado de participar en un aborto se opone por estimar que, de hacerlo, violentaría el mandato de su conciencia de respetar la vida humana. En las últimas décadas se ha debatido mucho si la objeción de conciencia es o no parte del derecho humano a la libertad de conciencia y religiosa.

En sociedades crecientemente plurales, como las actuales, parece difícil lograr una convivencia satisfactoria si no se reconoce en toda su amplitud el derecho a la objeción de conciencia, porque cada vez es más probable que
los mandatos del Estado choquen con los mandatos de la conciencia de unos u otros ciudadanos. Está claro que si la objeción de conciencia no se limita de alguna manera puede acabar dando cobertura a la anarquía, en la medida en que cualquiera podría ampararse en ella para dejar de cumplir las normas que le interesara. Pero si la objeción se restringe excesivamente puede traer consigo una suerte de totalitarismo democrático, en la medida en que se oblige sistemáticamente a los ciudadanos a actuar en contra de sus conciencias.

Para reducir al máximo las situaciones de conflicto, antes de aprobar una norma que exija un comportamiento que pueda violentar la conciencia de algunos ciudadanos, parece razonable que los poderes públicos se pregunten si tan relevante es el fin que se persigue con la norma como para poner a los ciudadanos ante un conflicto de conciencia. Desde luego en el caso de la “Educación para la ciudadanía” no parece que tuviera mucho sentido imponer la asignatura como se hizo, sin un amplio consenso social y de las fuerzas políticas. La asignatura, que tenía como objetivo estimular la convivencia pacífica y la participación política, acabó convertida en fuente de conflicto social. En lugar de incrementar el interés por la res publica, por los asuntos que nos afectan a todos, ha servido para incrementar la desafección de los ciudadanos, padres e hijos, hacia la política. Miles de padres recurrieron a la objeción de conciencia para que sus hijos no cursaran la asignatura. El desconcierto estaba servido y subió de tono cuando los juzgados empezaron a dictar sentencias contradictorias entre sí sobre el derecho o no de los padres a la objeción.

7.- Antes se ha insistido en que las humanidades pueden forjar ciudadanos responsables de manera menos controvertida e incluso más profunda que con una asignatura específica. ¿Cómo se puede lograr?

Las humanidades, como su propio nombre indica, nos enfrentan a la contemplación de todo lo humano. La literatura, la lengua, la historia, la geografía, la filosofía, etc. son disciplinas que no aspiran a proveernos de una erudición inútil o a introducirnos en abstrusas especulaciones ajenas al mundo de lo real. Nos hablan del amor y el dolor, del poder y de la libertad, de cómo nos hemos ido organizando para convivir, de cómo pensamos, del sentido de nuestra existencia y de la capacidad de crear e innovar. Tratan, pues, de lo que más ha interesado al ser humano a lo largo de toda su historia, y de lo que le seguirá apasionando mientras exista. No aportan utilidad inmediata pero son la principal fuente de sentido y disfrute de la vida, y el motor para cualquier progreso que aspire a ser humano. Las humanidades enseñan a vivir.
Las humanidades se aproximan a los temas controvertidos de la vida ciudadana manteniendo cierta distancia, y así quedan a resguardo de los enardecidos debates del momento. No es que traten de eludir las controversias de la actualidad, sino que proporcionan elementos que filtran, ofrecen perspectivas diversas, y dan profundidad a los temas. Por ejemplo, si se aborda el mencionado tema del matrimonio homosexual, la historia, la antropología filosófica, la sociología, la literatura, aportarán valiosos elementos para la reflexión y ahuyentarán los riesgos de caer en debates tan enconados como estériles.

8.- Estamos hablando de educación y derechos humanos “en un mundo globalizado”. ¿Qué quiere decir que vivimos en un mundo globalizado? ¿Y qué aporta al tema de la educación y los derechos humanos esa circunstancia?

Hace tan sólo veinte años comunicarse, viajar, transportar materias, mover capitales, disponer de información eran actividades caras, que requerían tiempo y estaban sazonadas de dificultades. Desde entonces acá ese panorama ha cambiado por completo. Ahora, con nuestro teléfono móvil podemos acceder a toda la información del mundo, realizar voluminosas operaciones financieras en tiempo real, comunicarnos con una persona en cualquier punto de la tierra, etc. Podemos viajar nosotros, o transportar mercancías, por todo el mundo a precios asequibles y cierta rapidez. Las fronteras nacionales se han hecho más porosas y las trabas a la libre circulación de personas, capitales, bienes o servicios se han flexibilizado o incluso desaparecido.

Este movimiento de globalización ha traído consigo enormes ventajas para el progreso de la humanidad. Lo que era casi inalcanzable para un ciudadano rico hace veinte años en términos de comunicación e información, está al alcance de multitudes en la actualidad. Los prejuicios que dominaban nuestra percepción acerca de los extraños culturales son difíciles de mantener cuando hoy nos relacionamos con ellos directamente. Los intereses colectivos sabemos que ya no son sólo los de nuestra comunidad o nación, sino los de toda la humanidad.

Pero la globalización ha traído consigo graves efectos negativos de alcance planetario. Las desigualdades sociales y económicas se han disparado y, consecuentemente, las amenazas a los derechos humanos. El desarraigo social, que conduce a la pérdida de la propia identidad, se ha generalizado. Los riesgos contra la seguridad se han incrementado y universalizado. Así, los problemas relacionados con la salud pública, la seguridad alimentaria o energética, el aprovisionamiento de agua potable, el medio ambiente, el terrorismo, la inmigración, etc. sólo se pueden afrontar adecuadamente desde una perspectiva global.
Los desafíos planetarios que trae consigo la globalización son, en buena medida, inéditos y carecemos del sistema de gobernanza adecuado para acometerlos con éxito. Ante esta perspectiva las políticas públicas han de plantearse en dos niveles temporales. A corto plazo urge buscar procedimientos e instituciones capaces de gestionar la globalización. Pero a medio plazo la prioridad debe ponerse en la educación, en la formación de jóvenes llamados a ser “cosmopolitas arraigados”. Cosmopolitas porque son conscientes de que su patria ya no sólo es su nación sino el universo mundo. Y arraigados porque saben que su identidad está vinculada a las raíces familiares, religiosas, lingüísticas, étnicas, culturales, nacionales, que no pueden desconocer ni repudiar.

Proveer a los jóvenes de las capacidades tecnológicas que los hagan competitivos en el mercado es necesario. Pero no es lo más importante y, mucho menos, lo único importante. Los desafíos del futuro global al que nos enfrentamos exigen generaciones de jóvenes con una perspectiva de justicia global. Hasta tiempos recientes, el egoísmo nacional o individual podía verse como algo injusto pero que generaba beneficios jugosos a los que lo practicaban. En la actualidad, resulta cada vez más difícil sustraerse a los efectos negativos de los problemas globales, por más rico y poderoso que se sea. Si en el pasado había que apelar a la solidaridad para suscitar el interés por los problemas de la humanidad, en el momento presente basta con el pragmatismo para conseguir ese efecto.

9.- ¿En conclusión, qué objetivo debe desempeñar la escuela en la educación de los derechos humanos?

La misión principal de la escuela es formar ciudadanos, personas que fomenten el respeto por los derechos humanos. Hacerlo a través de una asignatura específicamente dedicada a ello ya es otra cuestión. En todo caso, considero un deber prioritario conjurar la visión de la educación, que empieza a ser hegemónica por todo el mundo, según la cual el sentido de la educación es preparar individuos capaces de generar riqueza, “generadores de renta” como los llama Martha Nussbaum, a los que importa poco el trabajo que realicen, o las personas con las que traten.

10.- El tema ha quedado apenas esbozado. ¿A qué fuentes se puede recurrir para seguir profundizando?

Dentro de la ingente bibliografía disponible sobre cada uno de las cuestiones tratadas me limitaré a tres referencias, todas ellas relativamente recientes,
Sistemas, hipótesis y derechos humanos

Leticia Cabrera Caro
Universidad de Cádiz
SISTEMAS, HIPÓTESIS Y DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son una construcción occidental relativamente reciente. Aunque la cuestión relativa al origen de los mismos no está exenta de polémica, es preciso reconocer que las bases filosóficas de los derechos humanos ya estaban presentes en el pensamiento humanista que se inicia con el estoicismo. A pesar de ello, los derechos humanos, como categoría jurídica específica, no surgen hasta los siglos XVII y XVIII, al amparo de las teorías jurídico políticas de la Modernidad. En concreto, al amparo de las construcciones sistemáticas de la llamada Escuela de Derecho Natural Moderno o iusnaturalismo moderno.

Los planteamientos iusfilosóficos de esta Escuela quedaron plasmados en los primeros textos declarativos de los derechos humanos: En la Declaración de Independencia de lo que después serían los EEUU de América, de 4 de julio de 1776 y en la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789. Esta Declaración fue “el punto de partida del constitucionalismo y parlamentarismo del XIX y de toda la evolución posterior en materia de derechos y libertades fundamentales. Su influencia fue especialmente intensa en la Constitución de Cádiz de 1812 y en la que se dio Bélgica al acceder a la independencia en 1813”. Por tanto, la base filosófica de los derechos humanos, tal y como han llegado hasta nosotros, es indudablemente moderna, producto de las teorías contenidas en las obras de autores como Hobbes, Locke, Pufendorf, Kant y tantos otros.

---


3 P. Talavera, Historia de su nacimiento, en J.J. Megías (coord.) Manual de Derechos Humanos, cit., pág. 75.

4 “…las tesis del nuevo iusnaturalismo cristalizaron en el ideario que inspiró e impulsó las revoluciones que tuvieron lugar en el mundo atlántico en la segunda mitad del siglo XVIII, especialmente en Norteamérica y en Francia. El espíritu de estas revoluciones se plasmó en documentos solemnes en donde se consagraron los derechos naturales del hombre y se sentaron las bases del moderno Estado constitucional de Derecho”. A. Montoro, Supuestos Teológico-Políticos de la idea de ordenamiento jurídico. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 2001, pág. 84.
Estos autores no se refirieron a estos derechos con el calificativo de humanos. Ellos hablaron de derechos naturales, lo cual es razonable si se tiene en cuenta que la denominación de un derecho como humano resulta como poco redundante: los derechos sólo pueden corresponder a los hombres, ya que la titularidad de un derecho exige como presupuesto previo la personalidad. El iusnaturalismo moderno se refirió a ellos como derechos naturales. Con esta denominación trataron de resaltar el carácter incondicionado de tales derechos que aparecían como prerrogativas, facultades o poderes que todo individuo tiene por naturaleza (sin necesidad de que concurran otros requisitos o condiciones para su existencia) y que el Derecho positivo no tiene más remedio que aceptarlas. De esta forma, los derechos naturales del individuo se erigieron en el fundamento y en la explicación racional del Estado, del poder político y, al mismo tiempo, en límites a la actividad del mismo, ya que en estas teorías no se admitieron más finalidades en el Estado que velar por el aseguramiento de los derechos originales del individuo.

Pero esta noción subjetiva de derecho, que lo identificaba con una potestad individual, no fue una aportación original de esta Escuela. Años antes, en el ámbito de la Escuela de París, si bien en un contexto más teológico que jurídico, la identificación entre derecho y facultad había penetrado suficientemente en la mentalidad de la época como para que estos autores pudieran afirma sin escrúpulos que el derecho era un poder y no una cosa (un objeto). De este modo, las consideraciones objetivas del derecho propias de la filosofía aristotélico-tomista, quedaron definitivamente obviadas.

---

5 Esta denominación es consecuencia del triunfo del Positivismo jurídico y, al mismo tiempo, de su fracaso: tras la II Guerra Mundial fue preciso reconocer un sustrato inviolable, exento a la voluntad omnímoda del poder político. El desprestigio del iusnaturalismo era tal que no permitió el uso de la misma terminología.


La teología escotista, desarrollada por Guillermo de Ockam y movida por la radicalidad de su *contemptus mundi*⁸, concibió a los hombres como individuos, es decir, aisladamente frente a Dios⁹. Y entendió que la razón humana era poca cosa para conocer los designios divinos, por lo que redujo la moral a un acto imperativo de la voluntad divina¹⁰. Con ello, consideró el derecho (y la ley) como un acto de dominio de voluntad, no como un dictamen de la razón. Y fue relativamente fácil que fuera penetrando la idea de que el derecho (al igual que la moral) se conformaba como una cadena de deducciones desde una voluntad superior. Esto influyó notablemente en las construcciones racionalistas de la Modernidad, que hicieron de los derechos naturales los primeros principios de los que deducir todo el ordenamiento jurídico existente en el Estado.

Ahora bien, la filosofía franciscana por sí sola no fue suficiente. Porque si bien es cierto que Escoto y sus discípulos redujeron todo acto moral a una voluntad que impera, al mismo tiempo admitieron ciertas posibilidades de autorrealización, porque no todo comportamiento moral podía venir deducido desde los primeros principios de la razón práctica¹¹. Junto a la influencia de la teología franciscana, que dominaba los ámbitos académicos desde París, el otro factor que influyó notablemente en la conformación de los derechos originales

---


¹⁰ “El reconocimiento de la *potentia absoluta* de Dios (...) supone que la voluntad creadora de Dios no está sometida a ningún criterio o medida objetiva de moralidad. La voluntad de Dios (*potentia Dei absoluta*) es en cada momento la única medida de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto (nominalismo y voluntarismo radical de G. De Ockahm). A. Montoro, *Supuestos Teológico-Políticos de la idea de ordenamiento jurídico*, cit., pág. 44.

¹¹ “… en la lógica escotista, las premisas mayores no contienen todo lo que aportan las premisas menores deducidas desde aquellas primeras (…). Ciertamente, la Ley natural se compone de principios muy generales, pero es falso mantener que todas las conclusiones están incluidas virtualmente en los primeros principios, de forma que el que conozca aquellos *prima principia* ya pueda alcanzar todas las conclusiones que es posible conocer”. F. Carpintero, “*El desarrollo de la idea de la libertad personal en la Escolástica*”, cit., pág. 67.
o naturales del individuo como primeros principios de los que deducir todo el orden político y jurídico existente en el Estado, fue la aparición de la nueva ciencia, la ciencia moderna, paradigma de racionalidad.

El concepto de ciencia no ha sido uniforme a lo largo de los siglos, pero sin duda, el cambio más significativo en cuanto a su consideración tuvo lugar durante los siglos XVI y XVII. Fue en esta época cuando el concepto de ciencia se unió más estrechamente a la exigencia de exactitud, siendo ésta una de sus características más esenciales. La ciencia moderna apareció como consecuencia de la llamada Revolución científica, que provocó un cambio no sólo en los conceptos de la Física y la Astronomía tradicional, sino que también modificó el mismo concepto del hombre y del mundo, afectando profundamente al concepto de derecho.

La ciencia anterior a la Revolución científica estaba dominada por el aristotelismo. Aristóteles entendía que todo conocimiento científico debía consistir en una progresión desde las observaciones de los fenómenos que se querían explicitar, hasta los principios explicativos de esos fenómenos, para volver de nuevo a las observaciones. En este proceder, se distinguían dos fases: una primera (llamada de inducción) en la que el científico, observando los fenómenos que debía explicitar, tenía que inducir una serie de principios explicativos de tales fenómenos. Y otra segunda (fase de deducción) en la que partiendo de los principios explicativos, se debían deducir o extraer enunciados, que incluyeran esos principios y que, a su vez, fueran explicativos de las observaciones iniciales.

Ahora bien, Aristóteles realizaba una serie de consideraciones a este método inductivo-deductivo, de las que resultan especialmente significativas estas dos:

---

12 J. Ballesteros señala cómo desde sus inicios, el término “moderno” ha ido unido a la exigencia de exactitud, de rigor. Calificar a la ciencia de “moderna” significa reconocer su infalibilidad, que los conocimientos contenidos en ella son necesarios y exactos. Cfr. Postmodernidad: decadencia o resistencia. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 17.


En primer lugar, era consciente de que en toda ciencia debían existir algunos principios que no pudieran obtenerse por deducción de otros principios más básicos. Es decir, reconocía la existencia en toda ciencia de unos primeros principios tan elementales que no se hubieran podido deducir de ningún otro. En segundo lugar, él era consciente de que no toda proposición podía demostrarse empíricamente. Es cierto que hemos mantenido que en la fase de deducción, los enunciados debían volver sobre los fenómenos. Este dato puede parecer que implicara la necesaria demostración empírica de tales enunciados, a fin de que su veracidad no fuera cuestionada, pero Aristóteles no exigía la demostración de todas las proposiciones científicas. Esta necesidad se desarrolló durante la Edad Media, gracias a las aportaciones de Roberto Grosseteste (1175-1235) y de Rogelio Bacon (1214-1292) al método inductivo-deductivo de Aristóteles. Grosseteste y Bacon, además de provocar un cambio en la denominación del método (al que llamaron Método de Resolución y Composición), añadieron una tercera etapa en la investigación científica: los principios inducidos por “resolución” debían someterse a una comprobación contrastándolos con la experiencia posterior.

Pero fue sin duda Galileo el que realizó la profunda transformación metodológica con que será conocida la ciencia moderna. Galileo, no sólo insistió en la necesidad de experimentación o verificación puesta de relieve en la Edad Media, sino que es a él a quien se le atribuye la idea de que el mundo de la naturaleza está escrito en lenguaje matemático. Para la nueva ciencia, las matemáticas son el lenguaje de la naturaleza.

Esta consideración partía de una previa reducción del conocimiento científico a las llamadas cualidades primarias de los objetos. Y es que Galileo, siguiendo el camino abierto por Leucipo y Demócrito, entendió que para
obtener un conocimiento objetivo sobre los objetos, éste tenía que limitarse a aquellas cualidades susceptibles de cuantificación: forma, tamaño, número, posición y cantidad de movimiento. El resto de las cualidades sensibles (llamadas secundarias), como los olores, sabores, colores y sonidos, sólo podían ofrecer un conocimiento subjetivo, porque sólo existen en la mente de quien las percibe. En consecuencia, el conocimiento científico nunca podría basarse en ellas. De este modo, la metodología científica que irrumpió a partir del siglo XVII provocó una primacía de lo cuantitativo sobre lo cualitativo, reduciendo las posibilidades de un conocimiento auténticamente racional a la posibilidad de expresarlo en términos matemáticos o geométricos.

Mientras que los aristotélicos creían que las propiedades cualitativas revelaban la esencia de las cosas (el ser), Galileo sostenía que las relaciones cuantitativas eran las verdaderas claves para la comprensión de la realidad. Sólo las realidades cuantificables matemática o geométricamente eran susceptibles de un conocimiento objetivo, y por tanto, científico, exacto, riguroso. Al reducir la objetividad a aquel las cualidades susceptibles de cuantificación, la ontología quedó excluida del conocimiento científico y, por extensión, de los parámetros de la racionalidad. Al mismo tiempo, esta reducción también provocó que las explicaciones teleológicas quedaran arrojadas fuera del ámbito científico al no explicar los fenómenos en sí. En otras palabras, la Revolución científica personificada en Galileo, desterró la Ontología y la Teleología de lo racional.

La otra modificación que Galileo introdujo en la metodología aristotélica y que provocó el cambio en la consideración de lo racional afectó al ideal de la sistematización deductiva. El ideal de la sistematización deductiva venía de muy antiguo. De hecho, recorre toda la historia de la ciencia y se encuentra...

---

18 F. Carpintero pone de relieve cómo esta primacía de lo cuantitativo sobre lo cualitativo tuvo un efecto inmediato sobre el lenguaje empleado por las construcciones racionales de la Modernidad: “Así, las palabras como sustancia, idea, universal, aparecieron ipso facto como desproporcionadas y carentes de sentido, mientras eran sustituidas sin pudor por las de fenómeno, percepción, dato atómico o lenguaje de validez intersubjetiva. Tras esta aparente simplicidad terminológica operaban unos contextos de justificación bastantes incongruentes”. Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia, cit., pág. 55.

19 “Galileo se daba cuenta de que no podía probar que eran falsas afirmaciones tales como <<los cuerpos no sujetos no mueven hacia la Tierra con el fin de alcanzar su ‘lugar natural’>>. Pero también se dio cuenta de que este tipo de interpretación puede eliminarse de la física porque no <<explica>> los fenómenos”. J. Losse, Introducción a la filosofía de la ciencia, cit., pág. 62. Sobre el rechazo del teleologismo griego, vid. J. Ballesteros, Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 24.
presente en Aristóteles, Euclides o Arquímedes. Consistía en entender que todo conocimiento científico debía estar constituido necesariamente por un sistema de enunciados organizados de tal manera que la verdad de los teoremas se siguiera de la necesaria verdad de los enunciados. Este ideal incluía tres aspectos: En primer lugar, que los axiomas y los teoremas estuvieran relacionados deductivamente. En segundo lugar, que los propios axiomas fueran verdades evidentes y, por último, que los teoremas concordaran con las observaciones. Pero, como consecuencia del ataque que sufrió la filosofía aristotélica durante el siglo XVII y, sobre todo, como consecuencia de la orientación pitagónica y platónica de Galileo, este ideal de sistematización deductiva sufrió una importante transformación: Galileo no exigía la verdad necesaria de los axiomas. En su defecto bastaba, para salvar las apariencias, con que las consecuencias deductivas de los axiomas estuvieran de acuerdo con las observaciones (en definitiva, que el proceso lógico-deductivo estuviera bien hecho desde el punto de vista de la lógica formal). El que los axiomas en sí mismos no fueran plausibles o, incluso, fueran falsos, se consideró irrelevante. Galileo aceptó la distinción entre lo real y lo fenoménico propio del platonismo, y, desde esta perspectiva, las discrepancias que pudieran existir entre los teoremas deductivos y lo que realmente se observaba se atribuyeron a discrepancias “sin importancia”. Enfatizó conscientemente el papel de la imaginación creativa en el método de resolución y por ello insistió en que lo importante era que el científico intuyera qué propiedades de los fenómenos eran la base adecuada para la idealización y qué propiedades podían ignorarse.

Por tanto, la pretensión de sistematización, una vez abandonadas las exigencias aristotélicas de la verdad necesaria de los axiomas, se resolvió en un simple “salvar las apariencias”, y la época comenzó a restar importancia a las discrepancias entre los razonamientos obtenidos por los sistemas deductivos y lo que realmente se observaba en la realidad. La sistematización del conocimiento científico quedó reducida únicamente a la posibilidad de derivar todo el contenido propio de una rama del conocimiento desde un único punto de vista, pero que las conclusiones obtenidas desde este método fueran o no verdaderas, no importaba.

20 Cfr. J. Losse, Introducción a la filosofía de la ciencia, cit., pág. 69.

21 “Galileo insistía en la importancia de la abstracción y de la idealización para la física, extendiendo por tanto el alcance de las técnicas inductivas. En su propia obra, hizo uso de las idealizaciones tales como <<caída libre en el vacío>> y <<péndulo ideal>>. Estas idealizaciones no se encuentran directamente ejemplificadas en los fenómenos”. J. Losse, Introducción a la filosofía de la ciencia, cit., pág. 64.
El nuevo método científico se impuso rápidamente no sólo en el ámbito de las ciencias experimentales. Fue tal el prestigio que alcanzaron estas ciencias en esta época, que su método se consideró el único infalible, el único criterio para establecer la objetividad del conocimiento. Las Humanidades también quedaron afectadas por el éxito del método de la nueva ciencia.

Tratándose de la Filosofía jurídica, la demarcación de las ciencias y el ideal de la sistematización deductiva, con las modificaciones galileanas señaladas, contribuyeron a que la mentalidad de la época asumiera sin problemas la tesis del estado de naturaleza y del individuo aislado como punto de partida de sus constructos racionales. Ahora bien, ninguno de los autores que la emplearon creyeron en su existencia real, y ello no restó veracidad a las conclusiones obtenidas. Lo importante era el sistema. Y para el método impuesto por la Revolución científica, cuando el primer principio no podía conocerse con toda su exactitud, se le sustituía por una hipótesis racional. El estado de naturaleza no fue más que la consecuencia de la abstracción galileana exportada a la filosofía jurídica, gracias a la obra de Descartes. Se consideró, sencillamente, una hipótesis necesaria de la razón, que garantizaba el rigor y la “cientificidad” del pensamiento, siempre que las conclusiones tuvieran cabida en el sistema. Poco importaba que esas conclusiones no se ajustaran a la realidad. Lo que importaba


23 Esta utilización del *status naturae* como hipótesis racional aparece claramente en la obra de Fernando Vázquez de Menchaca, que fue el primer jurista ampliamente conocido que arrancó este tópico del Corpus Iuris romano y le dio operatividad jurídica por primera vez en la historia. Vid. F. carpintero, *Del Derecho medieval natural al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977.


era llegar a las conclusiones que cada autor quería llegar. Para ellos, la verdad metódica se creaba a partir del principio supremo. De esta forma, durante el siglo XVII y buena parte del siglo XVIII se sacrificó la verdad teórica en razón del método o verdad alcanzada matemática o geométricamente.

El nuevo paradigma de racionalidad, al negar realidad objetiva a aquello que no es susceptible de ser medido matemáticamente, excluyó al hombre de ese campo real, porque la persona humana no es susceptible de un estudio matemático, al no agotarse en lo puramente material. Desde estos presupuestos, los derechos humanos se han construido sobre unas bases antropológicas irreflexivas, hipotéticas. Válidas desde un punto de vista formal, pero insuficientes en cuanto a sus posibilidades de fundamentar adecuadamente la juridicidad ontológica del hombre.

27 En lo que al campo jurídico respecta, no parece convincente que autores tan dispares como Grocio, Pufendorf, Thomasius, Gundling, etc., creyeran verdaderamente en la posibilidad de deducir (en el sentido estricto de la palabra) desde un solo principio todo un ordenamiento jurídico, ni sentar las bases de una teoría de la legislación. Su proceder estaba justificado, sin embargo, y así lo entendió buena parte de la época, por el mérito de llegar a conclusiones político-jurídicas que parecían mejores que las existentes anteriormente.


29 Este es el planteamiento que aparece en las obras de Descartes (1596-1650) y de Locke (1632-1704), que presentan de forma separada el mundo real –lo externo al hombre– y el mundo del hombre, de tal manera que el mismo sujeto queda partido en dos, como res extensa, sometida al espacio y la geometría, y como res cogitans, o autoconciencia fuera del espacio y el tiempo. Cfr., J. Ballesteros, Postmodernidad: decadencia o resistencia, cit., pág. 22. F. Carpenter reflexiona sobre esta negación del carácter personal del hombre en La crisis del Estado en la Edad Posmoderna, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 66 y ss.
Los derechos absolutos
y relativos en la
Filosofía del Derecho
del siglo XXI

Juan Castillo Vegas
Universidad de Burgos
LOS DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS EN LA FILOSOFÍA
DEL DERECHO DEL SIGLO XXI

Se suele decir que no hay derechos absolutos puesto que todos tienen un límite en los derechos de los demás, de la misma manera que la libertad propia tiene su límite en la libertad de los demás ciudadanos.

Según el Tribunal Constitucional: “Los derechos y libertades fundamentales no son absolutos pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios, en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos aconseja una restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 1O. 1 de la Constitución como “fundamento del orden político y la paz social “. (Sentencia del Tribunal Constitucional de 12-12-1986).

Si damos al término absoluto el significado de inexcepcionable o incondicional tenemos las siguientes posibilidades:

1º) Si el derecho es absoluto su límite no es absoluto. Ambos no pueden ser absolutos.
2º) Si el límite es absoluto el derecho no es absoluto.
3º) El derecho no es absoluto y el límite no es absoluto. Ambos son relativos.
4º) Los supuestos que aquí pretendemos destacar son aquellos en los que no se da ni puede darse contradicción entre un derecho fundamental de la persona y los intereses públicos (bien común, interés general). No existe una contraposición de intereses, sino todo lo contrario: el respeto de estos derechos fundamentales favorece el interés general (esto corresponde a todos los derechos), y una sola excepción a alguno de estos derechos que podemos calificar de incondicionados y absolutos pone en cuestión el interés general. En este último caso el interés general exige que carezcan de toda excepción, que sean absolutamente inexcepcionables, incondicionales, sin límites algunos derechos.

Estos derechos fundamentales, pocos, que propugnamos como absolutos, sin límites, inexcepcionables, incondicionales, tienen fórmula negativa (aunque expresen realmente valores positivos), por ejemplo la prohibición del asesinato,
la tortura, la calumnia, la violación, la esclavitud, la explotación, el genocidio, etc.

En cambio, en los derechos formulados de modo positivo, cuyo contenido sea una acción positiva del titular del mismo, es mucho más problemático, o, por mejor decir, imposible que carezca de límites y excepciones, puesto que ha de ser compaginable con los derechos de los demás ciudadanos y el interés público. Por consiguiente, la dignidad humana, que es el fundamento de todos los derechos, no se manifiesta incondicionalmente en todos ellos. Por ejemplo, el derecho de propiedad puede y debe tener límites, como sucede, entre otros supuestos, en la expropiación. Hay muchos derechos que se ejercen de un modo positivo y depende de muchas condiciones externas: derecho de propiedad, trabajo, vivienda, información, etc., y deben compaginarse con los derechos de los demás. En otros derechos se prohíbe a todos los ciudadanos actuar en contra de los titulares de dichos derechos, o dicho de otro modo, se manda categóricamente su respeto sin obligar a una acción concreta positiva. Según T. Campbell estos derechos vienen a ser “una restricción complementaria que limita la conducta de otras personas más que un fin a perseguir por el titular del derecho o por esas otras personas”. (T. Campbell, 2002, p. 67-68).

| 1. LA DIGNIDAD HUMANA |

No es que existan modos admisibles y modos no admisibles de vulnerar la dignidad humana, sino que establecer condiciones, límites y excepciones en algunos derechos no vulnera la dignidad humana, mientras que establecer condiciones, límites y excepciones en algunos derechos vulnera y gravemente la dignidad humana. La falta de respeto a estos derechos fundamentales inexcepcionables, ilimitados, incondicionales, tiene su origen, ordinariamente, en una especial maldad, dolo y mala fe, por lo que se hace más inteligible que con estos orígenes tan moralmente negativos no pueden admitirse excepciones.

Sostener que no existe absolutamente ninguna acción humana que esté prohibida sin excepciones por la dignidad humana, es un concepto contradictorio. Dadas las condiciones pertinentes ninguna acción sería absolutamente denigrante e indigna de la persona humana y dadas ciertas circunstancias absolutamente cualquier acción contra la persona estaría justificada, las dos cosas son inadmisibles.

Defender que todo derecho es relativo, limitado o limitable, condicionado, excepcionable, significa también que no existe ningún caso en que el hombre
es fin y, por tanto, siempre es medio, o puede serlo, para otra finalidad superior. Téngase en cuenta que los medios son condición de los fines. Por consiguiente, si en algún caso se admite el asesinato, la tortura, la calumnia, significaría que la persona asesinada, torturada, calumniada sería medio o condición para otros fines superiores. De este modo ni la persona ni su dignidad serían nunca fin sino medio dadas unas condiciones o circunstancias específicas que lo justifiquen. Así tendríamos muchas alabanzas a Immanuel Kant en su célebre propuesta de no tratar al la persona humana nunca solamente como medio puesto que siempre es fin, pero no habría sido entendido.

En principio, y si es de la misma especie, y que no afecta a la dignidad de la persona, el bien común es más excelente que el bien particular. Por ejemplo, dinero contra dinero, debemos pagar impuestos al Estado. En algunos derechos la excepción favorece el bien común y el bien particular de todos como es la propiedad-expropiación. Ahora bien, en otros casos, es lo absoluto, la incondicionalidad, la inexcepcionalidad lo que favorece el bien común y el bien particular de cada uno de los ciudadanos.

El problema es complejo porque aparentemente se podría defender que los derechos son inviolables pero no absolutos, es decir, serían inviolables mientras no exista una razón, una explicación o una justificación adecuadas. En esta teoría si hubiera una razón, explicación o justificación no es que el derecho en cuestión sería vulnerable sino que más bien no existiría tal derecho. Pero la calificación de absoluto significaría sin ninguna excepción, es decir, en determinados derechos, no en todos, en la vida real no habría nunca razones para la excepción.

A esta posibilidad de fundamentar derechos absolutos en la dignidad humana alude Jaime Rodríguez-Arana en estas palabras:”Comentaré -aún a riesgo de ser malinterpretado- que en el hombre concreto, en su dignidad, en su ser personal, encontramos la condición de absoluto, de referente de cuanto hay, acontece y se produce en el universo”. (J. Rodriguez-Arana, *La dimensión ética*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 26). Aquí el concepto de absoluto aplicado a derechos no tendría el sentido de infinito ontológico, sino a) absolutamente todos los seres humanos; b) absolutamente en toda circunstancia, sin excepciones.

Los conceptos de persona y dignidad son unívocos y se aplican a todos los sujetos a quienes se les atribuyen en el mismo sentido. Por consiguiente, la igualdad en la *personaeidad* y en la dignidad no admite condiciones, limitaciones ni excepciones.
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INEXCEPCIONABLES

Los derechos humanos son continuamente vulnerados y quebrantados en todo el mundo, incluso aquellos a los que aquí hacemos referencia: la prohibición del asesinato, la tortura, la calumnia, la esclavitud, el genocidio, la explotación etc., ya se sostenga que son absolutos o relativos, ilimitados o limitados, incondicionados o condicionados, inexcepcionables o excepcionables. Pero mucho más pueden ser vulnerados y más fácilmente los dictadores, terroristas y delincuentes encontrarían las condiciones adecuadas para quebrantarlos si ya teóricamente son definidos y configurados como relativos, condicionados y excepcionables. Si bien es cierto que ningún criminal es tan estúpido que no encuentre razones para justificar sus crímenes, no parece lógico ni lícito configurar a priori conceptualmente dichos derechos como relativos, condicionados y excepcionables para facilitar el camino a los que tuvieren la voluntad de violarlos. Muy acertadamente observa a este respecto C. I. Massini-Correas: “Y parece claro que la primer alternativa, la de fundar los derechos y los deberes en ficciones, modelos meramente construidos y artificios inventados, no podrá alcanzar nunca una fuerza deótica capaz de constreñir a la razón humana a la aceptación de unos deberes y unos derechos que dados los extremos para su aplicación, aparezcan como inexcepcionables (…). Esto significa que quien debe tomar una decisión de importancia para los bienes básicos, en especial para el bien común no puede ser consistente movido a obrar con el único fundamento de razones hipotéticas, condicionales, ficticias o inventadas. Para que una proposición deótica alcance fuerza prohibitiva en el orden ético o jurídico, debe tener como fundamento una argumentación estructurada, con proposiciones teóricas y prácticas, de carácter incondicional o apodíctico. De lo contrario no podrá articularse nunca, un precepto o un mandato, con capacidad racional de obligar” (C. I. Massini-Correas, “Multiculturalismo y derechos humanos”, 2003, p. 89).

Existen cualidades y propiedades de la persona que son personalísimas, es decir, incomunicables, incompatibles. Estas propiedades deben ser respetadas por el resto de los ciudadanos, pero no deben ser compaginadas, ni necesitan serlo por su misma naturaleza, ni son compartibles ni limitables por las cualidades-derechos-facultades de los demás. Otros derechos y libertades no sólo son compaginables con las cualidades (derechos, bienes, acciones, etc.,) de los demás ciudadanos sino que deben serlo.

La inviolabilidad de la vida de un inocente (que no efectúa agresiones injustas contra nadie), el derecho a no ser torturado o calumniado no son impedimentos
para el ejercicio de los legítimos derechos de todos, han de ser respetados por todos y no tienen propiamente límites, en el sentido de que no requieren de ninguna acción externa para ser ejercidos ni pueden ser impedidos por ningún condicionante interno ni externo a la persona misma.

Estos derechos inexcepcionales e incondicionados son ilimitados en el sentido de que ellos mismos son siempre y en toda circunstancia un límite insuperable más allá del cual no está permitido actuar a los demás ciudadanos. En lugar de permitir todos los abusos y extralimitaciones por parte del titular del derecho, son, por el contrario, un límite a la acción, abusos y extralimitaciones por parte o desde la perspectiva de los titulares del deber, del resto de los ciudadanos. El mismo autor señala en su ensayo: “En definitiva, para que los derechos humanos, entre ellos los derechos de los grupos culturales, sean reconocidos como tales derechos, i. e., como inexcepcionables y decisivos, como un límite más allá del cual no está permitido aventurarse nunca, como un núcleo de indisponibilidad capaz de sustraer a las dimensiones perfectivas de lo humano del poder arbitrario y de la instrumentalización y manipulación en beneficio de los intereses de sectores, estados, o grupos económicos, resulta inevitable combatir y vencer en la “batalla retórica” de la naturaleza humana, de la dignidad de la persona, de los bienes humanos básicos y de los bienes comunes de las colectividades que el hombre forma para alcanzar la perfección que le es más propia”. (Ibid., p. 94–95).

Estos derechos fundamentales que propugnamos pueden ser denominados propiamente como absolutos. No son ilimitados en el sentido de que puedan extenderse sin límites sobre otros derechos de los ciudadanos sino que deben ser respetados sin limitaciones, sin condiciones, sin excepciones por todo el conjunto de la ciudadanía. Se entiende mejor todo esto si se considera que estos derechos no se ejercitan mediante acciones positivas y los deberes ante ellos son meramente negativos y abstencionistas.

Se produce una paradoja en esta cuestión de los derechos humanos como ha sido destacado por algunos autores: cuanto con más énfasis se ensalzan los derechos humanos y se rechaza su violación, menos fuerza, al parecer (al menos en algún sector doctrinal), se da a su fundamentación, explicación y justificación.

En referencia a una fundamentación puramente relativa de los derechos humanos nos dice C.I. Massini–Correas: “Ahora bien, unos derechos así fundados y dotados –como consecuencia– de una exigibilidad meramente relativa o hipotético-condicional, no pueden tener la fuerza moral que el uso habitual del lenguaje y la literatura más corriente les atribuyen. No se tratará
de “cartas de triunfo” frente al poder, ni de derechos “tomados en serio”, ni de “derechos inalienables”, sino solamente de exigencias mediadas, subordinables a otras instancias, que variaran según cuál sea la doctrina particular de que se trate”. (C. I. Massini–Correas, 1991, p. 269). Una fundamentación racional endeble no puede dar origen a una imperatividad moral poderosa.

| 3. OBJECCIONES |

No son pocas las objeciones presentadas en los últimos tiempos en contra de la existencia de derechos absolutos. También es interesante observar que algunos filósofos, al parecer, tratan de fundamentar más las objeciones contra la existencia de algunos derechos absolutos que los derechos humanos mismos. Presentamos a continuación algunas de las objeciones más destacadas:

1ª. Relativismo

Según una opinión bastante extendida el relativismo en general (opiniones, ideas, derechos) es necesario para la democracia o por lo menos la favorece.

Contra esta objeción tenemos que decir que si se rechazan todos los “absolutos” o todos los “absolutamente” no se va a un relativismo positivo, una tolerancia benéfica, sino al nihilismo axiológico. El nihilismo en los valores, a fortiori afectaría al nihilismo jurídico. (Cfr., Heinrich Fries, 1967, p. 24-25, 34-35).

En relación al relativismo existen dos grupos de argumentaciones. Una de éstas lo considera como uno de los fundamentos de la convivencia, la tolerancia, la democracia. Que nadie esté muy convencido de nada se valora como una actitud positiva para conseguir el orden jurídico y la paz social. Muchos ingenuamente consideran que esta actitud originaría automáticamente un inmenso respeto de los derechos humanos.

Otro grupo de razones, por el contrario, podría resumirse en la frase de R. Scruton: ”En la argumentación sobre problemas morales el relativismo es el primer refugio del sinvergüenza”. (R. Scruton, 1994, p. 34). Si en algunos casos, dependiendo de las circunstancias, fuera lícito asesinar, torturar, calumniar, esclavizar, explotar, etc., todo esto no conduce a nada positivo, ni aumenta la tolerancia, la democracia, la solidaridad. Relativizar, condicionar y exceptuar todos estos deberes, derechos, prohibiciones, no favorece la convivencia social, justa, pacífica y democrática sino que la destruye.
Si no se admiten derechos absolutos, ninguno, significa que la persona y su dignidad son absolutamente sacrificables para las demás personas, la sociedad, el Estado, etc. Pero si cada uno de los miembros de la sociedad humana es absolutamente sacrificable en toda su dignidad, en todas sus especies de dignidad (moral, ontológica, jurídica, social, etc.), y en su misma vida a todos los demás miembros de la sociedad, significa que ni todos ni cada uno son absolutamente dignos, ni tampoco se trataría de verdadera dignidad en cuanto categoría, excelencia, rango e importancia inviolables de la persona humana. Si cada uno es absolutamente disoluble también es disoluble el conjunto de todos. La persona sería relativa a la sociedad y al Estado, por lo cual ya no sería la sociedad para la persona sino la persona para la sociedad. Al no existir ningún derecho absoluto lo que se daría sería un condicionamiento absoluto de la persona respecto del Estado.

Si todos los valores y derechos son relativos respecto de alguna circunstancia, la “circunstancia” más excelente de todas las posibles sería la sociedad, el Estado, la comunidad. Pero entonces estamos en la teoría clásica del totalitarismo y la tiranía en que la persona es sacrificable en todos sus aspectos, relaciones, dimensiones, entidad y especies de dignidad al Estado, comunidad, sociedad. Ya hemos dicho que las especies de dignidad de la persona son numerosas, ahora bien, por lo menos algunos de los derechos fundamentales afectan a todas las especies de dignidad y son los que denominamos absolutos. Aquellos en los que cabe siempre aplicar el concepto de absoluto en los siguientes sentidos: todos los seres humanos, en toda circunstancia, sin excepciones.

Repugna a la razón práctica (la conciencia moral) la consideración de que no existe nada intrínseca mente malo ni bueno, todo sería subjetivo y relativo, es decir, todo sería bueno o malo, justificable o injustificable en función de las situaciones y las circunstancias. Del mismo modo que se hablaba hace unos años de una moral de situación podríamos hablar también de un Derecho de situación en todos sus preceptos. En muchísimos preceptos jurídicos se deben tener en cuenta las circunstancias, pero en una teoría absolutamente relativista todos los preceptos serían relativos, condicionados y excepcionables.

Nos dice J. Rodríguez-Arana que la profesora Sommer oyó a sus alumnos esta típica formulación relativista: “La tortura, matar de hambre o humillar puede estar mal para usted o para mí pero quiénes somos nosotros para decir a otros qué está mal”. (Op. cit., p. 46). En esta cuestión están implicados muchos sofismas que intentaremos deshacer:
1º. La vida, la conciencia, la dignidad, la libertad, etc., son aspectos de la persona misma.

2º. La tortura va directamente contra todo lo anterior: la vida, la conciencia, la dignidad, la libertad, etc.

3º. Enseñar el respeto de los derechos fundamentales (incluidos los incondicionales): a no ser asesinado, torturado, calumniado, esclavizado, etc., no es una injerencia ilegítima en la vida, libertad, conciencia, y dignidad de la persona sino todo lo contrario: es enseñar el respeto por la persona.

4º. La enseñanza teórica y la garantía práctica de los derechos fundamentales deben estar reforzados por cuantas más instancias mejor: la razón natural, la ley jurídico-moral natural, la ley positiva del Estado, la sanción penal y social, etc.

5º. La enseñanza de los primeros y fundamentales principios y preceptos de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, no significa inmiscuirse ilegítimamente en la libertad de los demás sino todo lo contrario: formar y educar la razón y la voluntad de los demás. En esta materia sucede lo mismo que en lógica, por el paralelismo entre la razón teórica y la razón práctica y sus primeros principios respectivos. Del mismo modo que el que niega el principio de contradicción se contradice, así también el que califica de ilegítimo enseñar la ilicitud moral del asesinato o de la tortura, etc., carece de legitimidad para acusar de ilegitimidades.

Si ni siquiera los primeros y principales deberes y derechos pueden ser enseñados nada nunca podría ser enseñado, advertido, aconsejado, etc., en materias pertenecientes a la razón práctica. Atentado contra la persona y su dignidad es la tortura, pero no enseñar que la tortura es un atentado contra la persona.

6º. Si los torturados fueran ellos mismos reaccionarían violentamente contra sus torturadores, no respetarían la opinión de éstos ni su acción con el argumento del respeto a la libertad, del relativismo, de la no injerencia en la dignidad-conciencia de otros, etc.

7º. Si a causa del error o de los motivos que fueren el mundo se vuelve del revés y la razón (irracionalmente) se vuelve del revés girando ciento ochenta grados, es muy fácil volverlos al derecho y a lo racionalmente correcto: no hay más que ser uno mismo la víctima para cambiar de opinión.
En conclusión, diciendo a otro que la tortura es mala no se ofende la dignidad de nadie sino que se educa para que se respete la dignidad, la vida, la integridad y la conciencia de todos. No es, pues, injerencia, imposición inadmisible ni falta de respeto. La libertad humana no es absoluta sino relativa, condicionada, situada. Ahora bien, no debe confundirse esta cuestión con que algunos modos de negar o violentar la libertad sean absolutamente siempre reprohíbles.

En filosofía se suelen distinguir entre incondicionados absolutos y relativos. Incondicionado absoluto sería Dios e incondicionados relativos serían, por ejemplo: el hombre, la libertad humana, el yo personal, etc. Todo esto entolóxicamente o desde el punto de vista ontológico, del ser. Ahora bien desde el punto de vista moral es diferente. Existen acciones incondicionalmente malas, que nunca están justificadas aunque el objeto o la víctima sea un incondicionado relativo. Así tenemos que es absolutamente malo, intrínsecamente ilícito (en la acción y en el sujeto, aunque el objeto-víctima no sea un ser absoluto) torturar a un ser incondicionado relativo, como es el ser humano. Por consiguiente, ni un ser absolutamente incondicionado ni siquiera un Dios puede torturar, asesinar, calumniar, mentir ni mandar a otros realizar estas acciones. De este modo un ser absolutamente incondicionado no sólo no podría ser objeto de acciones intrínsecamente ilícitas moralmente sino que tampoco podría ser sujeto.

Si todo derecho fuera relativo las posibilidades teóricas y prácticas serían realmente infinitas. Entre ellas tendríamos: a) relativo a un interés más fuerte. b) a la razón de Estado. c) al Estado, raza comunidad, nación, etc. Aquí cabrían todos los totalitarismos históricos en que los derechos de los ciudadanos son solamente ruedas de engranajes muy superiores desde el punto de vista político. En esta misma línea observa acertadamente F. C. Fernández Sánchez: “Cuando la primacía de los valores morales no está clara respecto al orden de los bienes y de los males presentes en la vida humana, desaparecen conceptos fundamentales, -como el de absoluto moral– derivados de las exigencias de la verdad sobre la persona humana y su dignidad”. (F. C. Fernández Sánchez. 2006, p. 1010).

La seguridad y la certeza jurídicas desaparecerían en cuestiones fundamentales hasta producir la máxima intranquilidad entre los ciudadanos. Nadie estaría seguro de no ser asesinado, torturado, calumniado, explotado, etc., si se dieran unas determinadas circunstancias, consideradas a juicio del que ostenta el poder político. Se cumpliría así la famosa opinión de Napoleón: existen tantas leyes que nadie está seguro de no ser ahorrado aplicando alguna de ellas.
2°. Dogmatismo

Es otra acusación contra la defensa de algún derecho fundamental absoluto, inexcepcionable, incondicionado. Contra esta objeción tenemos que oponer lo siguiente: en un “dogma” o principio hay que considerar a) el contenido o materia. b) la firmeza o seguridad con que se defiende. c) el modo pacífico o violento de su proposición-imposición. En el caso que nos ocupa no se ve nada reprobable en defender la existencia de algunos derechos inexcepcionables, con firmeza y pacíficamente, de lo contrario (si se impusieran con violencia habría *contradictio in terminis*, por ejemplo, si se torturara para imponer la prohibición absoluta de que no se debe torturar.

Los artículos del Código penal tienen algún aspecto de carácter dogmático: a) su imperativo es categórico, no hipotético. b) llevan incorporada una amenaza de sanción penal. A esto tenemos que añadir dos cosas. a) aunque teóricamente en lo categórico y en lo absoluto no hay grados, sin embargo, como los derechos humanos son realidades muy complejas y variadas, sí podemos establecer grados de categoricidad y de “absolutismo”. No es lo mismo, por ejemplo, el derecho a no ser robado que el derecho a no ser asesinado o torturado, b) el aspecto despectivo del dogmatismo tiene más relación con la actitud de las personas que con el contenido de los derechos, es decir, sería sumamente positivo que fueran realmente “dogmas” respetados por todos: no asesines, no tortures, no calumnies, etc. En cambio, como queda dicho, sería contradictorio defender estos “dogmas” asesinando o torturando.

En toda la historia de la humanidad todo ha sido negado o discutido alguna vez y ya Cicerón decía que no hay dislate o sinrazón que no haya sido dicha por algún filósofo, sin embargo los dos principios menos discutidos en toda la historia humana han sido: no matar al inocente y no privar de la razón. Siempre se les ha considerado como absolutamente inexcusables (entre otros), de lo contrario con una excusa “suficiente” podrían ser conculcados.

Si nada vale por sí mismo: la persona humana, la vida humana, el ser individual, racional y libre y su dignidad sino que todo depende de unas condiciones, en este caso se originaría un círculo vicioso en las condiciones y todos los derechos serían condicionados dependiendo de alguna condición personal, social, estatal, etc., que sería superior a él. Podría crearse una regresión infinita, un proceso al infinito, que no favorece nada, sino que más bien destruye la fuerza deontica de los derechos humanos. Todo deber y toda obligatoriedad serían siempre dependientes de una condición, situación o circunstancia anterior.
o superior. A este mismo problema hace alusión T. Campbell en el siguiente texto:’’Aunque Dworkin sostiene que todas las teorías encierran objetivos, derechos y deberes, sostiene que se diferencian en cuanto a qué tipo de normas consideran fundamentales desde el punto de vista de la justificación última. Así, los objetivos pueden estar justificados porque promueven derechos y deberes, mientras que los derechos o deberes pueden estar justificados, a la manera del utilitarismo de reglas, sobre la base de que, a largo plazo, promueven ciertos objetivos. De manera similar, los derechos pueden estar justificados sobre la base de sus deberes correlativos o, los deberes pueden estar justificados en términos de sus derechos correlativos. De modo alternativo, objetivos, derechos o deberes pueden estar justificados con referencia a otros objetivos, derechos o deberes más básicos o, por otro lado, pueden sostenerse por sí mismos sin necesitar de una justificación ulterior’. (T. Campbell, 2002, p. 81)

Algunos filósofos son contradictorios. Comienzan diciendo que todo es relativo, en aras del racionalismo crítico, supresión de dogmatismos, defensa de la tolerancia, etc., pero siempre reconocen algún principio que debería considerarse como incondicionado. Para K. Popper el valor absoluto, inmutable y a priori es la libertad. Pero aparte de que la libertad humana no puede ser considerada como absoluta, el concepto de libertad de Popper puede ser criticado desde otras perspectivas. A este respecto observa R. F. Crespo:’’El análisis de la “paradoja de la libertad” que hace Popper, unido a todo lo anterior nos da una idea -pienso que bastante aproximada- del concepto de libertad que maneja Popper. El filósofo austriaco se está refiriendo a la “libertad psicológica” o libre arbitrio, capacidad indeterminada y arbitraria, intrínseca indiferencia activa hacia el bien o el mal. Hay otro concepto de libertad, la libertad moral, que es la capacidad de autodeterminación para obrar el bien en la que la arbitrariedad o discrecionalidad -fuera del ámbito de la verdad o el bien- no agregan nada, más bien quitan haciendo el acto menos libre. Con este último concepto de libertad –moral–, no hay paradoja; sólo hay actos libres y no libres’’. (R. F Crespo, 1995, p. 129-130).

3º. Fanatismo

Otra acusación aparentemente posible contra la existencia de derechos absolutos es la de fanatismo. Es también una acusación falsa. El escritor indio nacionalizado británico Salman Rushdie decía hace poco tiempo que el fundamentalismo no tiene relación con la religión sino con el poder. Según Jorge Ruiz de Santayana el fanatismo consiste en redoblar los esfuerzos cuando se han olvidado los fines. El fanatismo puede darse en cualquier ideología
y depende más del temperament de las personas que de su ideología. Con cualquier ideología política, social, religiosa, etc., se puede ser un fanático.

4°. Insolidaridad

Augusto Comte y León Duguit se oponían a la existencia de los derechos humanos, de todos los derechos humanos, en su opinión, como contrarios a la solidaridad. Según estos autores la misma existencia de los derechos humanos es contraria a la sociabilidad y a la solidaridad humanas. La insistencia en los derechos sería la supresión de los deberes sociales llegando incluso a afirmar que no existen más derecho que el deber de cumplir los deberes sociales. Reaccionaron excesivamente contra el liberalismo individualista y no pudiendo mantener el equilibrio se pasaron al extremo opuesto.

Evidentemente nos oponemos a estas ideas defendiendo la opinión contraria: las primeras exigencias de toda solidaridad son precisamente no asesinar, no torturar, no calumniar, etc., y a continuación añadir comportamientos sociales de carácter activo y positivo. Como queda dicho sin la persona, su dignidad y sus derechos se disuelve toda sociedad y toda solidaridad. El nihilismo respecto a las partes integrantes de un todo termina afectando también al todo integrado por las partes.

5°. Algunos ejemplos

Otra razón poderosísima (igual que las demás) en favor de la tesis aquí defendida la encontramos también, por ejemplo, en el supuesto jurídico-moral de la calumnia. Una de las muchas definiciones aplicadas a la justicia es: la justicia es la verdad en acción. Es una definición conceptualmente admirable y plausible aunque en la práctica jurídico-procesal no siempre sea fácil el triunfo de la verdad en la justicia, como verdad aplicada en la vida jurídica, política y social. Ahora bien, en el supuesto jurídico-moral del delito de calumnia tiene relación directa con la mentira, con la contradicción directa y deliberada con la verdad y en el valor de la verdad (como en otros) no caben excepciones o contradicciones dolosas a la misma.

El caso de la prescripción adquisitiva o liberativa en que aparentemente se sacrifica la verdad de la propiedad de un bien a la justicia general no tiene nada que ver con el supuesto de la calumnia ni supone una objeción al derecho absoluto a no ser calumniado. Además la prescripción adquisitiva o liberativa no es un caso de mentira, decir lo contrario de lo que se piensa con intención de engañar.
En conclusión, el valor de la honra, el honor de la persona, no es en todo caso un valor absoluto que origine derechos absolutos, pues, por ejemplo es lícito publicar los delitos cometidos por personas adultas, supuesto en el que prevalece el derecho a la información. En cambio, que el derecho a la honra y al honor sea vulnerado deliberadamente, dolosamente como en el caso de la calumnia, sí debe ser siempre rechazado absolutamente y sin excepciones.

Otro caso es, por ejemplo, la mutilación femenina. Teóricamente caben las dos opiniones: la de la prohibición absoluta y la de la prohibición relativa o condicionada. Supongamos que se admite una condición referente a la cultura en que vivan las personas afectadas. Aquí estaría precisamente la raíz del mal: en aceptar como condición la cultura en que se vive como causa justificativa de la vulneración del derecho humano afectado. Ni esta condición ni ninguna otra son admisibles.

Otro supuesto es el denunciado en el editorial de la revista Mundo Negro N° 560, marzo 2011: “...el dolor y la rabia que sentimos por los actos de violencia cometidos contra las mujeres en otras partes de África, especialmente en la República Democrática de Congo, donde la violencia sexual ha sido y sigue siendo la peor y más vergonzante arma de guerra utilizada por todos los beligerantes en el este del país.

Según el informe publicado el año pasado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos sobre la violencia en la República Democrática de Congo entre 1993 y 2003, las mujeres pagaron un tributo particularmente duro a causa de su vulnerabilidad socioeconómica y cultural que ha favorecido formas de violencia extremas, una violencia acompañada del uso sistemático de la violación y de las agresiones sexuales cometidas por todas las fuerzas combatientes. Y lo que es más grave, el informe pone en evidencia el carácter recurrente, generalizado y sistemático de las violaciones”.

En esta cuestión (de los derechos absolutos y relativos) se dan también algunos casos muy curiosos y muy conocidos. Es el caso de algunos políticos independentistas que repiten un día sí y otro también que tal pueblo tiene derecho a seguir su propio destino y absolutamente nada ni nadie puede impedir a un pueblo seguir su propio destino determinado unilateral y autónomamente. A este respecto podemos responder lo siguiente: a) aquí presentan el derecho de soberanía como absoluto, b) confunden los derechos políticos con los derechos humanos, incluso con los derechos humanos incondicionados e inexcepcionables, c) los derechos políticos dependen de muchas condiciones...
políticas. La legislación de Las Naciones Unidas sólo permite el derecho de autodeterminación de los pueblos en dos supuestos: en caso de colonización y en caso de que el Estado central no reconozca o impida el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Otro caso también de incoherencia es, por ejemplo, la reivindicación por parte de feministas radicales del derecho absoluto al aborto, sin ninguna clase de limitación, pero después (o antes) quizá teóricamente sostienen que no existen valores ni derechos absolutos.

| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |

La lógica de la investigación científica, Madrid, Tecnos, 1962.
Conocimiento Objetivo, Madrid, Tecnos, 1974.
Sobre la paternidad de la «declaración de los derechos del hombre y del ciudadano». (Apuntes presuntamente heterodoxos)

Benito de Castro Cid
Universidad Nacional de Educación a Distancia
SOBRE LA PATERNIDAD DE LA «DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO».
(APUNTES PRESUNTAMENTE HETERODOXOS)

En la actualidad, la presencia de las declaraciones de los llamados «derechos humanos» en los textos constitucionales estatales es ya una realidad que forma parte de nuestro horizonte habitual de experiencias. Es, por tanto, un fenómeno normal en la vida social. Pero hubo un tiempo en el que la idea de la incorporación a la legislación básica de la comunidad política de un código de derechos que detentaban los individuos por su mera condición de hombres y ciudadanos suponía un cambio tan profundo en la concepción de las relaciones entre el Estado y sus miembros-súbditos que tuvo un sentido netamente ‘revolucionario’. Es, pues, razonable reconocer la originalidad histórica de la idea; y es razonable también plantearse la pregunta de a quién corresponde el mérito de haberla puesto en circulación.

Esta cuestión no afecta ciertamente a ninguno de los aspectos vitales de la actual problemática de los derechos humanos. En esa medida, podría pensarse que se trata de un problema meramente teórico, que interesa solamente a los eruditos. Sin embargo, creo que su capacidad de contribuir al conocimiento de las raíces y del sentido originario de un fenómeno tan decisivo todavía para la filosofía política actual como son las declaraciones de los derechos fundamentales de la persona hace que el tema tenga también una importante incidencia práctica.

1. EL PUNTO DE PARTIDA

Durante la mayor parte del siglo XIX predominó casi sin desfallecimiento la convicción de que el reconocimiento de los derechos naturales del hombre por parte de los ordenamientos jurídicos estatales había sido una especie de milagro histórico que, bajo la guía espiritual de Rousseau, el mundo debía a la Declaración francesa de 1789. Pero, casi a punto ya de cerrarse el siglo, algunos historiadores de

1 Como señalara en su día A. G. Posada (“Estudio Preliminar” a La Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, de G. Jellinek, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1908 [p. 231 de la edición de J. G. Amuchastegui en el libro Orígenes de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano [G. Jellinek, E. Boutmy, E. Doumergue y A. Posada], Editora Nacional, Madrid, 1984]) “El problema histórico que constituye el objeto de la disertación del señor Jellinek tiene, sin duda, un alto interés científico para el historiador, para el jurista y aun para el político, sea cual fuere el juicio que se tenga sobre lo que podríamos llamar el alcance ético de la Declaración de Derechos francesa”.

2 La idea sigue vigente todavía en algunos ambientes, como prueba (por ejemplo) el hecho de que, a finales de 1988, el francés «Centro Nacional de Investigaciones Científicas» publicara con el título
las ideas y de las instituciones empezaron a dudar del protagonismo y, sobre todo, de la originalidad de la meritoria Declaración francesa. Y, así, frente a la doctrina tradicionalmente compartida de forma bastante pacífica, se fue abriendo paso la opinión de que, no sólo la idea de la Declaración, sino también el diseño del modelo, la estructura interna y la mayor parte de su contenido eran deudores de múltiples influencias externas entre las que habían desempeñado un papel protagonista los Bills of rights recientemente proclamados en los nuevos Estados de América del Norte, al calor de su movimiento de independencia frente a Inglaterra.

Como es sobradamente conocido, el correspondiente debate sobre el origen de la «déclaration des droits de l’homme et du citoyen» tuvo su momento estelar en el año 1902, merced al apasionado enfrentamiento de un autor alemán (G. Jellinek) y otro francés (E. Boutmy) en el que vino a terciar un segundo pensador francés (E. Doumergue) 3. El primero defendió la tesis de que la Declaración francesa se había inspirado en el ejemplo de las Declaraciones americanas del año 1776, reproduciendo incluso con notable fidelidad textual algunos de sus contenidos4. En cambio, el segundo rebatió la argumentación


del alemán y reafirmó la originalidad europea-francesa y rousseauniana de la Declaración de 1789\(^5\), lo que provocó la correspondiente réplica de Jellinek\(^6\). A su vez, el tercero\(^7\), tomando el pie de una de las tesis parciales del anterior, desarrolló sistemáticamente la afirmación de que la historia de la Declaración no podía ser escrita sin reconocer el protagonismo del ideario político calvinista en sus tres sucesivas líneas de desarrollo: la francesa, la inglesa y la americana\(^8\).

(Con el fin de disponer de los datos necesarios para evaluar adecuadamente su respectiva aportación a la reconstrucción histórica de la génesis de la más paradigmática e influyente declaración de derechos, conviene recordar, aunque sea muy brevemente, el alcance detallado de cada uno de estos tres posicionamientos básicos).

1.1. Tesis de G. Jellinek

La revisión de la doctrina tradicional sobre la génesis de la «declaración de los derechos del hombre y del ciudadano», que llevó a cabo en 1895 el prestigioso jurista alemán, incluía estas tres tesis particulares:

a) El modelo originario de las declaraciones de derechos está en las Declaraciones americanas de 1776; los autores de la Declaración francesa se inspiraron directamente en ellas (de manera especial en la de Virginia);

b) El *Contrato social* de Rousseau no fue la fuente originante de la Declaración francesa; difícilmente hubiera podido serlo, dado que

---


6 “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen. (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy)”, *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l’étranger*, XVIII, Nov./Déc. 1902, pp. 385-400. En el año 1904, JELLINEK publicó la segunda edición, revisada y aumentada, de su libro. (Esta edición fue traducida al castellano por A. G. POSADA con el título de *La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*, (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908)


8 Por lo demás, al margen del núcleo central de cada una de las tesis enfrentadas, hay algunas afirmaciones importantes que son participadas por varias tesis. Así, por ejemplo, JELLINEK y DOUMERGUE coinciden en afirmar el origen religioso-calvinista y en rechazar la paternidad rousseauniana, pero se da una coincidencia entre BOUTMY y DOUMERGUE en la tesis central del origen europeo-francés.
la doctrina del autor ginebrino es contradictoria con los principios básicos de la Declaración;
c) El germén del reconocimiento de los derechos naturales fue la defensa de la libertad religiosa⁹; en esa medida, la Declaración francesa es resultado de una evolución que comenzó en “la iglesia reformada y sus sectas” y terminó cristalizando institucionalmente en las Declaraciones americanas.

1.2. Tesis de E. Boutmy

En su brillante réplica al alegato de G. Jellinek, el constitucionalista y politólogo francés argumentó apasionadamente que:

a) La Declaración “es el resultado de una causa invisible: el gran movimiento espiritual del siglo XVIII”¹⁰; las coincidencias entre la Declaración francesa y las declaraciones americanas son sólo aparentes, “fondo y forma, todo, en el documento francés es original”¹¹;
b) La influencia del pensamiento de Rousseau en la Declaración fue decisiva¹²; los principios sobre los que se apoya el Contrato social y la Declaración están en plena sintonía;
c) La libertad religiosa no ha sido el origen de las otras libertades civiles y políticas proclamadas; cada una de éstas “surge por su cuenta, con

---

⁹ “La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas”: “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen. (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy)”, Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l’étranger, XVIII, Nov./Déc. 1902 (en la p. 105 de la edición de J. G. Amuchastegui)


¹¹ “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en la p. 141 de la edición de J. G. Amuchastegui)

¹² “Las ideas, si no los libros de Rousseau habían penetrado en los espíritus, pero el nombre del autor se perdió por el camino; de ahí que aquéllas entranen de forma anónima”: “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit., (en la p. 127 de la edición de J. G. Amuchastegui)
la misma autoridad que las demás; no hay que establecer ninguna jerarquía entre ellas”\textsuperscript{13};

d) El reconocimiento de la libertad religiosa no se debe a la doctrina reformada calvinista; “Restablezcamos los hechos. La Reforma ha engendrado, no la libertad de conciencia, sino al contrario, una fe más profunda, más tenaz, más aferrada a sus raíces”\textsuperscript{14}.

\textbf{1.3. Tesis de Doumergue}

Según este autor, la Declaración de 1789 fue directa o indirectamente tributaria de la doctrina calvinista, gracias a las aportaciones de sus tres principales líneas de desarrollo:

\begin{itemize}
\item [a)] La línea francesa\textsuperscript{15} fue constante en la afirmación de la natural condición de libertad e igualdad de todos los hombres, la existencia de unos derechos naturales que (como la vida, la libertad y la propiedad) no prescriben y la titularidad popular de la soberanía\textsuperscript{16};
\item [b)] La línea inglesa\textsuperscript{17} reafirmó la doctrina de los derechos naturales y añadió la idea del origen convencional del gobierno y la exigencia de la participación universal en la elección de los diputados del Parlamento\textsuperscript{18};
\end{itemize}

\textsuperscript{13} “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en las pp. 147-148 de la edición de J. G. AMUCHASTEGUI)

\textsuperscript{14} “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en la p. 144 de la edición de J. G. AMUCHASTEGUI)

\textsuperscript{15} Ampliando la información aportada por DOUMERGUE, pueden ser incluidos en esta línea J. CALVINO, M. BUCER, H. BULLINGER, TH. DE BÈZE, G. FAREL, F. HÔTMAN, PH. DUPLESSIS-MORNAY, P. JURIEU, J. BURLAMAQUI Y P. BAYLE.


\textsuperscript{17} Ampliando la información ofrecida por DOUMERGUE, podemos precisar que esta línea fue iniciada en Escocia por J. KNOX Y CH. GOODMAN, discípulos directos de CALVINO, y que se prolongó en Inglaterra de la mano de TH. CRANMER, G. BUCHANAN, los puritanos independientes y O. CROMWELL.

\textsuperscript{18} E. DOUMERGUE, “Les origines historiques de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, cit. (en las pp. 190-198 de la edición de J. G. AMUCHASTEGUI)
c) La línea americana\textsuperscript{19} se esforzó en aplicar las tradicionales convicciones y principios del puritanismo, especialmente la libertad religiosa, a los procesos de fundación, organización y regularización constitucional de las colonias y Estados de América\textsuperscript{20}.

Consecuentemente, Doumergue entendió que la Declaración de 1789 tenía muy poco que deber a Rousseau, dado que este pensador, fiel a su profundo hobbesianismo, se había posicionado con total nitidez en su \textit{Contrato social} en contra de los grandes principios de la doctrina calvinista (derechos naturales, contrato de gobierno, libertad de creencia y culto, participación representativa en el gobierno, sumisión del gobernante a los términos del contrato, derecho de resistencia), principios que constituían la base de la Declaración\textsuperscript{21}.

\section*{2. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE}

En la polémica mantenida a principios del XX por Jellinek, Boutmy y Doumercue terminó quedando implicado un abundante número de aspectos que son sin duda relevantes para el conocimiento de las raíces que alimentaron la floración de la Declaración francesa de 1789. La importancia e interés de todos ellos está fuera de duda. Sin embargo, si queremos conseguir en este momento una visión que asegure el acierto de la evaluación final de las diferentes posiciones, será necesario centrar el foco de la atención únicamente en las cuestiones que actuaron como desencadenantes primarios de la polémica y como pilares estructuradores del debate.

En este sentido, entiendo que el nudo de las discrepancias estuvo formado por estos tres hilos\textsuperscript{22}: la dependencia de la Declaración francesa respecto de las Declaraciones americanas, su deuda hacia las doctrinas y principios defendidos

\textsuperscript{19} Ampliando la información que aportó Doumergeue, podríamos concluir que esta línea, apadrinada en 1620 por los «padres peregrinos» del Mayflower, fue continuada por J. Winthrop, R. Williams, W. Bradford, J. Wyse, J. Edwards y C. Beisel.


\textsuperscript{22} Es una opinión que no todos los estudiosos comparten. Así, J. G. Amuchastegui (“Introducción”, cit., pp. 22-33) ha entendido que son también básicas estas dos: la “influencia de los Bills of Rights ingleses en las Declaraciones de Derechos americanas” y el “origen de la idea de Constitución escrita”
por Rousseau y la contribución a su nacimiento del ideario político desarrollado en el seno de las doctrinas de la Reforma.

2.1. La dependencia de las Declaraciones americanas

En este punto, la investigación desarrollada por G. Jellinek le confirmó la hipótesis de que la «declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» había nacido en la matriz de las precedentes declaraciones de las excolonias inglesas del norte de América, de suerte que, si no hubieran existido éstas, ni aquélla habría contenido el código de derechos que finalmente proclamó, ni habría llegado tal vez a existir.\(^{23}\)

Pero Boutmy entendió que la Declaración francesa debía muy poco a las declaraciones americanas, siendo producto autóctono europeo, fundamentalmente francés, y fruto directo de una causa genérica invisible: el gran movimiento espiritual del siglo XVIII.\(^{26}\)

---

\(^{23}\) “en cuanto a la determinación de los derechos especiales de libertad, los franceses dependen por completo de los americanos. Frente a las normas americanas, los franceses no han tenido ni una sola concepción original. No hay ningún derecho especial de libertad que los franceses hayan añadido a la enumeración americana”: La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen, cit. (en la p. 89 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\(^{24}\) “Las ideas filosóficas del siglo XVIII, esas ideas que no fueron la obra exclusiva de Francia, y a cuya expansión contribuyeron franceses, alemanes, ingleses e italianos, no habrían tenido por sí solas el poder de producir una Declaración de Derechos, era preciso, para eso, que ocurriese un acontecimiento histórico como el de la Revolución americana./. Los franceses, pues, bajo el influjo de América, han erigido, en reglas de derecho, los principios de la libertad, y lo han hecho para toda Europa. Sin América, sin las Constituciones de sus diferentes Estados, quizá tendríamos una filosofía de la libertad, jamás una legislación tal de la libertad”: La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen, cit. (en la p. 156 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\(^{25}\) “una comparación más correcta, realizada sucesivamente con cada una de las Constituciones en su totalidad, reduciría las analogías «entre la Declaración francesa y las Declaraciones americanas» a un 10 o un 5 por 100” “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (p. 130 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\(^{26}\) “Hacia 1760 existía simultáneamente en Francia, Holanda, Inglaterra y Estados Unidos una manera de razonar y un tipo particular de argumentos que no eran propios de ninguno de esos países. Cada cual desarrollaba a su modo y siguiendo su genio las ideas que extraía de ese tesoro común. Así las analogías que se observan entre las Declaraciones americanas y la Declaración francesa de 1789 no deben inducirnos a acercar la una a la otra, sino ambas a un modelo común”: “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en las pp. 130-131 de la edición de J. G. Amuchastegui)
Doumergue apostó, sin embargo, por una solución de compromiso que reconociera la confluencia parcial de la originalidad europea y la ejemplaridad de las declaraciones americanas27.

### 2.2. Deuda respecto de Rousseau

Tradicionalmente, la mayoría de los estudiosos del tema coincidían en la afirmación de que la «déclaration des droits de l’homme et du citoyen» estaba directamente inspirada en el «Contrat social» de Rousseau, del filósofo ginebrino. Jellinek dedicó el capítulo II de su obra Erklärung… a desmontar esa opinión, concluyendo que, aunque las ideas de Rousseau habían ejercido un cierto influjo sobre algunas de las fórmulas de la Declaración, “los prinicplos del contrat social son absolutamente contrarios a una Declaración de Derechos”, de modo que “la Declaración del 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el contrat social”, por lo que resulta imposible afirmar que la doctrina que éste desarrolla es la principal fuente de inspiración de la Declaración28.

Para Boutmy, en cambio, no sólo no hay ningún antagonismo esencial entre los principios del «contrato social» de Rousseau y la Declaración de 178929, sino que ésta refleja claramente la profunda y amplia huella de esa obra30.

27 “No es contradictorio admitir estas dos tesis: 1ª, la Revolución francesa es el resultado de una evolución secular; la filosofía del siglo XVIII tuvo una gran influencia y, en concreto, Rousseau fue uno de sus profetas, y 2ª, la declaración de 1789 (pues no hablamos de ninguna otra) estuvo inspirada en su redacción por los Bills of Rights, los cuales habían sido inspirados, a su vez, por el calvinismo americano, asimismo resultado del calvinismo europeo”: “Les origines historiques de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, cit. (en las pp. 210-211 de la edición de J. G. Amuchastegui)

28 La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen, cit. (en la p. 71 de la edición de J. G. Amuchastegui)

29 “el hecho de la Declaración no está en absoluto en contradicción manifiesta y directa, como cree Jellinek, con los principios sobre los que se apoya el Contrato social”: “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en la p. 125 de la edición de J. G. Amuchastegui)

30 “si consideramos detenidamente los artículos más característicos de la Declaración, se aprecia que casi todos proceden de tres artículos fundamentales, de los que son corolarios necesarios. De este modo tenemos nuestra Declaración de Derechos constituida sin que el principio del Contrato social suponga obstáculo alguno”: “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (p. 126 de la edición de J. G. Amuchastegui)
A su vez, Doumergue, a pesar de reconocer el protagonismo filosófico de Rousseau en el siglo XVIII\textsuperscript{31}, insistió enérgicamente en un punto esencial: la contradicción entre los postulados que constituyen la base de su doctrina sociopolítica y la mayor parte de los principios y derechos que, bajo la influencia de las doctrinas calvinistas, fueron incorporados a la Declaración de 1789\textsuperscript{32}.

2.3. Contribución del ideario político de la Reforma

Este fue el tercero de los goznes sobre los que giró el análisis revisionista que Jellinek desarrolló en relación con el origen de la Declaración francesa de 1789. En su opinión, las declaraciones de derechos no fueron una creación filosófica o política, sino una aportación religiosa; no es posible dudar de que el germen de todos los derechos naturales fue la lucha por la libertad religiosa\textsuperscript{33} y muy especialmente la contribución que, en el marco de esa lucha, realizó la iglesia reformada\textsuperscript{34}.

Boutmy negó, por contra, a las iglesias reformadas cualquier tipo de paternidad de los derechos proclamados en la Declaración de 1789\textsuperscript{35}, insistiendo

\textsuperscript{31} “la filosofía del siglo XVIII tuvo una gran influencia y, en concreto, Rousseau fue uno de sus profetas”, sin perjuicio de reconocer que su doctrina “no puede considerarse como un bloque compacto”, pues el autor utilizó con gran generosidad “el derecho a contradecirse en la teoría y en la práctica”: “Les origines historiques de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, cit. (en las pp. 210-211 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\textsuperscript{32} Por ejemplo, la infranqueabilidad de los derechos naturales presociales, la libertad de creencia y culto, la participación representativa en el gobierno, la sumisión del gobernante a los términos del contrato, su obligación de respetar y conservar los derechos naturales o el derecho de resistencia. Ver E. Doumergue, “Les origines historiques de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, cit. [en las pp. 213-223 de la edición de J. G. Amuchastegui]

\textsuperscript{33} “se puede considerar establecido que la representación de los derechos del hombre, innatos e inalienables, se desenvuelve por primera vez en las luchas político-religiosas, en la iglesia reformada y sus sectas, hasta ser un poder que dirige los espíritus”: La Declaration des Droits de l’homme et du citoyen, cit. (en la p. 63 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\textsuperscript{34} “La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un -fruto de la Reforma y de sus luchas”: La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen, cit. (en la p. 105 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\textsuperscript{35} “la Reforma ha engendrado, no la libertad de conciencia, sino al contrario, una fe más profunda, más tenaz, más aferrada a sus raíces que la fe que aspiraba a reemplazar. La inmensa mayoría de los refugiados que llegaron a Nueva Inglaterra, formaron una comunidad de fieles, más que una comunidad ciudadana: leyes sanguinarias impidieron el acceso a esas orillas a los católicos, a los
en la idea de que tampoco era posible afirmar de forma general que el origen de las otras libertades estaba en el reconocimiento de la libertad religiosa\textsuperscript{36}.

A su vez, Doumergue reforzó ampliamente la línea interpretativa de Jellinek en este punto, desarrollado en forma sistemática y minuciosa una rica enumeración de datos que demostraban la paternidad calvinista de la idea de las declaraciones de derechos y de la propia Declaración francesa de 1789\textsuperscript{37}.

| 3. EVALUACIÓN DE LAS POSICIONES |

Repasando conjuntamente los términos en que fue formulado el debate por sus principales protagonistas a comienzos del pasado siglo y las múltiples matizaciones realizadas al mismo por los comentaristas y críticos posteriores, podría resultar inevitable llegar a la aparentemente paradójica conclusión de que las afirmaciones de todos los contendientes eran correctas. Pero sólo en parte; lo que equivale a reconocer también que eran erróneas. Aunque sólo en parte…

La causa primera de esta extraña situación está sin duda en la circunstancia de que, tanto Jellinek, como Boutmy o Doumergue, basándose en datos históricos ciertos, equivocaron sus respectivos diagnósticos finales por un error de perspectiva, al recluirse en una interpretación excesivamente unilateral, cerrada y sectaria. Fueron, pues, víctimas de ese frecuente síndrome nacionalista\textsuperscript{38} que, a

cuáqueros, a todos los miembros de sectas que no fueran congregacionistas\textsuperscript{39}. No creo que las ideas de un Lutero hayan podido, atravesando un siglo, encontrarse en las ideas de un Roger Williams, y después, tras otro siglo, fijarse en las Declaraciones de América del Norte, de donde pasaron a la Declaración francesa, que les dio gran y solennemente resonancia. Creo que es el siglo XVIII, destructor de toda tradición, creador del derecho natural, al que hay que acudir como inspirador de estas conclusiones llenas de sentido y de vigor": “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en las pp. 144 y 150, respectivamente, de la edición de J. G. Amuchastegui).

\textsuperscript{36} “En suma, todas las libertades nacen naturalmente sobre suelo americano. Dichas libertades no tenían ninguna necesidad de que la libertad religiosa hubiera tomado la delantera y les hubiera proporcionado el modelo que ellas siguieran. Cada una surge por su cuenta, con la misma autoridad que las demás; no hay que establecer ninguna jerarquía entre ellas”: “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en las pp. 147-148 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\textsuperscript{37} “la Declaración de Derechos del hombre de 1789 es la consecuencia lógica de los principios sociopolíticos formulados sin interrupción y con absoluta claridad por parte de los calvinistas, desde Calvino en 1536 hasta Burlamaqui en 1748”: “Les origines historiques de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, cit. (en la p. 187 de la edición de J. G. Amuchastegui)

\textsuperscript{38} J. G. Amuchastegui (“Introducción”, cit., p. 20) ha precisado que era “más chauvinista que nacionalista".
juicio de algunos, termina casi siempre convirtiendo los debates científicos en caricatura del diálogo racional\textsuperscript{39}.

Lo que parece haber ocurrido realmente es que, en el proceso histórico que condujo hasta las primeras Declaraciones de derechos en su sentido moderno, tanto en América como en Francia, intervinieron múltiples fuerzas, movimientos y líneas de acción de sentido muy diverso (filosófico, político, religioso, social o económico) cuyo protagonismo varió según los tiempos, los lugares y las otras circunstancias influentes. De ahí que sea también necesario realizar una evaluación lo suficientemente diferenciada como para que pueda verse con cierta claridad cuál fue la aportación de cada uno de los movimientos o fuerzas en cada una de las principales líneas de avance del ideario de los derechos naturales de los hombres y de los ciudadanos.

En mi opinión, en la línea de la filosofía política, el protagonismo correspondió sin duda a las doctrinas iusnaturalistas europeas, especialmente al iusnaturalismo racionalista con su doble idea-matriz del «contrato social» y de los «derechos naturales». En esta línea, la contribución de la Europa continental y de Inglaterra fue, no sólo simultánea, sino también convergente en gran medida. Por el contrario, las colonias inglesas de Norteamérica desempeñaron en este punto un papel predominantemente pasivo, en cuanto receptoras de la herencia, los mensajes y las influencias de ambas fuentes. Pero fueron esas colonias las primeras que lograron convertir el abstracto ideario filosófico en códigos jurídico-políticos concretos\textsuperscript{40}.

Por lo que respecta a la línea de acción de las ideas religiosas, parece claro que, sin la progresiva multiplicación de las escisiones y sectas, con los consiguientes enfrentamientos dialécticos, las exclusiones culturales y sociales, las persecuciones y las luchas por la libertad de creencia y culto, el doloroso camino de la libertad, o no habría sido andado nunca, o habría sido caminado a otro ritmo y con diferente final. Creo, pues, que el protagonismo de las doctrinas religiosas reformadas, especialmente

\textsuperscript{39} Según J. Rivero (Les libertés publiques. I/ Les droits de l'homme, PUF, [1974] 1991, p. 57), las tesis de Jellinek y de Boutmy son igualmente insostenibles, de modo que la controversia entre ellos “no tiene más interés que el de ilustrar hasta la caricatura los peligros del nacionalismo cuando se mezcla con las discusiones científicas”.

\textsuperscript{40} Según precisó G. Jellinek en su estudio (La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen, cit. (en las pp. 77-78 de la edición de J. G. Amuchastegui), el proceso de incorporación de las declaraciones de derechos a los nuevos Estados nacidos de la rebelión frente a Inglaterra siguió este calendario: Virginia: 20/06/1776, Estados Unidos (Declaración de Independencia): 04/07/1776, Delaware: 11/09/1776, Pennsylvania: 28/09/1776, Maryland: 11/11/1776, Carolina del Norte: 18/12/1776, Vermont: 08/07/1777, Massachusetts: 02/03/1780, New Hampshire: 31/03/1783
de la calvinista, queda al margen de toda duda. Y tendrá que reconocerse al mismo tiempo que el avance de esta línea de acción arrancó de la Europa continental y, tras asentarse y fermentar en Inglaterra, fue arrastrado hasta América del Norte por las sucesivas oleadas de inmigrantes que huían de Inglaterra, Holanda y los otros países de la vieja Europa. Ahora bien, no sería honesto ocultar esta otra evidencia: fue en las colonias de Norteamérica donde el ideario socio-político de las iglesias reformadas consiguió su primera plasmación positiva en las Declaraciones de derechos y en los respectivos textos constitucionales, sirviendo de acicate y ejemplo concreto al viejo continente que había iniciado la onda expansiva.

En la línea de la formulación de códigos de derechos que garantizaran ciertas zonas de inmunidad de los súbditos frente al poder arbitrario de los monarcas, la tradición de los reinos de la vieja Europa era ya multisecular, como ha sido ampliamente demostrado. Esto no obstante, resulta obvio entender que los ejemplos de la historia más reciente de Inglaterra actuaron como fuente inmediata de inspiración de quienes en el siglo XVIII acometieron la tarea de incorporar al ordenamiento constitucional unas cartas de los derechos que, por ser naturales e inviolables, actuaran de dique infranqueable para la arbitrariedad de los gobernantes. Es cierto que, inicialmente las Declaraciones americanas y después la Declaración francesa, realizaron un profundo cambio de perspectiva, pero pienso que no queda más remedio que reconocer estos dos hechos: de un lado, que los nuevos Estados americanos se inspiraron en los Bills de la, hasta el día antes, Madre Patria; de otro, que la Declaración francesa utilizó como modelo inmediato, tanto positivo como negativo, a las Declaraciones americanas. Así pues, en la declaración de los derechos, lo mismo que en la división de los poderes (signos ambos, según ellos mismos proclamaron, del nuevo Estado constitucional), los constituyentes franceses fueron continuadores de la práctica inglesa. Su gran mérito radica en el hecho de haber actuado como excelentes propagandistas de la iniciativa para el resto de la Europa continental y, a través de ella, en las naciones de los otros continentes.


42 De igual modo, en la línea de la incorporación de la Declaración de derechos a la Constitución escrita del Estado, sin perjuicio de la presencia del "pacto fundacional" de Connecticut de 1639, la iniciativa de Inglaterra es también patente desde el Agreement of the people elaborado en el seno del ejército de Cromwell por los levellers y los 'independientes' en 1647 y presentado a la Cámara de los Comunes para su posterior aprobación por el pueblo. Indudablemente, los revolucionarios franceses tuvieron ante sus ojos este ejemplo y también el más cercano de los nuevos Estados de América del Norte. Se dio, pues, en ellos una influencia convergente.
3.1. Influjo de las Declaraciones americanas

En este punto, parece obligado asumir una posición de equilibrio o equidistancia entre las dos tesis extremas paradigmáticamente representadas por Jellinek y Boutmy: la de la plena imitación del precedente norteamericano y la de la plena originalidad respecto de éste. La opción contraria, no sólo traicionaría a la verdad histórica de los términos en que se desarrolló el debate, sino que carecería de la plausibilidad racional mínimamente exigible a cualquier discurso pretendidamente científico.

En efecto, teniendo en cuenta que la imitación es una práctica atávica que utilizan todos los seres vivos como estrategia de aprendizaje para conseguir la adecuada adaptación al medio y la consiguiente superación de los riesgos de supervivencia, lo lógico es pensar en este punto que: a) las constituciones de los diferentes Estados norteamericanos fueran elaboradas teniendo a la vista los...

---

43 En realidad, ninguno de los dos autores apadrinó esas tesis de forma tan simplista como yo las presento. Se limitaron a enfatizar dos percepciones básicas enfrentadas: la de una especie de plagio sustancial extenso (Jellinek), o bien la de una profunda originalidad nuclear (Boutmy). Pero ambos reconocían que en la Declaración de 1789 había algunos elementos que eran originarios y otros que habían sido importados, bien directamente de Norteamérica, como presumía el autor alemán, bien desde el entorno europeo, como prefería el autor francés.

En efecto, según G. Jellinek, "en punto a adiciones originales, la Declaración francesa contiene, principalmente en los artículos 4 y 6, la definición de la libertad y de la ley, las cuales pueden parecer superflua y sin gran valor, y además, en los artículos 4, 6 y 13 del texto francés, la igualdad ante la ley está acentuada de una manera energica, mientras en las americanas, a causa de sus condiciones sociales y de sus instituciones democráticas, aparece como cosa natural y que allí surge incidentalmente. En esta fórmula de los franceses se reflejan los influjos del contrat social; pero nada hay en ello de nuevo o desconocido para los americanos": La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, cit. (en la p. 88 de la edición de J. G. Amuchastegui)

Por su parte, E. Boutmy había aceptado el hecho de que "estos principios [ser juzgado por sus pares y no ser gravado por impuestos no aprobados por los respectivos representantes] e incluso otros muchos, reconocidos y practicados desde hace siglos en Inglaterra, no han tenido necesidad de cruzar el Atlántico para llegar a nosotros y que han pasado directamente de un lado a otro del canal de la Mancha, influyendo bien en la Declaración de Derechos, bien en ese fondo común del siglo XVIII, de donde esta Declaración los ha tomado. Se trata, por tanto, de restar importancia a la influencia de los Bills of Rights americanos en nuestra Constitución de 1789", añadiendo que "Hacia 1760 existía simultáneamente en Francia, Holanda, Inglaterra y Estados Unidos una manera de razonar y un tipo particular de argumentos que no eran propios de ninguno de esos países. Cada cual desarrollaba a su modo y siguiendo su genio las ideas que extraía de ese tesoro común. Así las analogías que se observan entre las Declaraciones americanas y la Declaración francesa de 1789 no deben inducirnos a acercar la una a la otra, sino ambas a un modelo común": “La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek”, cit. (en las pp. 130-131 de la edición de J. G. Amuchastegui)
precedentes ingleses\textsuperscript{44} y las aprobadas anteriormente en los otros Estados; b) los constituyentes franceses utilizaran como fuente de inspiración (positiva o negativa) las constituciones americanas (naturalmente, adaptándolas a sus propias necesidades y aspiraciones)\textsuperscript{45}. Debe pensarse, por tanto, que la experiencia americana de las declaraciones de derechos actuó como ejemplo, como acicate psicológico e, incluso, como modelo literario de los autores de la Declaración francesa de 1789\textsuperscript{46}. Ahora bien, es imprescindible reconocer también que todas

\textsuperscript{44} Obviamente, sin perjuicio de que, como afirmara JELLINEK, las declaraciones americanas tengan una evidente originalidad frente a las cartas inglesas de derechos, tanto por la distinta naturaleza de los documentos como por el carácter de los derechos reconocidos. Pienso, pues, que, pese a la aguda crítica hábilmente hilvanada por el profesor G. ROBLES en su libro \textit{Epistemología y Derecho} (cit., p. 232), la percepción del autor alemán tiene una solidez difícilmente erosionable. Al menos por las alegaciones formuladas en 1982 por el reflexivo y correoso crítico español, ya que tales alegaciones son probablemente extra-vagantes (en el estricto sentido de “vagantes extra quaestionem”). Y tal vez sean también falaces en buena medida; por dos motivos al menos. En primer lugar, porque en el seno de las doctrinas del derecho natural se produjo ya al final de la Edad Media y primeros compases de la Moderna un innegable deslizamiento desde la conceptuación objetiva (Derecho natural = Ley natural) hasta la subjetiva (derecho natural = facultad o poder del sujeto). En segundo lugar, porque resulta patente que, mientras los documentos ingleses (expresándolo incluso explícitamente en ocasiones) recaban su fuerza vinculante de la autoridad de la propia tradición del reino, los norteamericanos invocan la paternidad de la naturaleza y del Creador de la misma.

\textsuperscript{45} A este respecto, es obligado atribuir su correspondiente beligerancia al sentido común y a los datos que ofrece la experiencia de la actividad legisladora: por comodidad, por economía del esfuerzo y por cálculo prudencial, la primera tarea que realiza el legislador novel que se ve en la tesitura de legislar sobre cualquier materia es examinar cuantas leyes existan ya sobre la misma, con el fin de informarse en ellas, utilizarlas como referencia y aprovecharlas, en su caso, como modelo. Pero las circunstancias específicas de la situación, la necesidad de mejorar la regulación y la responsabilidad y decoro profesionales le impedirán casi siempre hacer réplicas exactas de los modelos que utiliza. Por otra parte, en el caso que nos ocupa existen algunos datos empíricos que avalan la percepción de que la Declaración francesa de 1789 se inspiró directamente en buena medida en las precedentes declaraciones de Norteamérica. Por ejemplo, el hecho de que el diputado LAFAYETTE, pionero en la presentación de un proyecto de Declaración ante la Asamblea Nacional y confeso antijacobino, no sólo hubiera participado de forma directa en la lucha de independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y tuviera abierta en la mesa de su gabinete la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, sino que reconociera paladinamente en sus memorias que su proyecto había seguido con gran fidelidad el modelo de dicha Declaración. O el dato de que, como cuenta E. DOUMERGUE ("Les origines historiques de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen", cit. [en la p. 203 de la edición de J. G. AMUCHASTEGER]), reproduciendo una afirmación de AULARD (\textit{Histoire de la Révolution française}, p. 209), el diputado Cicé, arzobispo de Burdeos y ponente de la comisión constitucional designada por la Asamblea, afirmó el 27 de julio de 1789: "Esta noble idea (hacer una Declaración de Derechos), concebida en otro hemisférido, debemos hacerla nuestra inmediatamente. Hemos participado en los acontecimientos que han devuelto su libertad a América septentrional: ésta nos muestra sobre qué principios hemos de conservar la nuestra".

\textsuperscript{46} Como ha afirmado el gran experto A. E. PÉREZ LUÑO ("El proceso de positivación de los derechos fundamentales", en \textit{Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema} [J. L. CASCAJO
esas declaraciones, así como los movimientos ‘revolucionarios’ en cuyo seno se gestaron, fueron tributarias, como argüía Boutmy, del ‘aire’ filosófico-político que se respiraba entonces en Europa y de la tradición que tenía detrás.

Por lo demás, este posicionamiento conciliador y equitativo cuenta con el aval de un nutrido grupo de respetados estudiosos entre los que, por lo que yo conozco, destacan P. Janet⁴⁷, E. Walch⁴⁸, A. G. Posada⁴⁹, A. E. Pérez Luño⁵⁰, J. CASTRO, B. DE CASTRO CID, C. GÓMEZ TORRES Y A. E. PÉREZ LUÑO], Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 245), “no puede dejar de reconocerse que la propuesta de promulgar una declaración de derechos fue avanzada en Francia por Lafayette, que había participado activamente en la lucha por la independencia norteamericana, y que presentó por sí mismo un proyecto preliminar; ni puede desconocerse las afinidades entre los textos americanos y el francés. Desde el punto de vista técnico-jurídico, los constituyentes de 1789 tienen siempre presentes las declaraciones americanas, tal como se evidencia en los trabajos previos recogidos en los cahiers; y el propio sistema formal de positivación no cabe duda de que está inspirado en ellas, del mismo modo que los documentos americanos tuvieron presente la tradición de los Bill of Rights ingleses”.

⁴⁷ “Francia no ha inventado los derechos del hombre: los ha tomado de América. Su labor ha consistido en prepararlos por la filosofía; pero son los americanos quienes los han introducido en la política”: “Introduction”, Histoire de la Science politique, 3e. édit., (según cita de A. Posada en “Estudio Preliminar” a La Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, de G. Jellinek, cit. [en la p. 237 de la edición de J. G. AMUCHASTEGUI])

⁴⁸ “la conclusión de Jellinek es francamente aceptable: lo que se deduce de manera absoluta de esta investigación es que los principios de 1789 no son otros que los de 1776. Pero es innegable, por otra parte, que su influencia duradera en Europa está íntimamente ligada a la redacción que recibieron en Francia”: La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires, 1903, p. 225 (según cita de E. Doumergue, “Les origines historiques de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen”, cit., [p. 207 de le edición de J. G. Amuchastegui])

⁴⁹ “Ciertamente, sin el influjo americano acaso no se habría formulado como se formuló la Declaración de 1789. Pero ¿habría ésta surgido sin la preparación del espíritu social por obra de la renovación de ideas que constituye, como dice Boutmy, el «fondo común del siglo XVIII alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau?»… “: “Estudio Preliminar”, cit. (en la p. 260 de la edición de J. G. Amuchastegui)

⁵⁰ Según este autor (“El proceso de positivación de los derechos fundamentales”, cit., pp. 244 y 245, respectivamente), “tampoco debe considerase irreductible la notoria polémica doctrinal suscitada entre Jellinek y Boutmy, en torno a los motivos inspiradores de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen por la Asamblea Nacional francesa constituyente el 26 de agosto de 1789”. Y ha señalado asimismo que sobre varios artículos de la Declaración de 1789 gravitan las ideas filosóficas del siglo. Así, si bien el artículo 2 de la Declaración francesa reproduce parcialmente las declaraciones de Virginia y Massachusetts, también es cierto que éstas no hacían más que dar forma jurídico-política a las doctrinas de Locke y Pufendorf. Montesquieu parece estar claramente detrás de la definición de libertad del artículo 4, así como de la separación de poderes y la garantía de los derechos proclamadas en el artículo 16 como fines constitutivos de la Constitución. A su vez, la definición de la ley como expresión de la voluntad general remite claramente a Rousseau. Por eso,
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

Habermas\textsuperscript{51}, G. Oestreich\textsuperscript{52}, E. Mikunda\textsuperscript{53} y R. Soriano\textsuperscript{54}. No es un argumento definitivo, lo reconozco; pero sí es una importante razón de palusibilidad.

3.2. Presencia-ausencia de Rousseau

Creo que no es fácil neutralizar los argumentos esgrimidos por Jellinek y Doumergue para negar el protagonismo de la doctrina de Rousseau en el texto

concluía que “una dirección hermenéutica que parte de Del Vecchio concibe las declaraciones como un producto histórico en el que resulta tan erróneo ignorar las relaciones entre los diversos instrumentos de positivación de la época, como lo es prescindir del substrato ideológico que propició el clima en que se gestaron”.

\textsuperscript{51} “No hay lugar a dudas: las Declarations americanas han sido en la forma y en la letra el modelo para la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen; y, ciertamente, Lafayette, que fue el primero en presentar un borrador, no era el único diputado que estaba bajo la influencia americana. En cualquier caso, ésta no era tan fuerte como para que el espíritu americano llegara a ser recibido por los franceses; posibilitó de todas maneras, a modo de catalizador, una singular unión entre las teorías, en principio opuestas, de Rousseau y de los fisiócratas”: Teoría y praxis. Estudios de filosofía social, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 100-101

\textsuperscript{52} “Los derechos humanos, al igual que todos los grandes frutos del espíritu, disponen también de amplios antecedentes históricos antes de pasar a ser eficaces. Muchos poderes y fuerzas espirituales trabajaron en su configuración hasta que lograron penetrar en la conciencia general, una vez que el tiempo estuvo maduro para ello”;

\(\ldots\) “ni el recurso de acudir a la filosofía de la Ilustración francesa ni las perspectivas de las diferentes formas y manifestaciones de la Reforma protestante bastan para explicar el nacimiento de los ideales de los derechos humanos”: Oestreich, G./Sommermann, K. P., Pasado y presente de los derechos humanos, Edición a cargo de E. Mikunda, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1990, p. 36

\textsuperscript{53} “Las ideas que, por ejemplo, sembró la escolástica católica española del siglo XVI, y la influencia ejercida a su vez por Pufendorf, Tomasius y Wolf, representantes genuinos del iusnaturalismo racionalista protestante alemán del siglo XVII, forman parte del patrimonio cultural jurídico, filosófico y político común, patrimonio que ni siquiera se detuvo ante el obstáculo geográfico que representaba el Atlántico, impregnando con su espíritu numerosos textos y declaraciones de derechos del nuevo mundo, posteriormente reasumidos por el viejo, en un movimiento oscilatorio pendular semejante a un sutil flujo-reflujo de la marea del espíritu”: “Introducción” a Pasado y presente de los derechos humanos, cit., p. 11

\textsuperscript{54} “Es claro que no valen posturas obcecadas en esta cuestión, porque la declaración es un producto de la experiencia americana y de los precedentes doctrinales franceses; hubo un intercambio de ideas y personas influyentes entre América y Francia de la misma manera que durante todo el siglo XVIII los espíritus ilustrados franceses habían recibido una fuerte influencia de los pensadores liberales ingleses (\ldots). Pero no hay que menospreciar el valor de los precedentes ideológicos internos, pues el París de la segunda mitad del XVIII, en los años que corren desde el medio siglo hasta la revolución, es el escenario de uno de esos grandes y escasos momentos estelares del pensamiento que depara la historia”: Historia Temática de los Derechos Humanos, cit., p. 252
de la Declaración que fue aprobado por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789. En efecto, salvo en la conceptualización de la ley y en el papel que se atribuía a ésta en la nueva organización del Estado, la presencia explícita del pensamiento rousseaniano en ese texto es bastante escasa, hecho que se explica probablemente por la menguada capacidad de presión que tuvieron los diputados jacobinos\textsuperscript{55} sobre el desarrollo de los debates\textsuperscript{56}. Pero hay, sobre todo, una razón de fondo que probablemente tiene mucha menos visibilidad pero que es mucho más importante: como ya advirtiera Doumergue\textsuperscript{57}, hay varios principios básicos de la Declaración que son contrarios a los postulados de la doctrina del ginebrino\textsuperscript{58}. Hasta la misma idea originaria de unos derechos naturales que los individuos tienen con anterioridad a la constitución de la sociedad y que conservan al margen de la decisión del Estado es contraria, no sólo a la letra en que Rousseau dejó plasmado su pensamiento, sino también al espíritu profundo del mismo.

Resulta, por tanto, muy discutible la tesis defendida aguerridamente por E. Boutmy y avalada posteriormente por otros estudiosos\textsuperscript{59} de que el corazón de

\textsuperscript{55} Quienes, como “disciplinados alumnos de Rousseau”, en expresión de J. Habermas (Teoría y praxis. Estudios de filosofía social, cit., p. 108), habían adoptado el escrito Du contrat social como biblia oficial de su credo, tal como ha recordado E. Bloch (Derecho natural y dignidad humana, Aguilar, Madrid, 1980, p. 63).

\textsuperscript{56} Refiriéndose a la pugna entre el diputado jacobino Crenier (propuesta reductiva de tan solo nueve enunciados) y el fisíocrata Mirabeau (propuesta de la lista individualizada de derechos que había redactado el «Comité de los Cinco»), J. Habermas (Teoría y praxis. Estudios de filosofía social, cit., p. 104) ha concluido que “Los partidarios de Rousseau, que eran tan sólo un puñado de diputados, fueron derrotados, junto con su propuesta, sin ninguna esperanza; sobre todo, no influyeron en la forma de la Declaración. Pero en lo que hace a la sustancia, sus argumentos fueron salvados precisamente por sus adversarios inspirados en el derecho natural fisiocrático”.


\textsuperscript{58} Parece difícil objetar la afirmación de G. Oestreich (Pasado y presente de los derechos humanos, cit., p. 54) de que J. J. Rousseau, “el apóstol más comprometido por la libertad fue quien más intensamente adelantó el espíritu de la revolución con su trabajo.”. Fue también, en cambio, el autor que más se opuso al reconocimiento de los Derechos humanos, al presentar en su Contrato social la enajenación total de cada uno de los participantes en el mismo (l’aliénation totale) junto con todos sus derechos, en pro de toda la comunidad”.

\textsuperscript{59} Por ejemplo, J. G. Amuchastegui (“Introducción”, cit., p. 48), quien, como inicio del agudo análisis epistemológico interno del texto, que desarrolló a continuación, no dudó en afirmar que “el Contrato social rousseaniano es la fuente de la Declaración de 1789”.

410
la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen comenzó a latir gracias al flujo del torrente doctrinal rousseauñano.

3.3. Protagonismo del ideario político de la Reforma

La influencia de las doctrinas religioso-políticas calvinistas en el reconocimiento de la libertad religiosa y, como efecto inducido por ésta, en el de los otros derechos civiles y políticos resulta evidente. Pero no puede ser sobrevalorada. No conviene olvidar, en este sentido, que, como han señalado varios autores, en principio la libertad religiosa choca frontalmente contra el dogma de la unicidad de verdad propio de todas las confesiones de la época. Y no puede olvidarse tampoco que la doctrina de los derechos naturales del hombre era ya entonces una moneda de curso legal en el ámbito de la filosofía política, gracias a las doctrinas del iusnaturalismo racionalista (con Locke, Burlamaqui, Blackstone, Pufendorf o Wolff a la cabeza...), [cuyos representantes más conspicuos tenían ciertamente, obligado es reconocerlo, una vinculación sentimental e intelectual bastante estrecha con el calvinismo]. Así que esa influencia no debe ser tampoco ninguneada, ya que resulta patente que la mayor presión en la reivindicación de los derechos la han ejercido siempre quienes se consideran injustamente oprimidos y los seguidores de Calvino tenían sobradas razones para sentirse así.

Al margen, pues, de la opinión que cada facción religiosa haya tenido sobre la veracidad de su propio dogma y el error de todas las demás, la correspondiente contribución histórica al reconocimiento de la libertad de creencia estará en proporción directa, no tanto con la convicción dogmática, cuanto con la intensidad con la que cada una ha luchado efectivamente por su reconocimiento. Y, dentro de esta perspectiva, considero inevitable concluir que la contribución del ideario reformista al nacimiento del derecho natural de libertad de creencia

---

60 Según G. OESTREICH (Pasado y presente de los derechos humanos, cit., p. 44), “el calvinismo facilitó la base de sustentación de los derechos fundamentales de la persona en suelo inglés, al igual que abonó el pensamiento iusnaturalista moderno revolucionario./. Los oponentes a la monarquía en Francia, el alemán J. ALTUSIO, el holandés Hugo GROCIO, los ingleses J. MILTON y J. LOCKE –cuyas doctrinas marcaron los grandes hitos del camino iusnaturalista de la idea de los derechos humanos durante los siglos XVI y XVII-, todos ellos provienen del campo de acción calvinista”.

61 “Lo que es ciertamente un hecho es que el protestantismo, y especialmente el calvinismo, en la lucha por su propia existencia, colaboraron en gran medida a que se acuñara y expandiera la idea de los derechos humanos a lo largo de su desarrollo histórico”: G. OESTREICH, Pasado y presente de los derechos humanos, cit., p. 41
y, derivadamente, de los otros derechos naturales no puede ser negada. No, al menos, según yo pienso, basándose fundamentalmente en el argumento de su vocación de totalitarismo religioso.  

62 Contra la tesis del origen religioso, G. ROBLES ("El origen histórico de los derechos humanos: comentario de una polémica", cit., p. 248) ha escrito lo siguiente: "La opinión de Jellinek de que tanto la idea de igualdad como de libertad han crecido en suelo religioso no es, sin embargo, sostenible. Es evidente que desde el punto de vista interno de las propias confesiones religiosas tanto la igualdad como la libertad eran inadmisibles" Y ha afirmado asimismo que “la idea de los derechos humanos, en cuanto que es producto del iusnaturalismo humanista-racionalista, carece asimismo de raíz religiosa. Es más: esta idea supone la “postergación” de la vida religiosa como factor de integración social” (id., p. 249).  

La observación del profesor Robles tiene, en mi opinión una base bastante endeble. Probablemente, la simple lectura de los libros sagrados de la mayoría de las religiones sería suficiente para demostrar lo contrario: la explícita proclamación de una cierta libertad y de una cierta hermandad e igualdad procedentes de la propia creencia religiosa. Y, como proclamaba la vieja regla lógica escolástica, «contra factum non valet principium». Habría que demostrar, pues, el pretendido “principium” de la imposibilidad de que las confesiones religiosas homologuen la libre elección individual de creencia. Tarea bastante difícil, creo, puesto que (de forma clara, al menos desde la Reforma) la historia de la civilización occidental avala la conclusión contraria con magnífica tozudez. Otra cosa es que la libertad religiosa en cuanto derecho de los miembros de una comunidad política tenga carácter estrictamente cívico… (¡pero el significado tautológico de esta precisión la hace innecesaria!).
Principios para un nuevo debate político

Paloma Durán y Lalaguna
Universidad Complutense de Madrid
PRINCIPIOS PARA UN NUEVO DEBATE POLÍTICO

En 1987, Allan Bloom publicó en Estados Unidos un análisis sobre la educación universitaria, que se convirtió en un auténtico best seller, en el que abiertamente criticaba la actitud de quienes en aras de una formación tecnocrática, no habían aprendido a pensar. Entre otras cosas, Bloom apelaba a un razonamiento aún más esencial, afirmando que La verdadera apertura significa cerrarse a todas las seducciones que hacen que nos sintamos cómodos con el presente¹.

Este es el objetivo de este artículo, en el que quisiera cuestionar y reflexionar sobre algunas de las referencias de nuestra democracia, en la que el juego de mayorías y minorías y el afán de conseguir consensos, han diluido en numerosas ocasiones la importancia de los principios del debate político, respecto a los que parece necesario pensar.

Cuando en 1959, Hanna Arendt recibió el Premio Lessing-PREIS der Freien und Hansestadt Hamburg preparó una intervención en la que tratando de esbozar el papel de Lessing en la vida política, utilizaba unas declaraciones del filósofo alemán en las que afirmaba: no estoy obligado a resolver las dificultades que pueda causar. Aunque mis ideas sean siempre un poco desconexas o incluso parezcan contradecirse entre sí, pero al menos que sean ideas en las que los lectores puedan hallar material que los estime a pensar por sí mismos².

Teniendo en cuenta esta pauta, después de elaborar unos presupuestos conceptuales mínimos, voy a tratar de analizar el sentido de la legitimidad, como marca necesaria del sistema político democrático; en segundo lugar, me asomaré al tratamiento de los derechos fundamentales desde un punto de vista pragmático; para proponer finalmente algunas sugerencias acerca de los principios para un debate político.

1. LOS PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

Entiendo que analizar los presupuestos políticos que explican y justifican el debate actual puede ser una banalización de cuestiones básicas y sustanciales en el ámbito no solo de la ciencia y de la filosofía política, sino también...

¹ A. Bloom, Versión castellana de su obra The closing of the american mind, traducido con el título El cierre de la mente moderna y editado por Plaza Janés, en 1989, p. 43

² La intervención de Arendt en la entrega del Premio Lessing es el primer capítulo del libro que posteriormente publicó la autora, con el título Hombres en tiempos de oscuridad, Gedisa, Barcelona 2001, p. 19
en otras áreas de conocimiento. A pesar de ello no voy a minimizar riesgos y atribuir la responsabilidad, como sucede de modo reiterado, al “sistema”. Como diría Schumacher, parece que cambiar el “sistema” lo soluciona prácticamente todo.

En otros casos, la crítica a la sociedad democrática ha derivado no tanto en el “sistema” cuanto en la necesidad de encontrar unos principios comunes que permitan el debate y la toma de decisiones sobre cuestiones esenciales, incluso manteniendo posiciones ideológicas antagónicas. Es el caso de Ronald Dworkin, cuando apela a la moralidad personal y política para articular los presupuestos de la democracia al iniciar el siglo XXI.

Pero al margen de los razonamientos sobre la posibilidad de encontrar “la solución”, la fotografía de la situación actual transmite la descrita en su momento por Hanna Arendt, cuando en la historia hay momentos en los que parece que el ámbito público queda ensombrecido; y la respuesta de la sociedad respecto a la política remite a la indiferencia, a la neutralidad, al escepticismo y en todos los casos, a la falta de confianza. Esa situación se basa en lo que la misma autora

3 Es significativa en esta línea la afirmación de Schumacher al afirmar: Que las cosas no están marchando como debieran debe atribuirse a la inmoralidad humana. La solución es construir un sistema político tan perfecto, que la inmoralidad humana desaparezca y cada uno se comporte bien, no importa cuán inmoral sea por dentro. Se acepta como un hecho que cada uno nace bueno, que si uno se transforma en criminal o en explotador se debe a defectos del sistema. Sin ninguna duda, el sistema es malo en muchos aspectos y debe ser cambiado. Una de las principales razones por las que el “sistema” es malo y a pesar de ello, sobrevive, es esta opinión errónea de que “el problema de la producción se ha solucionado”. Como todos los actuales sistemas están impregnados por este error, no queda mucho para elegir entre ellos. Del autor, Lo pequeño es hermoso, Herman Blumme, Madrid 1987 (7ª reimpresión), p. 13.

4 Afirma entre otras cosas lo siguiente: Necesitamos encontrar la forma, no simplemente de luchar unos contra otros en torno a estas cuestiones, como si la política fueru un deporte de contacto, sino de debatir sobre ellas partiendo de unos principios más profundos de moralidad personal y política que todos podamos respetar: R. Dworkin, La democracia posible (Principios para un nuevo debate político), Paidós, Barcelona 2008, p. 6. Del texto he extraído el título del artículo.

5 Así lo señalaba Arendt, en la obra ya citada, p.22: La historia conoce muchos periodos de tiempos de oscuridad en los que el ámbito público quedó ensombrecido y el mundo se tornó tan dudoso que la gente dejó de pedirle a la política otra cosa que no fuera demostrar la debida consideración por sus intereses vitales y la libertad personal. Aquellos que vivieron tales épocas y fueron formados por ellas, tal vez siempre se sintieron inclinados a despreciar el mundo y el ámbito público, a ignorarlos en la mayor medida posible, a pasarlos por alto, como si el mundo no fuera más que una fachada detrás de la cual la gente pudiera esconderse para llegar a la mutua comprensión con sus semejantes sin tener en cuenta ese mundo que se halla entre ellos. Si en esas épocas todo sale bien, se desarrolla un tipo de humanidad muy especial.
situaba en el ámbito de los juicios y prejuicios respecto a la política o más correctamente respecto al sentido de la política en la sociedad actual⁶.

La política ha abierto diferencias y brechas entre la ciudadanía, pero lejos de integrar esas diferencias en un debate pacífico y tolerante, se ha convertido –utilizando la terminología de Dworkin– en una forma de guerra⁷.

Dworkin realiza en este sentido, un balance aplicado al caso americano, que bien podría extenderse a muchas de las sociedades occidentales. Tomando como referencia las elecciones celebradas en Estados Unidos en 2004, describe rigurosamente la uniformidad que se atribuyó a la posición de republicanos y demócratas, con propuestas claramente totalizantes y como consecuencia, excluyentes de cualquier modo de interpretar la realidad desde perspectivas o con claves diferentes⁸.

Sobre esa lectura, Dworkin realiza un itinerario y argumentario difícil, para recuperar unas bases comunes, que no se reducen a la aplicación de la tolerancia como tercer principio revolucionario⁹, sino más bien derivan en la necesidad de redescubrir “el otro” en la terminología de Bobbio¹⁰, para recuperar la posibilidad

---

⁶ Arendt lo argumenta de modo magistral en los textos sobre Qué es la política, editados por Paidós, Barcelona 1997, pp. 97-ss: la pregunta por el sentido de la política varía. Hoy apenas si suena ya: ¿cuál es el sentido de la política? Pues está mucho más próximo al sentir de los pueblos, que se consideran amenazados en todas partes por la política, y donde precisamente los mejores se apartan conscientemente de ella, preguntar a sí mismos y a los demás si ¿tiene la política todavía algún sentido? Estas preguntas se basan en las opiniones concernientes a qué sea propiamente la política que hemos esbozado brevemente. Dichas opiniones apenas han variado en el transcurso de muchos siglos. Lo que ha cambiado es que aquello que era contenido de juicios procedentes de determinadas experiencias inmediatas y legítimas se ha convertido desde hace mucho tiempo en prejuicio. Los prejuicios representan siempre en el espacio público-político un gran papel. Se refieren a lo que sin darnos cuenta compartimos todos y sobre lo que ya no juzgamos porque casi ya no tenemos la ocasión de experimentarlo directamente. Todos esos prejuicios, cuando son legítimos y no mera charlatanería, son juicios pretéritos (….) Cuando los prejuicios entran en abierto conflicto con la realidad empiezan a ser peligrosos y la gente, que ya no se siente amparada por ellos al pensar, empeza a tramarlos y a convertirlos en fundamento de esa especie de teorías perversas que comúnmente llamamos ideologías o también cosmovisiones (…) solo ayuda el intento de sustituir los prejuicios por juicios. Para ello es imprescindible remitir los prejuicios a los juicios contenidos en ellos y los juicios, a su vez, a las experiencias que los originaron.

⁷ Del autor, op. cit., p. 16

⁸ Ibidem

⁹ Sobre la cuestión, VVAA, Ética y política en la sociedad democrática, Espasa Calpe, Madrid 1981, especialmente el artículo de J. De Lucas, Por qué obedecer las leyes de la mayoría, pp. 167-ss

¹⁰ Cfr. N. Bobbio, El tercero ausente, Cátedra, Madrid 1989
de progreso moral, como proponía Rorty en sus respuestas a Habermas\textsuperscript{11}, con el objetivo de lograr el mundo mejor al que hace referencia Popper\textsuperscript{12}.

No pretendo con ello volver al ideal platónico de la sabiduría, ni a una relectura de Strauss\textsuperscript{13} dentro de los estereotipos al uso, pero lo cierto es que la clase política y el papel de la política están reclamando de modo reiterado una revisión de su función social; o más concretamente, es la sociedad civil la que reclama en la actualidad una propuesta nueva no tanto para reinventar la política, sino para recuperar su papel de acuerdo con las necesidades de los inicios del siglo XXI, en una clara crítica a los argumentos de Nietzsche cuando subrayaba que la mayoría no busca la verdad sino creencias satisfactorias\textsuperscript{14}, lo que estaría claramente en desacuerdo con lo que se está proponiendo en este trabajo.

Ciertamente, una sociedad sin diferencias –como diría Dahrendorf\textsuperscript{15}– es una sociedad sin progreso, pero esas diferencias, analizadas en el pensamiento de Heidegger\textsuperscript{16}, lejos de abrir abismos, son la pauta para construir un sistema político y una sociedad en la que el pluralismo no es un problema sino una necesidad. Y en este sentido, se trata de proponer los parámetros de un orden político y jurídico que manifieste y refleje el respeto al ser humano y a su libertad\textsuperscript{17}.

\textsuperscript{11} Desde mi punto de vista pragmatista, el progreso intelectual es una subdivisión del progreso moral –es el progreso en hallar creencias que son cada vez mejores herramientas para lograr nuestros proyectos comunales. Uno de esos proyectos es reemplazar el resentimiento por la buena voluntad y la autoridad por la democracia: Rorty & Habermas, Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?, Amorrortu editores, Madrid 2007, p.163

\textsuperscript{12} En este sentido, afirma Karl Popper lo siguiente: el relativismo es la posición según la cual puede afirmarse todo o prácticamente todo y por lo tanto, nada. Todo es verdad o bien nada. La verdad es por lo tanto un concepto carente de significado. El pluralismo crítico es la posición según la cual debe permitirse la competencia de todas las teorías –cuantas más, mejor – en aras de la búsqueda de la verdad. Cfr. Del autor, En busca de un mundo mejor, Paidós, Barcelona 1992, p. 245

\textsuperscript{13} L. Strauss, Qué es Filosofía Política, Guadarrama, Madrid 1970

\textsuperscript{14} Cfr. Condorcet, ¿Es conveniente engañar al pueblo?, Sequitur, Madrid 2009, p. 24

\textsuperscript{15} R. Dahrendorf, El nuevo liberalismo, Tecnos, Madrid 1982, pp. 48-ss

\textsuperscript{16} Una lectura del autor y su propuesta sobre el tema puede encontrarse en G. Vatimo, Las aventuras de la diferencia, Península, Barcelona 1986

\textsuperscript{17} En este sentido, afirmaba Spaemann, que solamente la existencia de un orden jurídico positivo hace posible el paulatino acercamiento a lo justo por naturaleza: cfr. Del autor, Crítica a las utopías políticas, Eunsa, Pamplona 1980, p. 332
2. LA LEGITIMIDAD

Los debates actuales acerca de la legitimidad, podrían resolverse apelando a la historia y sobre todo, remitiendo a los diálogos de algunos de los autores clásicos acerca de las tradicionales formas de gobierno: la democracia, la aristocracia y la monarquía. Sin embargo, la aproximación a la democracia de los griegos difiere sustancialmente de la actual. Cualquier sistema y cualquier institución no dan respuesta a lo que significa la democracia. Entre las condiciones de ésta, señalaba Sartori que pocas veces se invoca que las ideas erróneas acerca de la democracia hacen que ésta funcione mal. Más aún, la legitimidad que tradicionalmente remite a los debates sobre la teoría de la representación, tiene en algunos autores una premisa previa, que es el perfil de las personas que como ciudadanas construyen, apoyan y reclaman la democracia basada en criterios de legitimidad. Me refiero, utilizando el argumento de Jacqueline de Romilly a la educación, respecto a la cual la autora apela a una educación cívica, no política.

Qué hace que un sistema y en este caso, el sistema democrático, pueda ser calificado como legítimo; o qué criterios confirman que una persona dedicada al ámbito de la política está legitimada para actuar en representación de un sector de la sociedad; o lo que va más allá de la mera actuación, cómo se articula la justificación del trabajo político para legitimar la toma de decisiones.

Desde un punto de vista pragmático, podría decirse que en las sociedades occidentales y particularmente en Europa, en las últimas décadas, se han tomado decisiones contrarias a lo que la sociedad civil ha reclamado –al menos, mayoritariamente– en las calles; y en muchos casos, los reclamos civiles no han sido obstáculo para que algunos gobiernos democráticos hayan aprobado medidas claramente impopulares. Algunas de esas decisiones parece que se han pretendido

---


21 La lección final de la experiencia griega es efectivamente precisa. Una democracia que deja que la enseñanza caiga en manos de los enemigos del régimen, una democracia que no intenta conservar para la educación su calidad de formación no política, sino cívica, esa democracia está perdida. Aristóteles lo anunció. Quizá aún estemos a tiempo de tener en cuenta sus consejos y advertencias a los que una esperanza madurada en Atenas en el transcurso de dos siglos y reflejada en una serie de obras diversas, da un relieve mucho mayor. Cfr. De la autora, op. cit., p. 222
justificar en situaciones de necesidad. En definitiva, la cuestión de la legitimidad ha derivado en muchos casos al establecimiento de los límites de la autoridad. Sin embargo, no quisiera reconducir los argumentos a la posible incompatibilidad entre autoridad y libertad, que ha sido diana de muchos debates especialmente para construir convicciones en el ámbito moral, sino más bien articular qué es la legitimidad en un sistema democrático, en el que el ejercicio de la libertad de cada persona se manifiesta en las elecciones de sus representantes políticos.

No quisiera en ningún caso proponer un indiferentismo esencial propio del historicismo ético al estilo Ihering, ni tampoco optar por el hermetismo totalizante criticado por Dworkin. El objetivo es articular la legitimidad en una democracia sana en la que el logro principal sea conseguir una sociedad mejor.

Tradicionalmente, y como ya se ha dicho, la legitimidad se ha identificado con el proceso de elección de los representantes políticos. De manera que podría considerarse válido el sistema democrático en el que la sociedad cuenta con instrumentos y garantías para la elección de sus representantes. Desde el tránsito a la modernidad, el ejercicio del derecho al voto ha sido el modo de confirmar la libertad de elección en el ámbito político; que ha ido paralelo a la consolidación de un Estado identificado con la autoridad y la seguridad, inexistente en los términos modernos durante la Edad media. Sobre ese presupuesto, que ha tenido sus ventajas y sus desventajas –como señala Bobbio– las diferencias...
en los sistemas electorales han mantenido un debate, aún abierto en nuestros días, acerca del mejor de los caminos. La elección directa en el caso anglosajón parece que responde a unos criterios democráticos con mayor fuerza que en el caso continental, en el que son los partidos políticos quienes proponen a las personas, de modo que se vota a la posición ideológica más que a la persona que va a representar, remitiendo la responsabilidad al propio partido que propone las consignas políticas.

Sin embargo, tanto en un caso como en otro, se detecta hoy una clara crisis de la legitimidad política, que ha motivado esa indiferencia o escepticismo por parte de la sociedad, que ya se ha mencionado.

El Diccionario de la Real Academia de la lengua española, propone diferentes contenidos para explicar el significado de la legitimidad, que remite a lo legítimo o lo lícito, identificándolo con lo justo. Pero en el análisis que estamos realizando, parece más ajustada la calificación de lo legítimo como cierto, genuino, verdadero. De manera que la legitimidad se asume como la característica que especifica a quien actúa en el ámbito político, respondiendo de modo cierto, genuino, verdadero a aquello para lo que ha sido elegido, es decir, para tomar decisiones en el ámbito de lo político, que respondan a la mejora de la sociedad por la que han optado los representados.

El problema principal, al menos en las sociedades occidentales con sistemas electorales cerrados, es que lo cierto, genuino, verdadero viene propuesto por el partido político, que en ocasiones diluye las aspiraciones ciudadanas en las del propio partido, generando con ello una desviación.

---

25 Lamentablemente y por razones obvias de espacio y tiempo, no puedo detenerme en la valoración de la democracia en uno y en otro caso, que en definitiva hace que el pivote de referencia para la actuación política sea “colectivo” en el caso de los partidos políticos, diluyendo así las responsabilidades personales, que facilitarían en la práctica un clima de mayor transparencia.

26 La prueba fehaciente de esa apatía política queda confirmada si se constatan los índices de participación en las últimas elecciones políticas. Por ejemplo, en el caso europeo, de acuerdo con los datos de Eurostat, no llegó al 35% el límite de votantes en todo el continente. Las cifras exactas pueden encontrarse en la página Web oficial de la Unión Europea.

27 Cfr. 22 edición del DRALE. Voz Legitimidad; legítimo-a, edición electrónica que puede encontrarse a través de la página Web institucional de la Academia.

28 Ibidem
de lo cierto, genuino, verdadero, que está provocando los mayores índices de absentismo de la vida política por parte de la sociedad que teóricamente está siendo representada\textsuperscript{29}.

Aún evitando una conclusión reduccionista o simplista, entiendo necesario recuperar los argumentos ya mencionados, propuestos por Jacqueline de Romilly\textsuperscript{30} y también subrayados por Strauss\textsuperscript{31}, de acuerdo con los cuales, parece necesaria la recuperación de la educación cívica, como la llama la primera autora, y la educación \textit{liberal}, como la califica el segundo.

Parece que esa es la única vía para aprender de la historia – a pesar de las declaraciones de Hegel\textsuperscript{32} – y para que no se repitan en el futuro procesos como los del régimen de Vichy en Francia o el propio holocausto en Alemania\textsuperscript{33}.

En el caso de Romilly, el recurso a la educación es contundente: la legitimidad en cuanto sinónimo de cierto, genuino, verdadero implica el ejercicio de la libertad y ésta lleva consigo el respeto a las leyes, que es el único camino para mantener dicha libertad\textsuperscript{34}. En el caso de Strauss, es todavía más explícito: la educación liberal es la educación en la cultura, entendiendo por ésta el cultivo de la mente\textsuperscript{35}; más aún la educación liberal pasa necesariamente por la educación en

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item \textsuperscript{29} Me remito a los datos de Eurostat, ya citados
\item \textsuperscript{30} J. de Romilly, Los fundamentos de la democracia, op. cit.
\item \textsuperscript{31} L. Strauss, Qué es la educación liberal, op. cit.
\item \textsuperscript{32} Las palabras atribuidas a Hegel por T. Buerghental apelan a la cerrazón humana para aprender de la historia: \textit{What experience and history teach is that people and governments have never learned anything from history}
\item \textsuperscript{33} Me remito al discurso de Thomas Buerghental, que con el título \textit{Never Again: Understanding the past to prevent future holocausts}, pronunció en 2010, en el que afirmaba: \textit{My general conclusion is: Mankind unfortunately is a slow learner. How else to explain the fact that for the past 65 years we have been proclaiming “never again,” only to have to recognize, at the end of yet another genocide, committed in one part of the world or another, that “never again” has once more become “never again until the next time.”}
\item \textsuperscript{34} La frase de Romilly es rotunda: \textit{La frase es clara, sin apelación posible: enseñar que la libertad implica el respeto de las leyes es la única forma de hacer que dure esa libertad.} De la autora, op.cit., p. 222
\item \textsuperscript{35} Leo Strauss, \textit{Liberalism. Ancient \& Modern}, The University of Chicago Press, edición prologada por Alam Bloom, 1989, capítulo I, pp. 3-8
\end{itemize}
\end{footnotesize}
la cultura superadora de una sociedad de masas que no piensa; y de un modo de razonar que propone la recuperación de la excelencia humana 36.

Entiendo que puede resultar reduccionista la remisión a la educación, pero en definitiva propone un reto difícil de conseguir en nuestros días. Reclama un perfil de educación excelente en el caso de quienes toman las decisiones; pero también en quienes deciden, que son personas que por la formación que tienen, están en condiciones de pensar. Se ejercita mejor la libertad cuanto más se conoce.

En todo caso, la educación cívica y liberal no basta. La legitimidad viene también perfilada por los mecanismos de seguimiento y control de la transparencia, que aseguran el fortalecimiento institucional propio de una sociedad democrática. No basta con procesos de elección adecuados; y con perfiles adecuados; es necesario contar con mecanismos de seguimiento y transparencia que garanticen la toma adecuada de las decisiones.

De manera que la legitimidad, tal como se plantea requiere perfiles personales; sistemas de elección rigurosos; pero también instrumentos de seguimiento que en definitiva refuercen las decisiones de la sociedad civil 37.

3. LOS DERECHOS HUMANOS

La historia y la investigación en materia de derechos humanos es lo suficientemente amplia y variada como para no poder asumirla y sistematizarla en solo algunas páginas. Los razonamientos acerca de la propia definición de los derechos, acerca de los titulares de los derechos, de los sistemas más óptimos de protección de los mismos tanto en el ámbito jurídico como político, así como su lectura desde el punto de vista internacional son amplísimos 38. Aún contando

36 En estos términos se pronuncia Strauss, en la op.cit (traducida por la autora de este texto): La educación liberal es el antídoto de la cultura de masas, de los efectos corrosivos de la cultura de masas, de su tendencia inherent a producir solamente “especialistas sin espíritu o sin visión y sensuales sin corazón”. La educación liberal es la escalera por la que intentamos ascender de la democracia de masas a la democracia como fue entendida originariamente. La educación liberal es el esfuerzo necesario para fundar una aristocracia en una democrática sociedad de masas. La educación liberal recuerda la grandeza humana a aquellos miembros de una democracia de masas que tienen oídos para oír.

37 Respecto al fortalecimiento, cfr. P. Durán, Fortalecimiento institucional, Fundación Humanismo y Democracia (en prensa)

38 P. Durán, Manual de derechos humanos, Comares, Granada 1992
con ello, no parece anecdótico que en el caso europeo, se haya consolidado la afirmación de que los derechos humanos reclaman para su garantía de una sociedad democrática, en un lenguaje similar al de afirmar que la sociedad democrática es aquella que respeta y garantiza los derechos humanos. La terminología del Convenio Europeo para la protección de los derechos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, por los entonces Estados miembros del Consejo de Europa, ha sido ratificado as such, por la Unión Europea, reconociendo la jurisdicción del Tribunal Europeo y el mandato al Consejo de Europa para la garantía y protección de los derechos.

En términos similares, aunque quizás de modo más restrictivo, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos asumen la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque el sistema de legislación común del ámbito comunitario no es comparable con el sistema americano.

En todo caso y al margen de las apreciaciones de competencia y jurisdicción, lo cierto es que hay una remisión mutua entre sociedad democrática y derechos humanos, que nos llevaría a cuestionar la definición y alcance de cada uno de los términos.

No resulta desacertado asumir con Dworkin que cuando nos referimos a los derechos humanos, hay que precisar como punto de partida el derecho a ser tratado con una determinada actitud que tiene su origen y fundamento en la dignidad de cada ser humano por el hecho de serlo. Después, entiende Dworkin se hace necesaria una diferencia entre los denominados derechos morales, que serían la consecuencia inmediata de esa dignidad y que no son cuestionables; y los denominados derechos políticos, que son aquellos derechos morales reconocidos legalmente y por tanto convertidos en derechos legales, que han pasado por el matiz de la autoridad política para ser reconocidos y garantizados como derechos humanos.

Al margen de la posición respecto a los derechos, lo cierto es que en un sistema democrático, parte del juego político se concreta en los derechos que se protegen; aquellos que son limitados; y los que en un proceso de conflicto


40 Afirma Dworkin lo siguiente: el derecho humano fundamental es el derecho a ser tratado con una determinada "actitud", una actitud que exprese el reconocimiento de que toda persona es un ser humano cuya dignidad importa. Del autor, op. cit., p. 53
de prioridades, se remiten a los Tribunales para que decidan la solución. Esta propuesta lleva consigo que utilizando el argumento de la defensa de los derechos se han protegido jurídicamente todo tipo de situaciones y relaciones personales, en una especie de “fuga de realidad”, que ha diluido no solo la confianza en esos derechos como presupuesto del sistema democrático, sino la propia definición y sistema de protección de esos derechos.

En un itinerario similar al esbozado en el caso de la legitimidad, “lo cierto, genuino y verdadero” ha quedado diluido en el caso de la libertad humana, utilizando términos vacíos de contenido y consecuentemente de objeto de protección y garantía.

Por ello, podría afirmarse que utilizando un sistema paralelo al argumentado respecto a la legitimidad, la garantía de los derechos reclama un sistema respetuoso con la libertad humana en cuanto criterio específico para diferenciar al ser humano de todo lo demás que existe. Pero necesariamente, la derivación a la libertad humana exige una definición de lo que sea esa libertad y consecuentemente unas vías propias de educación en y para la libertad, que son las premisas de lo que Bobbio denominó democracia integral. Esa lectura de la democracia combina el método democrático y el ideal liberal en una suerte de propuesta que evita las tiranías de las que la mayor parte de los europeos quisieron huir en la segunda mitad del siglo XX.

Sin embargo, los riesgos de las tiranías parecen vigentes, especialmente en sociedades occidentales con historia democrática y con instituciones propias del denominado Estado de Derecho. El juego de las mayorías y las minorías, junto con

41 N. Bobbio, Entre dos republicas, op. Cit., p. 103-ss, donde explícitamente afirma lo siguiente: Se puede ser libre por convicción o por habituación. No sé cuantos italianos son verdaderamente amantes de la libertad. Tal vez son pocos. Pero son muchos los que, habiéndola respirado durante muchos años, ya no podrían prescindir de ella, aún cuando no lo sepan.

42 En el mismo texto citado, unas páginas más adelante, concretamente en las pp. 120-ss, afirma Bobbio: La democracia moderna no solo no es incompatible con el liberalismo, sino que puede ser considerada bajo muchos aspectos como su continuación natural. Las palabras que citó en seguida podrían haber sido escritas cuarenta años antes: Ideal liberal y método democrático se han venido entrelazando gradualmente de tal modo que, si es verdad que los derechos de libertad han sido desde el principio la condición necesaria para la recta aplicación de las reglas del juego democrático, es igualmente cierto que posteriormente el desarrollo de la democracia se ha convertido en el instrumento principal de la defensa de los derechos de libertad. Valga como prueba de ello, agregaba yo, que todos los estados autoritarios del mundo son al mismo tiempo antiliberales y antidemocráticos. No habíamos olvidado la severa lección que nuestra generación había aprendido por haber vivido en primera persona la era de las tiranías.
una oferta de social democracia que ha ampliado el poder del intervencionismo económico a todas las áreas del comportamiento humano, ha provocado una combinación que en la práctica establece modelos de conducta y modelos de parámetros que encajan con lo "políticamente correcto", pero que en muchos casos han ahogado no sólo la capacidad de libertad del ser humano, sino los límites más básicos de la libertad de expresión y como consecuencia del respeto y la tolerancia. El efecto devastador ha sido precisamente la consideración del pluralismo como un problema y no como una riqueza. De modo que cuando el pluralismo es un obstáculo y una dificultad, la política de cuotas y de integración matemática de minorías pasa a ser un componente de la matemática formal de actuación, pero permanece vacío de contenido, no fomentando una educación cívica y liberal, sino una ideología totalizante que no respeta lo más básico de la persona.

Este panorama patético, lo es precisamente por la imposibilidad de ejercicio de los bienes más básicos de la persona y por tanto por la dificultad para el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales. Dándose la paradoja de contar con sistemas que formalmente contienen los mejores instrumentos de garantía de la democracia, pero cuentan con sociedades que no se ejercitan en la libertad, sino en la tiranía de lo que establece como correcto la clase política.

La única salida, como en el caso de la legitimidad, es el recurso a esa educación cívica y liberal, que tanto en el caso de Romilly como de Strauss, nos remiten a los clásicos y sobre todo a las primeras propuestas acerca de la democracia, que contaba con la aceptación de la sabiduría como un ingrediente de valor añadido para quienes tomaban decisiones de carácter político.

Sólo así se explica que autores como Hans Jonas apelen hoy al principio de responsabilidad como fundamento de una conducta y unos modos éticos, pensando no solo en la sociedad actual, sino prioritariamente en las futuras generaciones.\footnote{Cfr. Hans Jonas, \textit{El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)}, Herder, Barcelona 2008}

Los derechos por tanto se articulan no solamente sobre un sistema democrático, sino sobre una concepción del ser humano como ser libre, que para ejercitar esa libertad en términos respetuosos con la realidad, reclama la educación cívica y liberal, en los términos propuestos.
4. ALGUNAS SUGERENCIAS RESPECTO A LOS PRINCIPIOS PARA UN NUEVO DEBATE POLÍTICO

Los argumentos utilizados hasta el momento manifiestan claramente una posición similar a la del punto de partida de Ronald Dworkin al proponer la necesidad de encontrar una base común para desarrollar el debate sobre los principios del debate político.

La política, lejos de plantearse en términos de guerra, pasaría a proponerse en los términos aristotélicos, recuperados por Hanna Arendt, de la libertad; de manera que lo político se identifica plenamente con la libertad, entendida negativamente como no ser dominado ni dominar y positivamente como un espacio establecido por muchos en el que cada cual se mueve entre iguales.

De modo que sin los otros, que son los iguales, no hay libertad, entendiendo el término iguales como isonomía, que implica no que todos sean iguales ante la ley sino más bien que todos tienen el mismo derecho a la actividad política, que en la polis griega era fundamentalmente hablar los unos con los otros. Lo que significaría que para la libertad no sería necesaria una democracia igualitaria en el sentido moderno del término, sino una esfera restringida en la que unos pocos o los mejores traten los unos con los otros como iguales, vinculando la libertad al espacio en el que se ejercita.

Solamente cuando la lectura de la libertad se pretende hacer al margen de la propia persona y aplicando los criterios históricos, aquélla desaparece en cuanto que se convierte en ideología. Y es entonces cuando, siguiendo a Arendt, parece más necesaria que nunca la recuperación de la valentía como virtud cardinal de la política, que reclama superar las fronteras de la seguridad del propio entorno y adentrarse en el terreno de lo propiamente político, que supera lo público para recuperar el significado de la polis.

44 R. Dworkin, La democracia posible, op. Cit.
45 H. Arendt, Qué es la política, Paidós, Barcelona 1997, pp. 70-ss
46 Ibidem
47 Ibidem
48 Ibidem
Este proceso reclama un presupuesto previo, que es nuevamente la remisión a la educación, en los términos de educación cívica y liberal por tratarse de una educación basada en la libertad aristotélica y en la remisión a la verdadera sabiduría.

Aunque la propuesta sea ambiciosa, merecería la pena recuperarla a largo plazo, para garantizar el desarrollo de unos nuevos principios que garanticen el debate político en el marco de una democracia integral, que según Popper nos llevarían a un mundo mejor⁴⁹.

<table>
<thead>
<tr>
<th>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Arendt, H., <em>Qué es la política</em>, editados por Paidós, Barcelona 1997</td>
</tr>
<tr>
<td>Buerghental, T., <em>Never Again: Understanding the past to prevent future holocausts</em>, discurso pronunciado en 2010, distribuido a través de Internet</td>
</tr>
<tr>
<td>Condorcet, <em>¿Es conveniente engañar al pueblo?</em>, Sequitur, Madrid 2009</td>
</tr>
<tr>
<td>Dahrendorf, R., <em>El nuevo liberalismo</em>, Tecnos, Madrid 1982</td>
</tr>
<tr>
<td>Durán, P., <em>Fortalecimiento institucional</em>, Fundación Humanismo y Democracia (en prensa)</td>
</tr>
<tr>
<td>Dworkin, R., <em>La democracia posible (Principios para un nuevo debate político)</em>, Paidós, Barcelona 2008</td>
</tr>
<tr>
<td>Ihering, R. <em>Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico</em>, Trotta, Madrid 2008</td>
</tr>
<tr>
<td>Jonas, H., <em>El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)</em>, Herder, Barcelona 2008</td>
</tr>
<tr>
<td>Ratzinger, J., <em>Elogio de la conciencia</em>, Palabra, Madrid 2010 (2ª edición)</td>
</tr>
<tr>
<td>Popper, K., <em>En busca de un mundo mejor</em>, Paidós, Barcelona 1992, p. 245</td>
</tr>
</tbody>
</table>

⁴⁹ Popper, op. cit.
Schumacher, E.F., *Lo pequeño es hermoso*, Herman Blumme, Madrid 1987 (7ª reimpresión)
Spaemann, R., *Crítica a las utopías políticas*, Eunsa, Pamplona 1980
Vattimo, G., *Las aventuras de la diferencia*, Península, Barcelona 1986
VVAA, *Ética y política en la sociedad democrática*, Espasa Calpe, Madrid 1981
¿Hacia la Plenitud Temporis con los derechos humanos?

Pedro Francisco Gago Guerrero
Universidad Complutense de Madrid
¿HACIA LA PLENITUDO TEMPORIS CON LOS DERECHOS HUMANOS?

1. EL DERECHO DE LOS DERECHOS

Los derechos humanos nacen con la pretensión de crear un nuevo Derecho. En buena parte con contenidos dogmáticos, que, además, quieren ser científicos y monopolizadores de la verdad –establecidos bajo el principio de determinación–. Son producto de una civilización que, en parte, se niega a sí misma, debido al predominio del escepticismo y el relativismo y, de forma más extrema, a la extensión del nihilismo, previo paso por el secularismo –desvinculación del cristianismo, aunque se siga actuando con sus presupuestos–. Estas corrientes, ya muy introducidas en la cultura, han conducido a mucha gente a la desesperanza o sentirse desgraciados por existir –desencanto del mundo: *Weltentzäuberung* (Max Weber)–. Insólitamente, en parte, son las que crean las coordenadas dogmáticas de los derechos del hombre.

¿Los derechos humanos son la evolución pura del Derecho –versión revolucionaria–, o de la sociedad internacional que requiere un nuevo Derecho? Es probable que sea un compendio de influencias. Lo cierto es que los derechos humanos, mezcla de garantismo y exigencia, serán los encargados de constituir una nueva condición humana –el peregrinaje de la humanidad–. Por tanto, los derechos como Derecho, o los contenidos abstractos que crean el fundamento del Derecho, es lo que confecciona su ser, forzado a afirmarse como poder desde su propia raíz. Su autoridad no derivaría de la tradición, sino de la autorevelación racional, por lo que una vez educada la colectividad, la nueva autoridad pondría en marcha los derechos sin dificultad.

La Declaración de derechos no se hace en nombre de una ciencia de la justicia. Los derechos humanos más bien conciben un nuevo tipo de Derecho adaptado a las distintas concreciones según la voluntad política –que el colectivismo convertirá en el uso alternativo del Derecho–. Puesto que son dogmáticos –voluntarismo dogmático–, no necesitan demostración, dependiendo de la voluntad del poder y de las necesidades que vayan surgiendo de la actualidad. Su elevación a categoría especial de lo social, desajusta casi todos los órdenes que pasan a ser un complemento. Los derechos se convierten en razón pública a partir de un instinto social, que a su vez estarán destinados a superar las *ratio* privadas, a fin de que queden aparentemente diferenciados lo social y lo político.

Sólo un optimismo irreal puede sostener la creencia de que a través de los derechos humanos se llegará a desarrollar una definición de Derecho incontrovertible, determinando la actuación de quienes están obligados a
sostener el nuevo edificio de la humanidad, consiguiendo reorganizarla a partir de una nueva disposición con los diferentes cuerpos que compondrán los ámbitos en que se desarrolla la acción humana.

Desde su aparición, bajo la imposición de la filosofía social, los derechos humanos reclaman un nuevo Derecho y una nueva política universal. Se precisa reducir la importancia de la ley, como mandato o prescripción con contenidos objetivos, ascendiendo al deseo al grado imperativo, con pretensiones, además, de ser la justicia –secularización jurídico-positiva– previa a toda acción humana –la vieja aspiración de la moralidad como sustituta de las leyes–. La voluntad de los derechos exige dominar en la política –afirmándose al mismo tiempo como uno de sus presupuestos esenciales–, para subordinarla a su vez a unos contenidos universales superadores del pluralismo moral¹. Lo que quiere decir que la política tradicional será sustituida por la política científica, una tecno-gestión. De ahí que tendrán que recurrir a lo que Nietzsche planteaba: la Willen zur Macht. Y en lo que respecta al Derecho, -los derechos humanos parecen querer ser la fuente del Derecho– se le obliga a definir y regular la privacidad humana, imponiéndosele un papel decisivo: actuar según la justicia de los derechos –¿justicia de género?²–, organizándose para cumplir con las exigencias humanas. Probablemente su interés sea el de sustituir un Estado y una Sociedad por una política social basada en la ciencia del reglamento. Con la consecuencia de que a partir de las disposiciones-medidas se institucionaliza el desorden.

Esta es la causa de que los derechos humanos deban ser considerados un Decálogo-aspiración que contiene los presupuestos ideales del hombre abstracto, ajenos a la maduración del vivir humano, tanto colectiva como individualmente. Con ellos se perderá definitivamente la idea de justicia como virtud, para convertirse en la justicia del Derecho del deseo presente –utilidad por las exigencias del bienestar– en la línea marcada por el normativismo –inmanentismo evolutivo–. Incluso puede que la lógica de los derechos humanos desemboque en la necesidad de la desaparición del Derecho para ser sustituido por la racionalidad sociológica, o la aplicación estricta de la Física Social, o séase, la tecnicidad jurídica pura³. No obstante, persiste la confusión. ¿Es el Derecho

¹ Al menos en las sociedades occidentales y en la diversidad de las culturas.


el que debe regular el ejercicio político, o es la política la que debe llevar a efecto los contenidos de los derechos? La respuesta dependerá de la propuesta universalista, que consistirá en las reclamaciones propias de una sociedad del bienestar democrática extendida por todo el globo. Se debe tener presente que los derechos humanos se asientan en la democracia. Por lo que, como sostenía A. de Tocqueville, si los hombres democráticos se dejan llevar por sus deseos se deduce que los principios y valores de los derechos habrán de ser verdaderamente los deseos del hombre democrático.

| 2. LA UNIVERSALIDAD COMO FIN ÉTICO-JURÍDICO |

Siguiendo el pensamiento racionalista, los derechos postulan el universalismo fuera de toda condición espacial, histórica y cultural. Al proponer que en el proceso siempre habrán de respetar las culturas, al tiempo que su espíritu se impone la creación de una única cultura –la cultura común universal–, caen en una contradicción insoluble. Es indispensable que aparezcan elementos compartidos de la vida social, a fin de seguir un desarrollo inmanente a la propia universalidad del género. En este proceso cobra importancia fundamental el Estado y las instituciones sociales para poder desarrollar tanto la eticidad como a cada personalidad. Los derechos defienden que las instituciones –sin arraigo– son medios útiles acoplados a cada momento para lograr un objetivo actual: el bienestar –a partir de la distribución de los recursos–.

Los derechos humanos se adscriben a las exigencias de un fin ético, dependiendo, además, del dominio tecno-científico –moralización de la política y el derecho por la ciencia–. La humanidad consciente –de la que es posible hablar porque la ciencia y el espíritu científico han alcanzado la madurez suficiente– tendrá necesidad de llegar a lo que es y no quedarse, como casi siempre, en lo que debería ser. Se requiere pasar del espíritu diluido, por ignorarse a sí mismo al focalizarse, a un espíritu universal, lo que supone la reconciliación consigo mismo –la humanidad en espíritu–, como el ser genérico que tiene que mostrarse. Por eso los derechos humanos son el compromiso y el poder de la humanidad dividida que exige reaccionar al unísono, en el sentido de avanzar rápidamente en la dirección progresista tanto cultural como políticamente. El movimiento que inician los derechos obliga a las naciones a establecer un imperativo ético, con el objetivo de conseguir que los hombres se identifiquen con el destino humano.

4 ¿Siendo responsables de sus propios actos?
Uno de los problemas que surgirán de la aplicación de los derechos humanos consistirá en elegir: o bien la humanidad que habrá de ser dirigida por el nihilismo activo de la Civilización Occidental, reconvertida a un falso idealismo universal –el género en pos de sí–, o porque el ser humano ha encontrado definitivamente su verdadera naturaleza –el género manifestado en un ser que se entiende como lo que es–. Atendiendo a otra perspectiva, si se admiten los derechos, el hombre podrá ir al encuentro de sí mismo, al mismo tiempo que prescindirá de las discusiones, de los conflictos generales provocados por una lucha de intereses, despegándose de los estrechos límites creados para substituir o imponer voluntades que impidan la libre búsqueda del existir personal.

Es decir, que las opciones dependen de que con los derechos quede plasmado el descubrimiento de la universalidad humana, en tanto que conciencia práctica de un existir que se hace vital, abriéndose a la comunidad global. Más bien parece que el individuo combine la formación y el redescubrimiento. Aunque también podría situarse en la formación histórica, con desigualdades en el tránsito y la adecuación del ser genérico en potencia, en gran parte distorsionado por la particularidad o la universalidad encontrada en la imaginación de la religión. Una vez superada esta larga fase, el individuo se hace real mediante la adaptación a la materialidad, siendo un despliegue fenoménico que se encuentra a sí mismo después de pasar por multitud de enajenaciones. El proceso ha consistido en superar la correspondencia entre interpretaciones y el aventurismo intelectual, productos de un ser fuera de sí. La coincidencia de los derechos con la realidad, será el lógico resultado del despliegue de la búsqueda de la autenticidad humana, al mismo tiempo que los hombres quieren emanciparse, según la idea descubierta por el liberalismo, para superar las leyes naturales y sus formas.

La exigencia de los derechos implica que los problemas de la sociedad, de la política y de la economía han de ser perfilados según sus contenidos, dado que suministran sintéticamente el deber ser de la humanidad, exigiendo que los hechos provengan del campo de la eticidad compuesta de los principios y valores en continua formación y adaptación.

Los derechos confeccionan las instrucciones según la Ética universalista –basada en la voluntad–, a la que también se somete el Derecho, como conjunto de principios, normas y reglas, hasta marcarle decisivamente su ser. La Ética de los derechos se basa en adaptar los postulados requeridos por la utilidad del presente –deseos categóricos, mudables y dependientes–. A su vez, el género, o la universalidad cambiante, exige una Ética que se expresa en los derechos y quiere que, a partir de las reclamaciones jurídicas, el ejercicio político se haga al margen
de su campo normativo, al tiempo que se desplieguen las condiciones para crear una comunidad universal. Cuando sea aceptada, se superará el pluralismo moral, al converger la humanidad en una Ética universal confeccionada en los derechos. De esta forma se asciende a otra categoría: el hombre transformado en ciudadano, por lo que cada sujeto político es un átomo de la humanidad en realización –a partir de la igualdad social como destino irrenunciable–.

Los derechos están obligados a crear un espíritu común a partir de la ratio universalis para conseguir la unidad humana —colectivismo metodológico (Hayek)—, requiriéndose trasladar a las poblaciones la necesidad de la proximidad, teniendo puntos de convergencia. La equivalencia es manifiesta: si los individuos asumen los derechos, por ende admitirán las obligaciones. Pero ¿cómo entender que la deuda que contrae uno con cada uno y todos con todos, sea una obligación para satisfacer los derechos al unísono? Si bien las naciones separan a las poblaciones e impiden la confección práctica del género, los hombres al darse una identidad, consiguen en una exposición pública la máxima relación social, incluso descuidando otros ámbitos más importantes como la familia. Cabe pensar, como Rousseau, que el cosmopolitismo —coincidente con la democracia social— podría ser un medio para evadirse de las obligaciones como ciudadano. Para evitarlo, los derechos tendrán que imprimir la suficiente fuerza y confianza para que el universalismo eticista se haga realidad. Objetivo que sólo es posible en un contexto mecanicista, dentro del cual todos los integrantes sean iguales, perfilados como un fenómeno colectivo científico.

Probablemente tenga razón François Jullien al decir que difícilmente una sociedad, mucho menos la que tiene pretensiones universales, puede afianzarse por la conveniencia de los integrantes. Podrían quedar satisfechos determinados derechos humanos, pero obedecería a otra lógica, la del interés y no a los principios inspiradores. No es suficiente saciar las necesidades si no se crea un cuerpo universal muy bien cohesionado, sostenido por un espíritu común, con afinidades profundas. La fuerza de la comunidad, sea concebida por la suma de los bienes privados o por la afirmación de los bienes públicos, no es suficiente para cumplir con los derechos mientras no se remedien las necesidades vitales. Si se consiguiesen aplicar los derechos se explicaría porque en el fondo hay un interés por servir a una causa particular, no necesariamente compatible con el interés general.

Actualmente, el universalismo está basado en la funcionalidad económica —procedente del economicismo— y, muy escasamente, a pesar del idealismo, en una conciencia participativa, superadora de las tendencias individualistas interesadas. Los derechos humanos son la única expresión de la Ética que tiene en común la humanidad, si bien contrasta con lo que la realidad muestra: los conjuntos humanos están cada vez más formados por individualidades y grupos de poder político con intereses ajenos a los principios de los derechos.

| 3. ¿CONVERTIR LOS DERECHOS EN OBLIGACIONES? |

Los derechos humanos contienen los principios que legitimarán a toda autoridad pública. Ante la falta de una sociedad civil mundial que represente los intereses privados, las instituciones serán las encargadas de cumplir con los requerimientos de los derechos. En el caso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado aparece como un grado de evolución política superior a la sociedad civil. Por lo que, para ejercer la función de realizar los contenidos de los derechos humanos, se precisa su ayuda para que todas las sociedades estén en disposición de formar una única realidad civil. El complicado proceso consistirá en trasladar al individuo a la universalidad. Los derechos confían, siguiendo la tendencia clásica y roussioniana, que los problemas de las sociedades sean debidas a las instituciones, por lo que al igual que se las culpabiliza de determinadas actuaciones, si se hacen los oportunos cambios, se confía en ellas para conseguir los fines más o menos pergeñados. Temiéndose por los derechos humanos y persiguiendo mejorar notablemente la condición humana, parecen buscar una mayor autorrealización personal y social, en tanto se combinen adecuadamente el hombre y el ciudadano —¿compatible con la ley general de la evolución?—.

Los derechos humanos sólo se pueden activar a partir de la política —reducida desde hace tiempo al Estado—, subordinada a la Ética, compuesta de principios y valores universales. El indeterminado proyecto universal de los derechos hará inevitable trastocar todas las ordenaciones configuradas y ampliamente experimentadas en la historia. Es decir, que la obligación genérica consistirá en transformar la vida humana según los deseos y aspiraciones. La perspectiva, nacida de la imaginación, reclama crear un orden jurídico universal que supere tanto los diseminados órdenes jurídicos nacionales como el Derecho internacional. El paso habrá de ser decisivo, ya que las instituciones se dispondrán para atender las reclamaciones de los ciudadanos universales, pretendiendo que sean ellos mismos los que consigan hacer efectivo los frenos y contrapesos al poder, consumando lo que no siempre se ha logrado: aplicar bien la doctrina de la división de poderes.
La utilización de la política por los derechos humanos —¿acaso los derechos humanos son una política *sui generis*?— exige conseguir que buena parte de sus contenidos se conviertan en obligaciones. Lo manda el proceso histórico. Después de unir cierto intelectualismo liberal con los colectivismos más representativos, se ascendería a una etapa superior, en el que toda regulación llegue a ser una deuda que el poder contrae con el demandante. El paso más decisivo consistiría en la desaparición tanto de las sociedades civiles, como un ejercicio político que se limite a la nación. La nueva fuerza aparecida de la sociedad universal provendrá de la humanidad en curso hacia sí, y, en concreto, un poco de los derechos individuales, y, externamente, de los colectivos, que obligan al poder a ser responsable de las prestaciones. En principio, no será el poder el que exija a los ciudadanos, sino que se conformará con ser la fuerza más útil para conseguir las aspiraciones.

La dificultad se encuentra en transformar la utilidad del poder en juridicidad ética. El presupuesto es que se afirman unos derechos del ser humano confeccionados a tenor de unos deseos con independencia de su naturaleza, cuyo futuro se asentará en una organización colectivista, a fin de que las aspiraciones se consigan por las exigencias de la igualdad.

| 4. EL ESTADO AL SERVICIO DE LOS DERECHOS |

Es difícil tener claro la relación entre los derechos humanos, que en el futuro podrían ser la base principal para crear una Constitución universal, y el derecho privado. Quizá sea no sólo una confusión, al ser muy difícil, si no imposible, determinar y alinear los ámbitos de cada uno. Es cierto que los derechos son del pueblo y no pueden privatizarse, pero la realidad ha mostrado como lo público puede nutrir y abastecer a lo privado.

La relación Sociedad y Estado es lo característico de la teoría universal de los derechos que, a su vez, ha partido de la teoría política limitada al estudio de los Estados. ¿Exigen los derechos uniformidad? Si la respuesta fuera afirmativa, la tendencia siempre predominante a la desigualdad daría al traste con la unificación buscada por sus defensores. Es indispensable que exista una igualdad de los derechos civiles y políticos, haciéndose compatible con las diferencias culturales. El Estado Nación ha servido a los países para progresar. Siendo la causa por la que los derechos humanos, a pesar de su desmitificación, lo siguen teniendo como el aparato imprescindible para realizar los deseos de los ciudadanos, de situarlos en una única área y para que además de seguir fijando las pautas sociales, esté disponible para ensamblarse con las otras instituciones.
políticas. De ser así desaparecía una de las preocupaciones mayores que impiden el avance moral de la humanidad aplicando los derechos.

Los derechos humanos confieren al Estado otra función superior a la que le asignaba Maquiavelo de que su deber es sostenerse y fortalecerse: servir para una causa universal, aunque ello suponga su progresiva desaparición, sin que se desligue de lo que es su principal deber como institución social: acrecentar el bienestar de sus integrantes –no se superaría la tendencia fatalista de la inquietud ante la vida, por lo que continúa confiándose en el Estado como el principal refugio del hombre–. El Estado pasaría a ser, con todos sus fallos y tragedias, la forma política más beneficiosa para la humanidad. El éxito se debe a haberle añadido el substantivo social –sociabilidad perfectiva–, capaz de trasladar su espíritu hacia campos más amplios: se encargará de establecer y mantener la unidad humana.

Lo difícil es entender que los derechos puedan introducir al hombre en una sociedad universal guiada por unas fuerzas psicológicas o espirituales. ¿Podrán surgir los vínculos tan fuertes de los derechos para mantener unidos a los hombres? ¿Cómo habría de ser el espíritu universal para conjuntarlos? ¿Se puede seguir sosteniendo, como lo hace el Derecho Natural, que los derechos individuales son propiedad de cada hombre? En un caso o en otro los derechos siempre dependerán de las instituciones, y, en concreto, en el Pacto se impone la concepción mecanicista de la realidad. Así, se hace del Derecho un recurso técnico para la práctica de los contenidos de los derechos. Es decir, que, por la exigencia de los derechos humanos, el aparato del Estado estará disponible para ser útil al hombre, que en su actuar público se sustancializa en ciudadano. O, si se prefiere, la utilización del Estado por los derechos es una exigencia coactiva de la eticidad universal. En este caso sería recuperar el papel que antes desempeñaba el Derecho, lo que daría a la política una dimensión organicista, correspondiendo el ejercicio activo principal al Gobierno.

Sin embargo, en realidad parece disminuir cada vez más la importancia del Gobierno, ya que un aparato estatal que abarque un gran campo funcional y que esté compuesto de muchas organizaciones para atender las necesidades de la población, difícilmente se someterá a un mando único. Ahora bien, podría aumentar su capacidad unificadora para satisfacer los contenidos de los derechos. En el Pacto de 1966, el Estado, al igual que el Gobierno, tiene un carácter instrumental como servicio a los componentes del género. Dejaría de ser la expresión de todos los principios y valores de la civilización para convertirse en el medio fundamental para conseguir los objetivos de los derechos.
Esta extensión podría ser una desmesura institucional. El Estado, que es una unidad política localizada, teniendo el monopolio de la violencia legítima actuando bajo la razón administrativa y la burocracia, se le quiere ampliar todavía más su campo al asignarle la función de ser el fundamento para organizar una comunidad internacional.

| 5. HACIA LO GENÉRICO |

Los derechos no son una novedad en la historia, al ser el resultado ecléctico de fórmulas antiguas. Sus contenidos deberán ser valorados como una extensión de la razón que descubre la verdadera conciencia de la especie una vez que su desarrollo posibilita proyectarse universalmente.

Realizar los derechos supone invalidar las tradiciones, las costumbres y los hábitos, incompatibles con la necesidad de extender el género universalmente, como única posibilidad de llegar a la plenitud de la unidad. Es el lógico desenlace de la idea cartesiana de imponer la razón sobre la costumbre, única forma de liberar a los hombres de las enajenaciones a los que están sometidos por las diferentes culturas y tradiciones, consiguiéndose superarlas por lo que habrá de ser la cultura universal de los derechos. Se impondría la idea kantiana de deber ser, reclamada también por A. Comte, en el que la conducta humana está impregnada completamente de racionalidad, sin tener en cuenta que siempre lo racional depende de un sistema de principios y valores.

Se puede comprobar que con los derechos caben multitud de especulaciones, aunque siempre deberán estar determinados a partir del espíritu universal. No apuntan a una dirección concreta. Su porvenir dependerá de los efectos de su habilitación. Quizá la mayor dificultad para ponerlos en la vía adaptativa es crear una conciencia compartida por todo el género humano, llegando a conseguir una sola voluntad, expresada en una mayor representación, por ejemplo, en una asamblea mundial⁶.

Si bien los derechos humanos quieren ser la expresión del hombre universal que habrá de concretarse en la realidad, la posibilidad de implantar las libertades, en cuanto ser social, dependerá de su configuración como ciudadano. Por ahora no se vislumbra algo más que la posibilidad de traspasar la idea de ciudadanía en cada Estado al ámbito global. Es decir, que el antiguo ideal de ciudadanía basado

⁶ ¿Como la Asamblea de la ONU?
en el sentimiento nacional tendrá que transformarse en una pasión hacia el género. Incluso habrá de adoptarse una postura ecléctica, combinando la razón, obligada a saltar todas las barreras locales que pueden inutilizar el ser universal, superando los prejuicios creados por las culturas, religiones, políticas, etc. con el interés común o voluntad general y objetiva.

Una parte de los derechos más básicos, combinan la razón con el principio roussoniano basado en el sentimiento-conciencia. En el ideal de los derechos hay la voluntad de conseguir la satisfacción ético-jurídica del conjunto humano, sin la exigencia de comportarse según las virtudes. La aspiración habrá de confiar en la capacidad del hombre para superar todas las sociedades pervertidas, con el propósito de llegar a la unidad humana como única posibilidad de obtener resultados valiosos. También deberá unírsele el sentimiento propuesto por Kant –una Ética universal en el sentido cosmopolita– y que alcanzó su significación más acabada en el idealismo de Hegel, en el sentido de idealizar la voluntad colectiva en tanto participación de la vida común. Con ellos se desembocaría en el universalismo, que es la determinación inexorable de pasar del ámbito localizado al bien común de la humanidad, pudiendo realizarse a tenor de la potencial configuración del ser, desprendido de los desgarros que provoca toda separación inaceptable.

No parece que haya otros nexos de unión que la necesidad de satisfacer los derechos, salvo quizá un imperativo categórico nacido de la eticidad –con naturaleza prescriptiva–, que puede ir más allá de la voluntad moral. Los derechos humanos buscan el encuentro del género consigo mismo después de su dispersión y, ahora, a partir de la consecución de la situación histórica, al exigir que la concepción sea algo más que un accidente histórico para llegar a afirmarse definitivamente.

6. LA EXIGENCIA DE LO INTUITIVO-RACIONAL DE LA UNIVERSALIDAD

Al concretarse mucho más los derechos humanos en el Pacto de 1966 se descubre que tras su aparente reformismo, se defiende la igualdad –trasposición del ciudadano de cada unidad nacional a la ciudadanía universal como ideal revolucionario–, por encima de otros valores, ya que la exigencia del género requiere modelar las conductas hasta configurarlas en un único perfil. Los derechos serán aplicados por la política –fuerza y tradición– y asentarse en las convenciones –también costumbre, uso y tradición–. La organización jurídico-social nada tiene
que ver con la creencia en una igualdad natural, que, dada la experiencia, los derechos, en cuanto manifestación de una pretendida voluntad universal pactada, deben conseguir que las instituciones locales, los modos consuetudinarios de actuar y los poderes de las autoridades locales, sean transferidas a otra superorganización que representaría el nuevo y único pueblo. De los derechos saldría una nueva personalidad política: la auténtica, la que asume el fin del género.

La dimensión es contradictoria: por un lado, la necesidad de la razón de afianzarse universalmente, convirtiéndose en la principal facultad que justificaría el propósito del género, en trascendencia hacia sí –no puede sino trascenderse a sí mismo, en cuanto el materialismo lo considera movimiento virtual-. Sería la definitiva glorificación de esta facultad iniciada por la Ilustración y el culto jacobino; por otro, la tendencia natural del instinto a estar con los otros, a ponerse por encima de los prejuicios creados por la fantasía y la imaginación, así como por la capacidad del hombre para enajenarse con las cosas y en las relaciones con los otros. Por tanto, precisase pasar de una estructura corporativa, a una mecanicista, basada en la razón instrumental que, por fin, impone la voluntad práctica de desprenderse de las causas negativas que han originado las amarguras de la humanidad, creando un espíritu consciente y universal -¿mediante una actuación científica de la libertad?-. Será preciso superar los sentimientos instintivos muy arraigados, como el amor, la lealtad y la fidelidad hacia la familia u otros ámbitos más amplios, y quedarse con la necesidad que imprime la razón de formar una agrupación universal, conscientes de que es el momento de iniciar un curso nuevo para la humanidad. La necesidad de que los hombres se unifiquen como género es lo que le obliga a formar parte de una historia universal que lleve la impronta de un espíritu decidido a realizarse. La aplicación de los derechos humanos tendrá como prioridad conseguir la unidad superando todos los egoísmos grupales e individuales, formando una conciencia común.

Como es lógico, los derechos contienen ideas abstractas, concebidas por la razón, que buscarán estar bien configuradas jurídicamente y ejecutadas por la política. Ahora bien, ¿cómo encajar las ideas en los hombres? La adaptación no sólo requiere de la voluntad o de la fuerza de la exigencia individual, salvo que se crea que las instituciones siempre cumplirán con la función encomendada. Más bien parece que los derechos habrán de exigir sabiduría a los dirigentes y gestores de las instituciones. La actividad práctica de los derechos no puede consistir en destruir para confirmar otra realidad. Se requerirá estar en posesión del suficiente conocimiento para obtener resultados positivos y acabar con lo que con mayor profundidad marca la vida humana, desligándole de lo que produce inseguridad a cada vida.
Tampoco los derechos pueden estar al arbitrio de las ocurrencias, ni ignorar los resultados más comprobados, ni ser voluntaristas, confiando en las instituciones. Los derechos si quieren mejorar radicalmente la vida internacional, deberán extenderse a todas las condiciones humanas. Es decir, que la aplicación ético-jurídica llevada a cabo por la política supondrá mayor eficacia aplicando oportunamente los valores, si bien deberán desaparecer los diferentes depósitos culturales y basándose en una sociedad de hombres-función.

Los derechos optarán entre: a) bien restablecer una incomprobable unidad humana en el pasado, teniendo presente que después de muchos siglos la separación no ha conducido más que a tragedias innumerables o, b) que cabe la otra posibilidad, iniciar una construcción humana universal, dispuesta por la voluntad, de las fuerzas inherentes al género humano. La razón universal objetiva reclama imperiosamente la unidad, porque la experiencia muestra, la mayor parte de las veces, que los desencuentros y desgarramientos entre los hombres se producen por el choque de intereses. Se trata de cambiar completamente los puntos más dinámicos que confeccionan la historia. Es decir, hay que pasar de la creación o realización de los estados, naciones o culturas, a la creatividad universal, como aportación del genio universal. O, si se prefiere, sería el tránsito del Volkgeist al espíritu de la Civilización universal. Esto es, el encuentro con la universalidad deberá hacerse a partir de la propia confección universal. La igualdad proclamada por los derechos superará el impulso innato de los grupos o sociedades para alcanzar una expresión humana de las fuerzas impersonales, esperando lograr la autoconsciente complacencia del ser, por fin genérico, que se realiza en unidad, al ser capaz de superar las diferencias que desproveen al hombre de su naturaleza proyectiva sin las limitaciones de los intereses particulares o sectoriales. Lo decisivo es que la ley del progreso, aparte de ser universal, pone el dinamismo necesario y transmite la metodología que se debe aplicar ¿conducente al progreso de la moralidad?.

Los derechos, pues, se han convertido en la expresión del espíritu humano. En ellos quedan formuladas como aspiraciones jurídicas gran parte de las actividades de las personas procedentes de las culturas, debiendo superponerse y sintetizarse en sus contenidos generales y concretos. Ya no debería ser la historia de los diferentes pueblos los que construyan la civilización humana, sino que, a partir de los derechos, se ha de crear una empresa conjunta de la humanidad.

---

7 Si se tienen en cuenta todas las generaciones de los derechos

8 En el sentido comteano.
capaz de confeccionarse por sí misma, iniciando un periodo de generación humana, o una actividad para sí misma como un fin único. Pero, la fuerza de la unidad, ¿es compatible con el pluralismo? Más bien parece que si no hay una fuerza superior que intente cumplir con unos fines ignorados por la mayoría de los hombres, difícilmente los cambios comprenderán la necesidad y el sentido unitario. Los derechos reclaman nuevas formas institucionales y un cambio de conciencia para que las fuerzas que conciernen al espíritu universal se encarnen adecuadamente.

Las fuerzas que provengan de los derechos humanos deberán ser equilibradas y aplicadas a todas las culturas y a todos los hombres en sus diferentes situaciones. ¿Demuestran así los derechos humanos el fracaso de todos los sistemas anteriores? Se podrían justificar a partir de una conciencia del hombre que ha entendido, recurriendo a la sabiduría histórica, que por fin es llegado el tiempo de superar las localizaciones para dar lugar a un único sistema suficientemente coherente: el universalismo, o extensión del género por todo el orbe. De ahí la necesidad de saber tanto lo que es inherente al proceso para poner en marcha un ejercicio de los derechos, como captar su desarrollo - universalismo como fuerza invisible-comprobable. Bajo la ley de progreso todas las fuerzas se han de ajustar a las aspiraciones de los derechos.

Poner en práctica los derechos exigirá un cambio progresivo radical. Un avance de la humanidad que se desenvolverá en un nivel superior de conocimiento, mediante una aplicación lógica de la conducta, dirigidos por unas instituciones con una organización racionalizada, encargada de mover al cuerpo social que crece tanto en disposición hacia el objetivo, como en la racionalidad y lógica en el pensamiento. Por la exigencia de los derechos el pensamiento se universaliza a partir de la lógica y de la razón pura, prescindiendo de la experiencia tan útil del pasado, por exigirlo el dinamismo revolucionario. El proceso histórico, en el cual los derechos humanos son una declaración y una obligación de continuar en un camino que una ley establece, debe continuar más que por una acumulación de procesos constitutivos de realidades, por una ley vital impulsora de una energía profunda, incontrolable para los hombres, al estar obligados a seguir el proceso. Idea proveniente del historicismo que busca la progresiva perfección moral humana. Los derechos son tanto la fuerza de la lógica humana, como la fuerza sustantiva del Derecho, propiciadas por el poder político, que, al ponerlas en práctica, las determina. La unión de la inteligencia y el poder, deberá asentarse siempre en posiciones éticas. En este caso la humanidad se encuentra a sí misma una vez que los alienados, en fase de superar su desvarío al tomar conciencia de su situación, se identifican con
la necesidad de la fuerza del proceso, aunque deberán ir más allá de la buena voluntad. Así, por fin, se conseguirá la *plenitudo temporis*.

| 7. CONCLUSIÓN |

Los derechos requieren combinar inteligencia y voluntad para constituir la solidaridad humana. La dialéctica que enfrenta a muchos seres humanos, sobre todo entre los defensores del individualismo y el colectivismo, se supera hasta llegar a crearse un sentimiento común entre los integrantes del género, por encima de lo que les separa. Se supone que la voluntad de adherirse sea a una fuerza aglutinadora de toda la humanidad. Los derechos humanos, que quieren ser obligatorios a la par que orientadores, persiguen la formación de un espíritu común partiendo de un mundo desorganizado y separado en múltiples agrupaciones para conseguir imponer un criterio efectivo de justicia. Lo importante es que los derechos se acepten como una causa Ética universal –imperativo categórico absoluto–, constituyendo la humanidad liberada de su propio yugo, al intentar redimirse a sí misma, en la cual cada individuo tendría que recuperar su libertad en una actividad moralmente entregada a la causa del género⁹. A diferencia de lo que sostuvo Kant, la obligación moral de edificar la universalidad práctica se equipara a la causa por la que tiene que actuar. El problema es superar el egoísmo de las naciones y diferentes grupos e interpretar los derechos tanto por las exigencias del ideal, como por llevar a efecto, con la libertad necesaria, los cambios pertinentes.

⁹ Debe reconocer primero que se ha perdido la vocación genérica universal.
Hacer entrar en razón al Estado de derecho. Benedicto XVI aborda los fundamentos del Estado

Andrés Ollero Tassara
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
**HACER ENTRAR EN RAZÓN AL ESTADO DE DERECHO. BENEDICTO XVI ABORDA LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO**

La presencia de un Papa en un escenario específicamente político cobra, por infrecuente, particular relieve. Así viene ocurriendo desde Pablo VI con intervenciones ante la Asamblea General de Naciones Unidas; resulta menos habitual que, al margen de discursos de bienvenida o despedida intercambiados públicamente con Jefes de Estado con ocasión de visitas pastorales, se hayan producido otros en sede parlamentaria. Tal ocurrió con el pronunciado el 22 de septiembre por Benedicto XVI en Berlín. No es sin embargo este entrañable detalle anecdótico lo que da relieve al texto sino la enjundia de su contenido, realizada sin duda por el marco en que se pronunció. En efecto, lo que se propuso fue exponer “algunas consideraciones sobre los fundamentos del estado liberal de derecho”.

Alemania se convirtió a mediados del pasado siglo, por razones obvias, en el epicentro de una reflexión filosófico-jurídica sobre los límites de la razón de Estado, como consecuencia de una sangrante experiencia de la posible perversión de los ordenamientos jurídicos. Frente a la querencia positivista a describir un derecho del Estado, que presenta a éste como propietario de los instrumentos jurídicos necesarios para llevar a cabo sus designios políticos, surgió el Estado de derecho. Tomado en serio, reconocería la existencia de un

---

1 Este trabajo, realizado en el marco del proyecto “Principio de no discriminación y nuevos derechos” MEC (DER2011-26903), fue suscitado por la invitación de la revista “Acta Philosophica” (Roma) a participar en un número monográfico sobre el discurso de Benedicto XVI ante el Bundestag. Reducida su extensión por razones editoriales, se publica ahora en su integridad.

2 “Ante el Parlamento de mi Patria alemana”, Patria, con mayúscula, en la versión española ofrecida por la web de la Santa Sede, por la que citaremos; hemos manejado también ocasionalmente la versión que se facilitó a los medios de comunicación. Para la versión alemana nos remitimos a la transcrita en el propio Bundestag, que –como es usual en los Diarios de Sesiones– levanta acta de los aplausos o risas, prescindiendo sin embargo de citas bibliográficas a pie de página; la ha editado, acompañada de imágenes recogidas en un DVD, en doble versión: alemán e inglés.

3 Se observan en él los rasgos de un discurso de alcance diplomático, en el que han colaborado sin duda sus asesores en dicho ámbito; esto lo diferenciará en algún detalle significativo del rigor docente que impregna tanto la predicación de este papa como, más aún, los libros que sin precedente en otro pontífice continúa publicando.

4 La versión en español presentada por la web de la Santa Sede se referirá al Estado con mayúscula o minúscula de modo aleatorio. Por nuestra parte, mantendremos la mayúscula hasta ahora predominante.

derecho autónomo respecto a designios estatales, capaz de someter a control jurídico sus objetivos políticos; sobre todo mediante la garantía y protección de unos derechos fundamentales que legitimarían el ejercicio del poder.

La vieja pregunta agustiniana había ya planteado la necesidad de hacer entrar en razón al poder político: “¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?”6. No es original el Papa al evocarla7; ya lo hizo quien se erige durante el discurso en su principal interlocutor, en su condición de más autorizado exponente del positivismo jurídico: Hans Kelsen. Es fácil recordar, aunque no se citan sus obras de modo directo, cómo éste se vio obligado a superar una profunda perplejidad: constatar que, en términos de racionalidad empírico-positiva, no habría diferencia entre la descripción de la orden de un ladrón de caminos y la de la orden de un órgano de derecho8.

Se supera aparentemente dicho problema con la implantación del Estado de derecho y su conversión en signo de identidad de un ámbito geográfico autoerigido en garante de civilización. Surge hoy sin embargo la necesidad de sugerir que sería necesario ahora hacer entrar en razón al Estado de derecho mismo. Obligaría a ello el paradójico predominio de un curioso doble lenguaje. Los derechos humanos se han convertido en criterio decisivo a la hora de identificar lo políticamente correcto; pero, a la vez, afirmar que reposan sobre un fundamento ético-jurídico objetivo constituye hoy en la teoría del derecho la quintaesencia de lo académicamente incorrecto. Se comentó –todo parece indicar que verídicamente– cómo el acuerdo logrado a la hora de redactar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue posible gracias a no discutir sobre su fundamento; ahora, los derechos fundamentales solo parecen defendibles si se prohíbe de hecho indagar sobre ese fundamento.

Benedicto XVI se muestra realistamente consciente de la situación: “La idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que casi nos avergüenza hasta la sola mención del término”. No se ahorra, por lo demás, apuntar hacia un elemento cultural decisivo al respecto: el laicismo, que excomulga al pensamiento

---

6 Nos atenemos al texto de la versión ya aludida y a la cita que la acompaña: De civitate Dei, IV, 4, 1.

7 “Nosotros, los alemanes –dirá–, sabemos por experiencia que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho”.

cristiano, tras presentar como sobrenaturales sus constataciones racionales en torno a la ley natural. Sus exigencias no sólo serían, desde la óptica positivista, irracionales por metafísicas; sino también teocráticas, desde esa paralela óptica laicista. Este forzado enclaustramiento de la ley natural no deja de resultar paradójico, ya que con ello se expulsa del ámbito público a la doctrina que históricamente aportó la hasta entonces inexistente exigencia de laicidad9.

El problema es que en buena parte nos encontramos ante lo que cabría calificar como “laicismo autoasumido”10. ¿Cuántos católicos se encuentran en condiciones de argumentar con las luces de la razón las exigencias de la ley natural? Suscribirán quizá que entre ellas se encuentra la indisolubilidad del matrimonio, pero ni siquiera habrán leído las argumentaciones de Juan Pablo II al respecto. En el fondo parecen hacer propio el decálogo en clave fideísta: porque Dios así lo ha querido. No se preocuparán de argumentarlo; doctores tiene la santa madre iglesia... Esto les condena a una incapacidad para el debate público, salvo que recurran a un argumento de autoridad que el pluralismo de las sociedades democráticas excluye.

Con el rechazo positivista de la metafísica entra inevitablemente en crisis el intento de Grocio de convertir al derecho natural en ámbito de diálogo y entendimiento en la Europa dividida por guerras de religión. La asunción de la existencia de un Creador era para él consecuencia inseparable de la racionalidad metafísica y no de una mera creencia religiosa. Su propuesta de ámbito neutral de discurso no reposaba en absoluto sobre una concepción inmanentista de la existencia11. El laicismo sí la hace obligatoria, pretextando

9 “Contrariamente a otras grandes religiones –apuntará el Papa-, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación”.
11 Al razonar un derecho natural, válido “etiamsi daremus non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana” -Hugo GROCIO De iure belli ac pacis libri tres, Prolegomena, 1- aclará que “estas cosas que llevamos dichas, tendrían algún lugar, aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas; y como lo contrario de lo cual ya nos lo inculcan en parte la razón, en parte la tradición constante, y lo confirman además muchos argumentos y milagros atestiguados por todos los siglos, sigue al punto que debemos obedecer sin reserva al mismo Dios” (Madrid, Reus, 1925; versión de J. Torrubiano, t. I, págs. 12-13). De ello nos hemos ocupado en Poder o racionalidad. La religión en el ámbito público. (En diálogo con la ‘sociedad postsecular’ de Jürgen Habermas), aún inédita en su “Anales” pero disponible en la página web de la española Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: http://www.racmyp.es/academicos/NUMERARIOS.CFM?ac=1&tid=338&sc=i
una neutralidad imaginaria\textsuperscript{12}; se rompe así todo posible diálogo entre creyentes y no creyentes\textsuperscript{13}.

Si bien es cierto que, como señalará por partida doble el pontifice, el cristianismo “se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva”, se trata de “una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios”\textsuperscript{14}. La opción inmanentista por un gobierno del mundo que ignore los fundamentos de su creación no resulta en absoluto neutral; más bien pone en juego ese “patrimonio cultural de Europa”, al que nadie en su sano juicio parece dispuesto a renunciar: “Sobre la base de la convicción de la existencia de un Dios creador, se ha desarrollado el concepto de los derechos humanos, la idea de la igualdad de todos los hombres ante la ley, la conciencia de la inviolabilidad de la dignidad humana de cada persona y el reconocimiento de la responsabilidad de los hombres por su conducta”. La negación de un Creador acabaría así encerrando una inevitable dimensión irracional.

No es difícil encontrar en Habermas algún texto paralelo\textsuperscript{15}. Pero el filósofo alemán –que defiende la necesidad de no prescindir en el debate público de razones procedentes de ámbitos religiosos– podría ver frustradas sus expectativas, no sólo por la presencia de religiones basadas en un voluntarismo divino-positivo que lleva al fundamentalismo, sino también por ese clericalismo que alimenta una paradójica

\textsuperscript{12} Así habría que calificarla para que haga juego con el forzado dilema de Alfonso RUIZ MIGUEL, que contrapone a su “laicidad neutral genuina” la laicidad positiva, motejándola como “demediada”: \textit{Símbolos religiosos y laicidad} (cito del texto original brindado amablemente por el autor).


\textsuperscript{14} De acuerdo con el texto de la versión española ya aludida.

\textsuperscript{15} “Es sabido que de la mutua compenetración de cristianismo y metafísica griega no sólo ha quedado reflejada en la forma espiritual de una dogmática religiosa y en una helenización del cristianismo, que no en todos los aspectos ha supuesto una bendición; ésta también ha propiciado la apropiación por parte de la filosofía de contenidos genuinamente cristianos. Este trabajo de apropiación ha quedado plasmado en entramados conceptuales normativos de mucho peso como sucede en los conceptos de responsabilidad, autonomía y justificación, historia y memoria, reinicio, innovación y retorno, emancipación y cumplimiento, desprendimiento, interiorización y materialización, individualismo y comunidad”, en su diálogo con Josef Ratzinger ¿Fundamentos prepolíticos del estado democrático? incluido en “Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión”, Madrid, Encuentro, 2006, págs. 41-42.
adhesión meramente fideísta a la ley natural. En el pasaje pontificio ya citado la rechaza con claridad: para que la convicción religiosa se convierta en patrimonio cultural ha de verse mediada por una argumentación racional. La fe religiosa puede ser un envidiable motor, como lo fue en Vitoria o Martín Lutero King, pero sin las ruedas de argumentos racionales no tendrá recorrido posible en el ámbito público.

Kelsen aparecerá, una vez más, como referente polémico. “Había dicho que las normas podían derivar solamente de la voluntad. En consecuencia, la naturaleza sólo podría contener en sí normas si una voluntad hubiese puesto estas normas en ella. Por otra parte, esto supondría un Dios creador, cuya voluntad se ha insertado en la naturaleza”; pero, para él, “discutir sobre la verdad de esta fe es algo absolutamente vano”. Benedicto XVI planteará como réplica una pregunta que, por sí sola, habría justificado su visita al Bundestag, dado que en ningún parlamento europeo se considera hoy pertinente: “¿Carece verdaderamente de sentido reflexionar sobre si la razón objetiva que se manifiesta en la naturaleza no presupone una razón creativa, un Creator Spiritus?”.

Si se suscribe –como Kelsen– un no cognitivismo voluntarista, lo coherente es obviar tal pregunta. No es ése sin embargo el caso en nuestras Constituciones, que exhibimos orgullosos como símbolo de civilización; son declaradamente cognitivistas e inconfesadamente metafísicas. Por referirme a la española, su artículo 53 condiciona el campo de juego del poder legislativo, al imponerle el respeto al “contenido esencial” (sic) de los derechos y libertades considerados fundamentales; pero esto se convertiría en mera cháchara incoherente, si se abandona el cognitivismo y se descarta la posibilidad de una razón práctica.

Como quedará de relieve, el problema lo provoca el estrecho concepto de naturaleza que viene exigido por la angustia previa del concepto de racionalidad manejado por la metodología empírico-positivista. Benedicto XVI lo expresó con la habitual sutileza ratzingeriana, mediante una alusión a las exigencias ecológicas, inicialmente acogida por parte de sus oyentes con un “aplauso aislado”, según señala la transcripción parlamentaria; lo provocó –como es fácil constatar en el video– la exigua representación de los verdes.

No trataba sin embargo de poner en duda la sugerencia de Francis Bacon, como portavoz de la Modernidad: A la naturaleza no se la vence si no es obedeciéndola16, lo que exige un obvio aprecio a la actividad científica. No

---

16 Francis BACON Novum Organum, Aforismo III del libro I°.
nos propondrá pues una impugnación del método científico-positivo\textsuperscript{17}, pero nos anima a no ignorar el doble problema que resta abierto. En primer lugar, si ese dominio sobre lo natural no podrá verse sujeto a límite ético alguno; en segundo lugar, si la naturaleza físicamente entendida no ha de verse ampliada en los seres libres de modo que, desbordando lo físico, se convierta en fuente de exigencias éticas merecedoras de obligado respeto. Nos hallaríamos así ante la tarea de dar paso a una novedosa ecología humana, capaz de evitar que lo que aparentemente nos brinda dominio acabe sometiéndonos a esclavitud\textsuperscript{18}; precisión que arrancaría aplauso bastante más nutrido entre los parlamentarios alemanes. En todo caso, para poder abordarla será obligado, expresado en términos técnicos, calibrar el alcance de la llamada falacia naturalista\textsuperscript{19}.

No es difícil admitir que del hecho de que se produzca un determinado comportamiento no cabe deducir el deber de hacerlo. Se constata con facilidad que abunda de hecho la violencia doméstica, la evasión de impuestos o la corrupción política, sin que de su grado de intensidad quepa derivar deber ético alguno de incrementarlas, sino más bien todo lo contrario. Pero cuando se afirma que el hombre es por naturaleza sociable, o relacionalmente abierto de modo solidario a los demás, o que encuentra su realización personal en la preocupación por el bien común, no estamos describiendo hecho alguno; no queda por ello desmentida cuál es su auténtica naturaleza, de la que derivan obvias exigencias éticas. Decir que el hombre es por naturaleza de un modo u otro es constatar cuál es el programa ético obligado para que alcance su plena realización, que con frecuencia se verá de hecho frustrada. No hay pues falacia alguna, porque en realidad estamos pasando de un fundamento esencial de deber ser a su consecuencia ética existencial.

Positivismo y laicismo vuelven a darse la mano en una querencia que, de ser coherente (lo que rara vez ocurre, por resultar más cómodo recurrir al doble lenguaje), llevaría al no cognitivismo: a la negación kelseniana de que lo

\textsuperscript{17} “La visión positivista del mundo es en su conjunto una parte grandiosa del conocimiento humano y de la capacidad humana, a la cual de modo alguno debemos renunciar”.

\textsuperscript{18} “Hay también una ecología del hombre. También el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo”.

\textsuperscript{19} Se trata, según recuerda el Papa, de “la tesis según la cual entre ser y deber ser existe un abismo infranqueable. Del ser no se podría derivar un deber, porque se trataría de dos ámbitos absolutamente distintos. La base de dicha opinión es la concepción positivista adoptada hoy casi generalmente”. 
jurídico y lo ético en general encierran componente racional alguno\textsuperscript{20}, serían más bien fruto de una opción de la voluntad, movida por elementos emotivos e irracionales sin fundamento in re.

Es aquí donde el aire –más diplomático que académico– del discurso nos ofrecerá una anecdótica sorpresa. Se nos afirma que “el gran teórico del positivismo jurídico, Kelsen, a la edad de 84 años –en 1965– abandonó el dualismo de ser y de deber ser”. El propio Benedicto XVI parece el primero en mostrarse extrañado ante tan relevante afirmación, no pudiendo evitar un inciso no programado: “Me consuela comprobar que a los 84 años se esté aún en condiciones de pensar algo razonable”\textsuperscript{21}. Dado el tonelaje del aserto, me pareció obligado adentrarme en la cita en que se apoya, con la sorpresa de encontrarme con una remisión nada ratzingeriana a la reciente edición de una obra sobre el derecho natural\textsuperscript{22}; como si se estuviera aludiendo a algún pasaje kelseniano de problemática localización…

En la página que se cita al pie Waldstein no afirma nada de lo que quepa derivar afirmación tan singular. De limitarnos a su análisis, habría que imaginar que algún colaborador en el discurso pontificio no ha apreciado suficientemente el intercambio irónico entre este autor y los escritos de Kelsen, que le llevarán a derivar una infundada consecuencia del pasaje en que pretende apoyarse\textsuperscript{23}.

En realidad Waldstein combate la habitual descalificación del derecho natural como fruto de una falacia naturalista no en la página 19 de su obra, que es la citada en este pasaje del discurso, sino en la anterior; lo hará para realizar un intento bastante discutible de superar tan consolidado argumento. Cuando Kelsen afirma que la validez no es una propiedad de la norma sino que equivale a su existencia Waldstein entiende que se está hablando de “ein Sein

\textsuperscript{20}De Kelsen he tenido, como consecuencia, que ocuparme ampliamente en ¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política Madrid, Congreso de los Diputados, 2006 (2ª).

\textsuperscript{21}El inciso, que no aparecía en el texto entregado a los medios de comunicación, figura entre paréntesis tanto en el de la web de la Santa Sede como en la versión en inglés editada por el Bundestag, que lo incluye sin matiz alguno en su transcripción alemana.

\textsuperscript{22}W. WALDSTEIN Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft, Augsburg [Sankt Ulrich Verlag] 2010; que merecerá hasta tres de las cinco citas a pie de página del discurso…

\textsuperscript{23}“Insofern hat Kelsen Recht, dass Naturrechts nur als der Sinn des Willens einer gerechten Gottheit verstanden werden kann” –Wolfgang WALDSTEIN, op. cit. pág. 19.
mit normativen Gehalt”, del que sin duda podría “ein Sollen folgen”; Kelsen habría pues de renunciar a mantener que “aus einem Sein kein Sollen folgen könne”. Pero, como es obvio, Kelsen no lo hará y el propio Waldstein explica el por qué, que ya antes hemos señalado: “die Gleichsetzung der Natur mit dem positivischen ‘Wirklichkeitsbegriff’, von dem längst erkannt wurde, dass er ‘zu eng ist’”; con cita a Larenz… Kelsen rechazaría un “folgen” que supondría asumir que el “Sein” es fundamento del “Sollen” y no limitarse a constatar que existe; mantendría pues su rechazo al derecho natural. El propio Waldstein lo admite sin reservas de modo bastante drástico: “no sabe de lo que habla”.

Kelsen en efecto recurre a un neto argumento ad absurdum cuando sugiere que –entendiendo la norma como acto de voluntad, lo que le mantiene fiel a su no cognitivismo– el único modo de aceptar el derecho natural consistiría en admitir la presencia de una voluntad en la naturaleza, que por lo demás habría de ser divina. Nos hallaríamos pues, como es fácil entender, ante un positivismo divino–positivo, absolutamente contradictorio con iusnaturalismo alguno. Derivar de su frase que ha pasado a admitir el derecho natural, o a excusar el abismo ser-deber ser que lo hacía imposible, no tiene sentido alguno. El iusnaturalismo, como Grocio resaltaría, implica un Dios razonable que respete el orden de la naturaleza, con independencia de que sea a la vez su creador. Como el pontífice ha resaltado en más de una ocasión, a Dios hay que contemplarlo sobre todo como logos, antes que como voluntad o incluso como verbo. La ley natural no ha de cumplirse porque Dios lo haya querido, como suscribiera el voluntarista Ockam, sino que Dios ha querido que sus exigencias éticas se cumplan como es natural. Es un Dios que (ratio vel voluntas) quiere que se actúe razonablemente.

El rechazo positivista a una presunta falacia naturalista se traducirá en una drástica separación entre derecho y moral. Se produce así, en primer lugar, una ruptura en lo que venía siendo el hilo conductor de la llamada civilización occidental. Camino que, como recuerda el pontífice en su intento de asumir desde nuevas perspectivas la Aufklärung, “lleva, a través de la Edad Media cristiana, al desarrollo jurídico de la Ilustración, hasta la Declaración de los derechos humanos y hasta nuestra Ley Fundamental Alemana”. Algo no muy distinto de lo que sugiere quien protagonizará con él un ya mítico diálogo académico: ¿Es la ciencia moderna una práctica que puede explicarse completamente por sí misma

24 Todo ello en la aludida obra de WALDSTEIN, pág. 18.

25 Wolfgang WALDSTEIN, op. cit., pág. 59.
y comprenderse en sus propios términos y que determina performativamente la medida de todo lo verdadero y todo lo falso? ¿O puede más bien entenderse como resultado de una historia de la razón que incluye de manera esencial las religiones mundiales? 26.

Por otra parte, todo intento de sugerir fundamentos éticos objetivos y racionalmente cognoscibles se verá transferido al ámbito sentimental y subjetivo caprichosamente asignado a la moral 27; aunque sea para reconocer (como el llamado positivismo jurídico inclusivo) que no pocos problemas jurídicos solo podrán encontrar solución recurriendo paradójicamente a elementos morales. Curioso modo de llevar a la práctica el postulado deslinde entre ambos campos 28. En realidad algo tan esencialmente jurídico como la justicia no es una mera derivación de lo moral; es, por el contrario, la virtud moral de la justicia la que consiste en el respeto a las exigencias objetivas de algo tan jurídico como el hacer justicia. El fundamento, tanto de la moral como del derecho, será precisamente una concepción antropológica; como ocurre en la implícita en toda apelación a la naturaleza del hombre. No dará igual que sea individualista o relacional, economicista o abierta a lo espiritual. El problema no consistirá pues en que lo jurídico pierda objetividad por verse inevitablemente remitido a juicios morales subjetivos, sino en que tanto el derecho como la moral puedan acabar apoyándose en una antropología desconocedora de las exigencias objetivas de la naturaleza humana 29.

No deja de resultar llamativa la facilidad con que el vulgo tiende a aceptar que la moral, y con ella la justicia, sería un ámbito dejado al arbitrio de la subjetividad, mientras que el derecho ofrecería garantías de seguridad derivadas de su carácter objetivo. Provocativamente, no me privo de sugerir a mis alumnos que, si a un amplio colectivo se les mostraran escenas de una sesión de tortura, coincidiría sorprendentemente en considerarlas una práctica moralmente.

26 En su ya citado Religion in der Öffentlichkeit, pág. 154.

27 La consecuencia será que “el ethos y la religión han de ser relegadas al ámbito de lo subjetivo y caen fuera del ámbito de la razón”, con lo que “las fuentes clásicas de conocimiento del ethos y del derecho quedan fuera de juego”.

28 De ello me he ocupado en Derecho y moral. Una relación desnaturizada, trabajo aún inédito, destinado a ver la luz en Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

29 A nadie pueden pues extrañar las consecuencias: “Hoy no es de modo alguno evidente de por sí lo que es justo respecto a las cuestiones antropológicas fundamentales y pueda convertirse en derecho vigente”. 

454
rechazable. Mientras que lo que el Tribunal Constitucional pueda algún día resolver sobre si determinadas leyes, como las que dan vía libre a un aborto a plazo o inventan el matrimonio homosexual, son admisibles desde un punto de vista jurídico-constitucional es aún, cuando esto se escribe, un profundo misterio para todos los ciudadanos españoles.

Todo ello inclina a pensar que el mensaje fundamental de tan relevante discurso es la necesidad de hacer entrar en razón a un Estado de derecho que está siendo víctima del falso intento de la metodología científico-positiva de monopolizar lo racional. Como consecuencia, se habla de los derechos humanos a todas las horas del día, porque la política así lo hace aconsejable; pero se les negará todo fundamento objetivo cuando el rigor académico exija aparentar seriedad. Me parece más razonable admitir que si existen derechos fundamentales es porque gozan de un fundamento objetivo, racionalmente cognoscible. Que su captación sea tan falible como discutida es el acompañamiento obligado de todo empeño racional.

“Donde la razón positivista es considerada como la única cultura suficiente, relegando todas las demás realidades culturales a la condición de subculturas, ésta reduce al hombre, más todavía, amenaza su humanidad. Lo digo especialmente mirando a Europa”. Podrá decirse con mayor énfasis pero no con más claridad…
Los valores jurídicos.
Un diálogo con
A. Montoro

Milagros Otero Parga
Universidad de Santiago de Compostela


**LOS VALORES JURÍDICOS. UN DIÁLOGO CON A. MONTORO**

“La Filosofía del Derecho a la que tantas veces se ha pretendido expulsar del ámbito del conocimiento jurídico, lejos de ser una mera concesión a la erudición o un lujo intelectual se constituye en exigencia y condición naturales del pensar sobre el Derecho”, Montoro Ballesteros, Alberto, Notas sobre el realismo jurídico escandinavo, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, 12, 1972, p.106.

| 1. INTRODUCCIÓN |

El hombre es “sustancia individual de naturaleza racional”, decía Boecio y por lo tanto es consustancial a su esencia la necesidad de pensar. El ser humano necesita cuestionarse continuamente sobre todo lo que le afecta, sobre lo que le es propio, sobre lo que lo hace ser humano único e irrepetible, diferenciándolo del resto de los seres creados. La consideración de ser humano como ser pensante es connatural al individuo. El ser humano necesita ejercitar su naturaleza racional, pensando, meditando, realizando cosas nuevas e incluso dejando su huella en el mundo. Esa capacidad constituye en gran medida la seña propia e irrepetible que lo diferencia del resto de los seres creados en la medida en que lo identifica como ser humano único y diferente, mejor que los otros si se ha esforzado por serlo, o peor que la mayoría si ha descuidado sus deberes; pero en cualquier caso, distinto.

Una de las facetas de la realidad sobre las que el ser humano aplica su necesidad de pensar es el Derecho. Y por eso, razonamiento y Derecho, o pensamiento y pensamiento jurídico, o razón y razón jurídica son uniones predicables del ser humano desde el comienzo de los tiempos conocidos. Desde que el ser humano comprende la necesidad de vivir en sociedad entiende que precisa un orden racional que asegure las relaciones sociales. Y desde que adquiere esa certeza se da cuenta de que no es posible vivir en orden, paz y armonía si se prescinde de la realización de la justicia. Observa entonces que la realización de la justicia no es innata en el ser humano, aunque quizá sí lo sea su búsqueda, y por lo tanto el individuo precisa saber cómo y dónde hallarla. Y una vez que la encuentra necesita además saber cómo ejercitarla. Para todo esto es imprescindible la reflexión teórica sobre el Derecho que conduce a la aplicabilidad práctica del mismo.

Mucho se ha reflexionado sobre el Derecho a lo largo de los tiempos. Muchos han sido los pensadores dedicados a este trabajo. Muchos los enfoques que se le han dado y muchas las disciplinas jurídicas desde las que se ha iniciado la reflexión sobre la experiencia jurídica. Hoy rendimos homenaje de justo reconocimiento a un profesor que ha dedicado su vida académica a la Filosofía del Derecho. A esa forma de enfocar el conocimiento del Derecho que ha
sufrió tantos intentos de expulsión de la vida jurídica por considerarla un ejercicio intelectual inútil, excesivamente teórico y por lo tanto alejado de la realidad. Pese a la presión externa, el Dr. Montoro ha mantenido su vocación, su interés por el estudio y su deseo de contribuir a la construcción de un mundo jurídico teórico más justo, más estable, más ordenado, más plural, en donde tengan cabida todas las opciones y no sólo las positivistas tanto tiempo predominantes. El Dr. Montoro ha navegado contra corriente como otros muchos jurofilósofos españoles que desarrollaron su labor académica predominantemente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Creo que su trabajo es meritorio por muchas razones, y por eso creo que debe ser conocido y positivamente valorado. El estudio que ahora inicio quiere contribuir modestamente a dar a conocer el pensamiento de un jurista dedicado a la cátedra durante muchos años, que ha realizado una obra seria y fructífera como muestra el número y calidad de sus publicaciones y los discípulos formados. Todos esos elementos justifican a mi juicio un homenaje intelectual al que como he dicho me sumo gustosa.

Para mejor cumplir con el empeño que guía estas reflexiones, voy a dialogar con el profesor Montoro, utilizando sus escritos, sobre un aspecto de su obra que siempre ha suscitado mi propio interés. Me refiero al estudio de los valores. Quiero averiguar, a través de las palabras del profesor Montoro, cómo entiende él los valores, qué valoración hace de los mismos, y qué lugar cree que deben ocupar en el marco de la Filosofía Jurídica. Finalizado este repaso por su obra escrita, espero poder aportar la visión del pensamiento de Montoro sobre los valores enfocada desde una metodología tópica. Comenzaré con la descripción de los hechos; continuará con la valoración de la realidad descubierta y concluiré con la propuesta concreta de actuación sobre la realidad previamente conocida y valorada a fin de poder utilizar el pensamiento del autor estudiado para tratar de mejorar la realidad jurídica.

| 2. DESCRIPCIÓN |

La primera cuestión a analizar exige la respuesta a esta pregunta: ¿cómo entiende Alberto Montoro los valores? ¿Son para él seres, cosas, hechos psicológicos, fines, principios, cualidades, virtudes, quizá circunstancias?

En un trabajo escrito en 1975 sobre el significado de la Teoría fundamental del Derecho¹ Montoro afirmaba que “la Teoría General del Derecho no

alcanza el nivel de la investigación filosófica, la cual ha girado, en el plano del conocimiento jurídico, fundamentalmente en torno al tema de la esencia del Derecho y de los valores o fines que éste ha de realizar”. De sus palabras podría deducirse la identificación de los valores con los fines del Derecho entendiendo que una de las misiones de la Filosofía jurídica es apartarse, o mejor dicho sobreponerse, al estudio del Derecho como simple realidad, lo que es, para analizar su esencia, lo que debe ser. Esta esencia vendría dada por el conjunto de valores y fines que debe cumplir el Derecho. De manera tal que la Filosofía del Derecho debería indagar sobre el conocimiento ético-material del Derecho, mientras que la Teoría del Derecho debería ocuparse de las formas lógicas de manifestación del mismo. A juicio de Montoro debería existir entre estas dos formas de aproximación a la experiencia jurídica una conexión lógica que garantizaría la plenitud del conocimiento jurídico. Sin embargo esta conexión no se produce.

¿Podríamos pensar que Montoro identifica los valores y los fines que debe cumplir el Derecho como realidades idénticas? La respuesta a esta pregunta la ofrece el propio autor en otro de sus trabajos con motivo del estudio que realiza de la obra del realismo jurídico escandinavo2. Refiriéndose a Olivecrona dice que “cuando habla de “fines comunes”, del “interés general”, del “bienestar de los hombres” resulta obvio que en contra de sus propósitos, está jugando con estimaciones, con juicios de valor a los que ha de ajustarse y servir el Derecho”. Olivecrona continúa diciendo, “hace un esfuerzo por desterrar del campo del conocimiento jurídico todos los restos de metafísica y magia y por ello toda referencia a valores”, pero “se filtran en su pensamiento determinadas ideas y juicios de signo valorativo que muestran una vez más la esterilidad de la pretensión del positivismo de extirpar de la razón humana su vocación a la contemplación de los valores y al enjuiciamiento y ordenación de la realidad empírica en función de los mismos”. En estas palabras Montoro se muestra en contra del pensamiento de Olivecrona considerando que su manera de entender la experiencia jurídica tratando de alejarla de cualquier consideración valorativa, es parcial, inútil e incluso artificial, desde el punto y hora que ni siquiera el autor escandinavo es capaz de alejarse del todo del influjo que ejercen los valores en la vida jurídica. Negarlos sería tanto, a juicio de Montoro, como querer arrancar del pensamiento humano su vocación racional y por lo mismo valorativa. En

2 Montoro Ballesteros, Alberto, Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, 12, 1972, p. 106.
este párrafo el profesor murciano parece identificar los valores con principios de conducta del ser humano a los que éste no puede sustraer su atención aún de propósito, alejándose así de la identificación de éstos con los fines.

Desde esta perspectiva, los valores no son circunstancias o formas de actuación en un caso concreto; no son tampoco hechos psicológicos o cualidades extrínsecas y por lo tanto opcionales; ni siquiera son fines a los que se deba encaminar la conducta humana para la realización de un destino concreto. Son en realidad, principios de conducta o mandatos no necesariamente positivos, a los que cada ser humano debe adaptar su conducta para alcanzar con ella un fin que es la plenitud de su desarrollo personal. De este modo los valores no se identifican con fines sino que son los principios o mandatos de conducta precisos para alcanzar fines.

El ser humano por su propia naturaleza racional está permanentemente ejercitando su capacidad raciocinativa y dentro de ella se incardina su necesidad de valorar los actos de los demás, junto con los suyos propios. Esta valoración se produce sometiendo cada una de sus actuaciones a una escala valorativa que excede, como veremos más adelante, los parámetros determinados por las propias y cambiantes leyes positivas de un momento dado, para extrapolarse hacia principios de conducta más permanentes presentes en la propia naturaleza humana desde antiguo, y que a juicio de Montoro se insertan en la legitimidad.

Así las cosas, resulta de interés indudable para el Derecho el estudio de los valores como principios de conducta de los seres humanos que viven en sociedad. Determinada su importancia conviene dilucidar ahora ¿dónde y cómo se estudian los valores dentro del organigrama de las disciplinas jurídicas? Alberto Montoro no duda en su respuesta. Identifica la Axiología o Estimativa Jurídica con el Derecho Natural y éste con uno e los cuatro temas cuyo estudio corresponde a la Filosofía del Derecho3. Advierte que el Derecho Natural se entiende en su sentido amplio como ética social, política y económica. Pues “desde el neokantismo hasta nuestros días la Filosofía del Derecho ya no se entiende como Filosofía del Derecho positivo... (sino) que pasa a tener una significación más amplia y flexible reapareciendo bajo distintas denominaciones (Derecho justo, idea del Derecho, Axiología Jurídica, Estimativa jurídica,

3 Vid Proyecto investigador de A. Montoro, (inédito), Murcia, 1985, p.08 ss. Los otros tres temas cuyo estudio corresponde a la Filosofía del Derecho son: Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Teoría fundamental del Derecho y Teoría del conocimiento jurídico, lógica y metodología jurídicas.
Ética Jurídica, Derecho Natural incluso)”. De este modo, en el pensamiento de Montoro parecen quedar claras las siguientes ideas: 1. Es irreal, pese a los esfuerzos realizados por una buena parte de la dogmática jurídica a partir del s. XIX, tratar de reducir el Derecho al conjunto de leyes positivas de un país concreto en un momento determinado. 2. Es irreal porque el ser humano es un ser racional que precisa cuestionar y cuestionarse sobre el sentido de las leyes a las que está sometida su conducta, y sobre su actuación en relación con ellas. 3. El estudio del Derecho lleva aparejado sin duda el conocimiento del “cuerpo jurídico” formado por las normas de obligado cumplimiento, pero estas normas se quedarían sin “alma” si prescindiesen de su concepción valorativa. El conocimiento integral del Derecho exige tener en cuenta ambos extremos. 4. Así considerados los valores son principios de actuación que se convierten en mandatos, a veces sólo morales, y otras muchas (las más de las veces) también jurídicos, cuya realización tiende hacia un fin que no es otro que la realización del Derecho bajo parámetros de justicia. 5. El estudio de los valores jurídicos se convierte así en una parte del conocimiento jurídico que como tal se inserta (con diferentes nombres) dentro de la Filosofía jurídica. 6. Los valores jurídicos son por tanto principios de conducta que se convierten en faros que iluminan la actuación del ser humano dentro de la sociedad, tanto desde el punto de vista estrictamente moral como también jurídico.

| 3. VALORACIÓN |

Analizado el pensamiento de Montoro sobre el significado de los valores y de su consideración descriptiva dentro del mundo jurídico, es preciso ahora seguir avanzando. Debemos plantearnos una nueva pregunta ¿qué valoración hace el autor de la realidad “valores”? ¿Son éstos únicamente jurídicos o hay que considerarlos también desde la perspectiva moral, sociológica etc? Y sobre todo, el reconocimiento y respeto por los valores dentro del ámbito jurídico ¿es una realidad axiológicamente deseable, no deseable o indiferente? Trataré de responder a estos interrogantes tomando como base de nuevo las palabras del autor.

Dice Montoro que “el Derecho incorpora a su contenido no sólo exigencias de la justicia sino también valores, principios e ideas muy diversos de significación histórica, ideológica, política, técnica etc”. Porque, continua diciendo, “tanto el

---


5 Montoro Ballesteros, Alberto, Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral,”Anuario de Filosofía del Derecho”, 12, 1995, p. 198.
Derecho como la Moral, cada uno en función de su específica finalidad y con sus respectivos medios, aspiran a ordenar el comportamiento y la convivencia humanas de acuerdo con un conjunto de valores y principios entre los que se encuentran (como valor compartido) las exigencias de la justicia”.

Estas palabras de Montoro son muy esclarecedoras para intentar analizar la valoración que otorga el autor a los valores. En efecto, muestran que para el profesor murciano los valores en general, y el valor justicia en particular, tienen una consideración axiológicamente positiva ya que son los garantes del orden y de la convivencia humana. Esta apreciación inicial se fortalece cuando establecemos el contravalor que estas palabras encierran y que no es otro que el desorden y la dificultad de convivencia. Dicho de otro modo. La sociedad que enfoca su vida de acuerdo con el respeto por los valores en general, y por la justicia en particular, alcanzará una vida ordenada y una convivencia pacífica. Y sensu contrario, las sociedades que descuiden o resten protagonismo a los valores dentro de su vida e incluso de su ordenamiento jurídico, vivirán en desorden propiciando una convivencia complicada e insatisfactoria.

La idea que subyace en este texto es que los valores constituyen el alma del Derecho, pero no sólo del orden normativo, ni sólo del Derecho en general, sino también de la Moral, puesto que aunque Derecho y Moral son órdenes normativos diferentes, precisan estar en armonía, de la misma manera que el ser humano precisa que su cuerpo y su espíritu funcionen al unísono para evitar desordenes. Para Montoro “Moral y Derecho se configuran actualmente como dos sistemas normativos diferenciados pero íntimamente conectados entre sí, como dos ramas de un mismo tronco ético común. Este tronco común es el constituido por el valor de la justicia”. El Derecho como toda obra humana en general, debe tener una parte física y una parte espiritual, un cuerpo y un alma. El alma del Derecho está en los valores; el cuerpo en las cosas, los actos y las normas jurídicas. Para tener una visión completa del Derecho es preciso que ambos extremos estén coordinados de manera que las cosas, actos y normas jurídicas concretas se ajusten a las exigencias espirituales de la naturaleza humana, especialmente a la exigencia de justicia. De modo que el conocimiento de los valores y su respeto por los valores son condiciones esenciales para poder entender la experiencia jurídica en su totalidad.

---

Y por lo mismo, pretender reducir el Derecho a una visión sólo normativa o sólo sociológica, como ha pretendido una buena parte de la doctrina desde la segunda mitad del siglo XIX es, a juicio de Montoro, insuficiente porque “tanto el normativismo como la concepción sociológica del Derecho ofrecen una noción insuficiente del mismo, resultado de los supuestos epistemológicos de que dichas corrientes doctrinales parten así como del reductivismo conceptual que implican”7. Dicho de otro modo, el fenómeno jurídico es una realidad compleja en sí misma, diferente pero complementaria de otros órdenes normativos como la moral, y de otras ciencias del conocimiento como la sociología. Por lo tanto para poder abarcar el fenómeno de lo jurídico en su totalidad es preciso disponer de una mente abierta que sitúe cada cosa en su lugar entendiendo al ser humano como un ser racional dotado de una gran capacidad crítica y por lo mismo necesitado de desarrollar su vida de la manera que elija, tratando de vivir en paz y armonía con el resto de los individuos y aún con el resto de los seres creados. Así las cosas no es posible prescindir de los valores en una actividad tan humana como la jurídica.

Llegados a este punto resulta claro que en la Filosofía jurídica del profesor de la Universidad de Murcia, es de vital importancia para organizar la vida jurídica del ser humano que vive en sociedad el estudio del plexo axiológico que orienta las conductas humanas. Con esta afirmación quedaría respondida la pregunta inicial sobre la importancia del estudio de los valores dentro de la Filosofía Jurídica de Montoro, pero aún restaría por contestar otro interrogante: ¿son igual de importantes todos los valores? La respuesta que este autor ofrece es que no. Los valores jurídicos son diferentes y por eso es preciso jerarquizarlos; no sólo por afán de sistematizar sino también para poder protegerlos mejor especialmente en caso de que surja un conflicto de intereses. En este intento Montoro llama la atención sobre el hecho ya denunciado por Hartmann de que “en el proceso de descubrimiento y realización de los valores, con frecuencia el valor inferior exige ser realizado con preferencia al superior porque esta previa realización del valor inferior va a posibilitar al hombre el descubrimiento y la estimación de valores superiores”8. No interesa por ahora descubrir cuál puede ser ese valor superior del que habla el profesor sino únicamente entender que puede haberlo. El mismo autor completa su

---

7 Montoro Ballesteros, Alberto, Sistema de Teoría fundamental del Derecho, op. cit, p. 91.

8 Montoro Ballesteros, Alberto, Supuestos filosófico-jurídicos de la justa remuneración del trabajo, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980, p. 65.
pensamiento diciendo que “en relación con el orden del Derecho en general hemos señalado que el valor que el hombre demanda de forma más urgente es la seguridad, si bien una vez que el Derecho, en cuanto sistema de legalidad, ha establecido un orden de vida social seguro y estable, el hombre se ve abocado a plantearse el problema de su justicia”. Estas palabras me parecen muy esclarecedoras. De ellas deduzco que para Montoro el valor fundamental del Derecho es la justicia si bien siguiendo la consigna de *primum vivere deinde filosofare* advierte de que el valor fundamental en sí, el valor superior absoluto puede ceder su puesto en algunos momentos a otros que no por eso se convierten en más importantes, sino de previa realización, para posibilitar el ejercicio del valor supremo. Es decir el ser humano precisa vivir en seguridad para poder realizar la justicia. De manera tal que la seguridad se convierte así en presupuesto previo a la propia justicia pero no necesariamente por ser superior al valor por excelencia, sino porque lo protege de manera que sin su concurso la justicia no sería nunca real y efectiva.

Pese a lo dicho anteriormente no existe duda alguna en cuanto a la jerarquía valorativa de Montoro expresada en muchas y muy variadas ocasiones de forma clara y concisa. El Derecho, afirmaba en 1976, “como cualquier otro fenómeno cultural, implica o supone una síntesis de realidad y valor. El valor que de modo primario, fundamental, impulsa y dota de significación jurídica todo el proceso de génesis, desarrollo y constitución del Derecho es la Justicia”9. Y continuaba diciendo “la legitimación democrática del Derecho no encuentra sólo un límite ideal ético (el representado por la idea de justicia, por los valores éticos que debe realizar el Derecho) sino también otro de carácter sociológico, fáctico representado por la “naturaleza de la cosa”... Esta es la realidad a la que tienen que adaptarse las ideas, y los valores jurídicos para conseguir su efectiva realización. Como dice Radbruch, esta es la realidad a la que alude Solón cuando habiendo sido preguntado si había dado a sus conciudadanos las mejores leyes imaginables respondió “las mejores sencillamente no, pero sí las mejores de las que ellos eran capaces”10. Conjugadas ambas ideas podemos entender que para D. Alberto la justicia es el valor supremo del Derecho, pero este valor no debe contemplarse como único ni como un ideal, pues eso conduciría a la larga a vaciarlo de contenido. Y por eso el valor justicia debe coexistir y acomodar su ritmo a otros


10 Montoro Ballesteros, Alberto, Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho, op. cit, p. 161
valores jurídicos, así como también a otro tipo de valores no jurídicos pero relevantes en el mundo del Derecho, como los éticos o morales, de los cuales el Derecho no puede prescindir so pena de perder su sentido completo.

¿Cuáles son estos otros valores? El mismo autor contesta a esta pregunta de nuevo en sus escritos. Los valores que menciona especialmente son la libertad, la dignidad y la seguridad. Veamos como lo hace:

Dice Montoro que “la libertad, su reconocimiento y protección, es sólo uno de los derechos fundamentales de la persona humana que el derecho debe reconocer y garantizar, pero no el único, ni siquiera aplicando el esquema de la “ley de la urgencia” o de la fuerza de lo valores” de Hartmann. “Con la libertad continúa diciendo, coexisten, en relación solidaria y haciéndola posible, otros derechos y valores fundamentales sin cuyo reconocimiento y protección efectiva, la libertad no es más que una palabra vacía, un simple recurso retórico”. Parece aquí que Montoro identifica derechos y valores pero no creo que sea así, creo más bien que identifica fines del Derecho como la justicia, la libertad y aún otros, y advierte que para su realización es preciso considerarlos axiológicamente como algo valorativamente bueno y necesario, cuya realización asegura el orden y la paz social.

Descrita la realidad y valorada como deseable, es cuando procede la conversión de la misma en derecho positivo a fin de poder garantizar su efectiva protección a través de normas jurídicas.

Lo mismo sucede con la dignidad, que “junto con la libertad son los valores fundamentales de la persona humana”; o con la seguridad, “que se configura como cualidad del Derecho en virtud de la cual éste es capaz de introducir certeza y orden en la vida social”. Pese a todo, y sea cual fuere la forma de expresión

---

11 Recuerda Montoro en sus Notas sobre la función metódica de la sociología del Derecho, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, 13/1, 1973, p. 95 que como dice Recasens, “es necesario que el iusfilósofo después de haber logrado la intuición de los más altos valores jurídicos, adquiera un enorme volumen de conocimientos tanto de Sociología general, como sobre las realidades sociales particulares y concretas con las que tenga que habérselas”.

12 Montoro Ballesteros, Alberto, Sobre las razones éticas de la obediencia al Derecho, en Obligatoriedad y Derecho, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Oviedo, 1991, p. 323.

13 Montoro Ballesteros, Alberto, Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico, Universidad de Murcia, 1983, p. 106.

que a veces puede confundir un poco, lo cierto es que Montoro no duda en su concepción sobre los valores, y por eso repite en muchas ocasiones a lo largo de su obra que la justicia es a la vez el valor, el principio, y el fin que el Derecho debe proteger por excelencia. Ya que a su juicio “se puede hablar legítimamente de la justicia como valor ético-objetivo con la significación con que en el pensamiento jurídico moderno se habla de la justicia como fin del Derecho, entendido aquí el Derecho ya no como lo justo (ius) según el pensamiento clásico, sino como sistema normativo”. Desde ese punto de vista, la justicia como valor ético-objetivo tiene una visión dinámica que se puede constatar desde el punto de vista gnoseológico y ontológico. Desde el primero de ellos, porque su conocimiento supone un proceso histórico abierto en el tiempo. Y desde el segundo, porque el orden que supone en la vida social está siempre en permanente cambio y movimiento. Con estas explicaciones el profesor murciano deja ver que su concepto de justicia permea toda su obra y toda su concepción del Derecho en una posición en permanente evolución que permite enfocar su contenido desde una pluralidad de puntos de vista, que lejos de excluirse se complementan.

El análisis expuesto sobre la valoración de los valores en el pensamiento de Alberto Montoro permite a mi juicio ofrecer las siguientes conclusiones: 1. La valoración que hace sobre los valores es altamente positiva entendiendo que las visiones normativista y sociológica del Derecho propias de la segunda mitad del S. XIX son incompletas por irreales. 2. Los valores forman parte necesaria de la experiencia jurídica y es imposible entenderla prescindiendo de ellos. 3. Además de los valores jurídicos es preciso tener en cuenta otros valores como los morales, sociológicos, etc. para entender la experiencia jurídica. 4. El contravalor del valor como parte integrante de la experiencia jurídica es el desorden y la falta de armonía. 5. Existen muchos valores jurídicos a considerar. 6. De entre ellos presta mayor atención a la libertad, la dignidad y la seguridad. 7. Pero el valor jurídico por excelencia es la justicia que se convierte en tan trascendente para el Derecho que lo permea en su conjunto como valor, fin, y derecho.

| 4. NORMACIÓN |

Definido y valorado el papel que juegan los valores en la obra de Alberto Montoro, es el momento de abordar la última fase de la metodología tópica. Corresponde ésta a las propuestas de normación, o dicho de otro modo a las propuestas de mandatos destinados a los operadores jurídicos para que éstos

---

15 Montoro Ballesteros, Alberto, Sistema de Teoría fundamental del Derecho, op. cit, p. 149.
modifiquen en la medida de lo posible la situación descrita de acuerdo con el resultado de la valoración efectuada, a fin de alcanzar un grado mayor de justa y eficaz realización del Derecho. Para abordar esta última fase del estudio propuesto, es preciso responder algunas preguntas: ¿Qué propone hacer Montoro con los valores? ¿Los defiende como presupuesto de la decisión jurídica? ¿Quizá como límite a ésta? ¿Su conocimiento es sólo especulativo o debe ser también práctico? Si la respuesta a esta segunda pregunta fuese positiva cabría aún formularse otro interrogante; ¿en qué medida obligan los valores a los operadores jurídicos? Y si los obligan a cuáles de ellos? ¿Debe el legislador aplicarlos cuando elabora las leyes? ¿Debe hacerlo el juez cuando dicta sus sentencias? Y si es así, ¿a qué valor de entre los posibles debe conceder mayor importancia? Y por último ¿deben los normadores tener en cuenta los valores cuando disponen sus mandatos?

Trataré de responder a estos interrogantes utilizando como hasta ahora las palabras de Montoro puesto que como explica el título de mi trabajo, quiero dialogar con él. Parece que D. Alberto responde que sí, que los valores deben constituir la piedra angular por la que debe regirse la conducta de los operadores jurídicos y por eso es preciso ofrecer un análisis de los mismos. Él lo explica predicándolo del iusnaturalismo pues es la escuela jurídica a la que se siente más próximo, pero podría creo yo, extrapolarse a cualquiera otra. Dice así: “El análisis estructural del Derecho debe investigar en qué medida las formulaciones de los valores que encarna el iusnaturalismo (derechos humanos etc.), valores que integran los supremos criterios de legitimación del derecho, constituyen en todos sus elementos, un sistema plenamente coherente y solidario, mostrando las correlaciones existentes entre ellos, y en caso contrario, sus posibles antinomias”16. La utilización del verbo en imperativo “debe” determina que estamos ante un mandato o al menos ante una propuesta concreta de actuación. En este caso se dirige hacia quienes operan con el Derecho, y les recomienda que se aseguren de la correlación entre los valores que defienden y su efectiva realización, puesto que de otro modo sus actos dejarían de ser coherentes. Esta afirmación está en plena consonancia con la valoración axiológicamente positiva sobre la necesidad de que el Derecho se rija por valores, predicable del Dr. Montoro tal y como quedó de manifiesto en el epígrafe anterior. Como los valores son axiológicamente valiosos tanto en sí mismos como entendidos como base y sustento del Derecho, debe hacerse un estudio estructural del Derecho que asegure la coherencia de su funcionamiento con el sistema de

16 Montoro Ballesteros, Alberto, Análisis estructural y conocimiento jurídico, Universidad de Murcia, 1982, p. 64.
valores. El mandato va dirigido como vemos hacia cualquier operador jurídico pues cualquiera de ellos contribuye a la realización del Derecho.

En otras partes de su obra Montoro aclara un poco más afirmando que sin valores el mundo jurídico quedaría reducido a un fenómeno coactivo de lucha del más fuerte contra los demás. El derecho positivo, recuerda Montoro, “pierde toda dimensión y significación ética, valorativa, configurándose como un mero hecho (factum) o fenómeno social análogo a los demás fenómenos propios del mundo natural, cuyo rasgo más característico es la coacción”. El Derecho “queda así reducido a la condición de mero hecho o fenómeno social que debe ser tratado del mismo modo y con los mismos métodos con que el científico estudia el mundo físico-natural, prescindiendo de toda consideración ética y de toda formulación de juicios de valor”. De modo que el Derecho “queda reducido a un simple hecho o fenómeno empírico dotado de coactividad y carente de toda significación racional”17. En otras palabras el Derecho sin valores deja de ser un arte para convertirse en una simple ciencia, en una técnica de aplicación de la fuerza de quien tiene el poder en un momento concreto. El Derecho así considerado dejaría de ser un producto de la razón humana y de algún modo perdería su legitimidad entendida como adecuación a la justicia. Dejaría de ser además un producto de la razón humana y por lo tanto de la libertad y dignidad de los individuos, para convertirse en un simple ejercicio de poder.

La dimensión voluntaria y racional del Derecho exige su faceta valorativa como pauta de conducta porque “toda acción humana, en virtud de su naturaleza finalista posee una dimensión valorativa, la elección y orientación hacia un fin implica siempre un juicio de valor, que puede tener una significación moral, jurídica, política, económica, estética, etc.”18. Esa dimensión afecta al Derecho en su conjunto, sí, pero además y de forma particular, y por lo tanto práctica y no solo empírica, a todos y cada uno de los operadores jurídicos porque “el momento valorativo se desenvuelve en el ámbito propio del intelecto en el cual el sujeto delibera acerca de la probabilidad y medida en que puede alcanzar los fines propuestos, a la vista de las posibilidades y limitaciones que le ofrecen las circunstancias desde las que tiene que actuar y los medios de los que puede


18 Montoro Ballesteros, Alberto, Naturaleza, razón, Derecho, op., cit, p. 248.
disponer”¹⁹ ¿Quién? Cada operador jurídico desde su particular punto de vista de la experiencia jurídica, pero todos y cada uno de ellos y en todas y cada una de las circunstancias en que tengan que decir lo que es Derecho. De ese modo la normación implica valoración y ésta no puede producirse sin análisis de las diferentes posibilidades de acción para alcanzar un fin propuesto por el Derecho. “La legitimidad jurídica (dice Montoro) constituye una dimensión ideal, filosófica valorativa del Derecho, y aparece referida a los principios y valores que inspiran y fundamentan el Derecho y que éste debe realizar”²⁰. Y por tanto todos los operadores jurídicos deben adecuar su trabajo, tienen el deber de hacerlo (de ahí se deduce el mandato que convierte esta afirmación en normación), realizando el valor legitimidad que no es otro que el de la justicia.

Así, con estas palabras, Montoro cierra el círculo de su pensamiento que ha venido defendiendo a lo largo de muchos años de trabajo y experiencia. Los valores jurídicos en su concepción: 1. Deben estar presenten en la vida jurídica como faro que guía toda la actividad del Derecho. 2. Deben funcionar como presupuesto de actuación y control de la decisión jurídica. 3. Su conocimiento debe ser a la vez teórico (el que realiza la Axiología Jurídica dentro de la Filosofía el Derecho) y práctico (el que realizan todos y cada uno de los operadores jurídicos en su trabajo cotidiano). 4. Deben ser considerados y exigidos como cimiento sobre el que se asienta todo el edificio jurídico. Y 5. deben ser protegidos porque ”el descubrimiento progresivo de los valores que definen el horizonte científico y cultural de nuestro tiempo es, en buena medida, el resultado de la resistencia y de la lucha tenaz de unas pocas inteligencias individuales, tan claras como vigorosas, contra el miedo, la superstición y el error de siglos, encarnados por la mayoría”²¹.

Dentro de esas inteligencias claras y vigorosas que han luchado y siguen haciéndolo para otorgar a los valores el papel que les corresponde dentro del estudio de la experiencia jurídica está sin duda el Dr. Alberto Montoro a quien desde aquí quiero agradecer su trabajo en el ámbito de la Filosofía Jurídica y animarlo para que siga trabajando por un mejor entendimiento del Derecho,


quizá desde el ámbito de la Axiología jurídica. Sería un regalo para la doctrina española que pusiera en orden sus escritos y sus ideas sobre el papel de la Estimativa Jurídica dentro del mundo de lo jurídico, especialmente en su visión práctica, destacando el mandato que cumple a los operadores jurídicos, de respetar la justicia y más aún procurarla como valor, fin y derecho fundamental de todos los españoles. Con esta visión práctica sobre un problema de tan alto calado el profesor Montoro ampliaría su lucha contra los que han querido expulsar a la Filosofía del Derecho del ámbito jurídico alegando que es una mera concesión a la erudición, o un lujo intelectual, sin advertir, en su ignorancia, que el estudio filosófico jurídico constituye exigencia y condición naturales del pensar sobre el Derecho.

Antes de terminar y ya que he querido dialogar con D. Alberto sobre valores jurídicos me permitiría modestamente sugerirle que reconsiderase la identificación que realiza entre valores, fines y principios. Creo que efectivamente los valores se pueden dar a conocer y de hecho así sucede en muchas ocasiones, expresándolos como principios que tienden hacia un fin, pero valores, fines y principios son conceptos diferentes que no deben ser confundidos. El valor es “el grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite” El principio es una “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”.Y el fin es el objetivo o motivo con el que se ejecuta una cosa.

Cualquier término que pueda ser interpretado como valor puede ser mandado o aconsejado como un principio, reivindicado como un derecho, objetivado en una institución, vivido como una virtud y propuesto como el fin de esta o aquella acción. Pero estas cinco posibilidades o valencias no se deben identificar porque al hacerlo se corre el riesgo de positivizar la Filosofía del Derecho ya que los principios (entendidos como mandatos) y los fines pueden cambiar y de hecho cambian por muchas y variadas circunstancias, sociológicas, políticas económicas etc. Mientras que los valores tienen una parte objetiva e inmutable necesaria para proteger la realización de la justicia.
Confucianismo y derecho natural: perros, príncipes, individuos

Aurelio de Prada
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
CONFUCIANISMO Y DERECHO NATURAL: PERROS, PRÍNCIPES, INDIVIDUOS

1. INTRODUCCIÓN

No es preciso extenderse demasiado para mostrar el ascenso que viene experimentando China en los últimos decenios. Basta citar el dato de que su economía está a punto de sobrepasar a la de EEUU, convirtiéndose en la primera economía del mundo y acabando, de paso, con una hegemonía occidental secular. Así las cosas, resulta más que oportuno analizar si su cultura es o no compatible con una tradición como la del derecho natural que impregna la civilización occidental hasta casi definirla.

2. PROBLEMAS DE MÉTODO

Desde luego no parece haber mayor problema en averiguar cuáles serán los rasgos definitorios de esa cultura ascendente: los del confucianismo. En efecto, hay acuerdo generalizado en que si de China quitásemos el confucianismo, su historia y su cultura se harían tan incomprensibles como las de Europa sin filosofía griega y sin cristianismo1 y es que el “fundador” de esa perspectiva, Confucio, habría tenido una influencia comparable a las de Sócrates y Cristo combinadas en Occidente2, pudiéndose afirmar, en consecuencia, que China no sería sino una “creación de Confucio”3.

Si hemos de atender, sin embargo, una cuestión metodológica que obliga a analizar esos rasgos tal y como aparecen expresados en chino y no en castellano; algo que puede verse inmediatamente a partir de los propios caracteres chinos que se vierten al castellano como “confucianismo” o “escuela de los letrados”: 儒家, nú jiā1.

Desde luego, no hay mayor problema en traducir por “escuela” el segundo carácter, 家, jiā “casa” pues es una composición de 家 shī “cerdo” (se ve la cabeza, las patas y la cola) debajo de 建 báogāi “techo”: el cerdo bajo el techo,

---

i.e., la casa, el hogar, -los que están reunidos bajo el cerdo colgado del techo-, y desde ahí, “escuela”, -los que se reúnen alrededor de un maestro-, pero no resulta tan fácil traducir el primero de esos caracteres.

Literalmente habría que traducir 儒 rú como “hombre que es como la lluvia para las plantas que acaban de brotar de la tierra” dado que el carácter se compone de otros tres: 亻 rén “hombre”, a la izquierda; 雨 yú “lluvia” (se ven nubes, gotas de agua y un rayo) a la derecha arriba; y, finalmente, 而 er “planta recién brotada de la tierra” (se ven las raíces, el suelo y la planta sobresaliendo). Con lo cual, cabe traducir 儒 rú como “el hombre/los hombres necesarios”, ya que la lluvia es necesaria para las plantas recién brotadas.

Así las cosas, si tradujéramos rú jiā por “confucianismo”, estaríamos tergiversando por completo la expresión dado que, en chino, el nombre de Confucio no figura en la denominación de “su” escuela, y si nos quedáramos con la traducción “escuela de letrados”, perderíamos todo el universo semántico que incorpora la unión de “hombre”, “lluvia” y “planta recién brotada” en un solo carácter.

En conclusión, a la hora de examinar el “confucianismo”5, por un mínimo rigor metodológico, resulta obligado analizar cada uno de los caracteres en los que se expresa ese modo de estar en el mundo, para recoger en la medida de lo posible su universo semántico y poder cotejarlo así con la tradición del derecho natural.

Algo que ya podemos hacer, pues lo anterior nos remite inmediatamente a esa tradición. En efecto, uno de los rasgos definitorios, -si es que no el definitorio-, de la idea del derecho natural es la conexión entre naturaleza y sociedad, entre derecho natural y derecho positivo con la consiguiente necesidad de ausencia de contradicción entre ambos6. Una necesidad que, como acaba de verse, está bien presente en la escuela de los rú, en el confucianismo: los hombres, -en plural-, “necesarios” para que haya lluvia para las plantas recién brotadas, naturalmente necesarios y, por ello mismo, socialmente necesarios7. Así

---

5- Término que seguiremos utilizando por comodidad y por su uso generalizado, si bien ha de entenderse que incorpora los significados que acabamos de señalar.


las cosas parece obligado concluir que confucianismo y derecho natural serían perfectamente compatibles.

Ahora bien esta conclusión resulta prematura, pues hemos llegado a ella desde los meros universos semánticos que incorporan las denominaciones “confucianismo” y “derecho natural” con lo cual, ciertamente, procede dejarla en suspenso y pasar a analizar en detalle todo el discurso que comporta el confucianismo cotejándolo con la tradición iusnaturalista para validar dicha conclusión o, en su caso, llegar a una diferente.

| 3. PERROS Y FIELES |

Confucianismo venimos diciendo y no del todo bien, pues hasta aquí no hemos señalado que Confucio se consideraba un mero amante de los antiguos\(^8\) y que su “enseñanza” se inscribe en una visión previa del mundo\(^9\). Un marco previo que hemos de analizar, pues, en primer término. Algo que no resulta excesivamente complejo ya que dicho marco figura aún hoy en los templos confucianos: 天 地 君 親 師\(^10\).

Estos caracteres pueden traducirse como “cielo, tierra, rey, padres, maestros”\(^11\). Traducción que, -según las consideraciones metodológicas hechas más arriba-, no podemos aceptar sin antes examinar el universo semántico que cada uno de ellos incorpora. Así, el primer carácter 天 tiān significa literalmente “lo que es más grande que un hombre grande”, i.e., el cielo, ya que se compone de otros dos caracteres 大, “grande” (un hombre, 人, con los brazos abiertos, 大, lo que le hace “grande”, dà), y del carácter 一 “techo”, encima de 大. Con todo lo cual, el significado de 天 es “cielo”, i.e., lo que es aún más grande que un hombre grande 大; lo que está por encima de él, el cielo.

Por lo que toca al segundo de los caracteres, 地 dì es una composición de otros dos. El primero, a la izquierda, 土 tú “tierra”, es un pictograma en el que se ven claramente los dos niveles de suelo y subsuelo del que salen las plantas,


\(^11\) Ibid.
mientras que el segundo, a la derecha 也 ye “útero”, es también un pictograma, de historia ciertamente complicada\textsuperscript{12}, que como tal da la idea de aumentar y, por tanto, tiene asimismo el sentido de “también”. Así las cosas, la traducción literal de 地 sería “suelo que es también un útero”, el suelo madre, la madre tierra.

El tercer carácter 君 jün está compuesto asimismo de dos caracteres. El primero de ellos, en la parte de arriba 尹 yún “mano que agarra un cetro”, como se ve casi inmediatamente, mientras que el segundo, debajo de 尹, es 口 kou “boca” y, efectivamente, se trata del pictograma de una boca abierta, como se aprecia a primera vista. De modo que la traducción literal de 君 sería “la boca del que tiene el cetro”, del que tiene el mando, o sea, la boca del que da órdenes y, con un primer nivel de abstracción, el monarca, el soberano, el que, teniendo el cetro, manda.

El cuarto carácter 親 qīn está compuesto de dos caracteres que a su vez constan de otros dos. El primero de ellos, a la izquierda, 亲 qīn “intimos”, “parientes” se compone del carácter 立 lì “persona de pie sobre un pedestal” (como se aprecia fácilmente) encima del carácter 木 mù “árbol” (se ven las raíces, el suelo y el tronco sobresaliendo), de forma que el carácter completo significaría “las personas que están de pie en un mismo árbol”, las personas de un mismo árbol genealógico: los parientes.

El segundo de los caracteres que conforman qīn, a la derecha, es 看 jiàn “ver” como se sigue del carácter que está encima: 目 mù “ojo”. En cuanto al carácter inferior, debajo de 目, se trata de 子 ér “hijo”, hijo varón –un pictograma de las fontanelas aún no cerradas del todo-, con lo que 看 significaría literalmente “el niño con un gran ojo”, el niño que está mirando, o si se quiere, la “persona que mira”, pues ér, cuando forma parte de otros caracteres adquiere el sentido de persona. Así las cosas el carácter completo ha de traducirse como “familia en sentido extenso”, incluyendo las generaciones pasadas que, de un modo u otro, siguen presentes ya que, literalmente, son, vistas por sus hijos, por sus sucesores.

Por lo que se refiere al último de esos caracteres, 師 shī “maestro”, “modelo”, está formado asimismo por otros dos caracteres. El primero de ellos, debajo, 師 shuài, significa, ante todo, “general” “comandante en jefe” dado que es la representación de una bandera, a la derecha, que dirige a los soldados, de los que se ven dos, a la izquierda, pero, por traslación, significa también “bello”,

\textsuperscript{12} McNAUGHTON, W. y YING, L.: Reading & Writing Chinese. cit., p. 32.
“hermoso”, “modélico”, aquello a lo que se sigue. El segundo carácter, encima de 师, es 一 pie “techo”, como ya hemos visto repetidamente. Así las cosas el carácter completo ha de traducirse como maestro, aquel que dirige a los alumnos bajo techo, siendo su modelo

Tras lo anterior pudiera pensarse que ya tenemos el universo semántico incorporado en la visión del mundo en que se mueve el confucianismo y podemos, por tanto, validar la traducción vista más arriba de “cielo, tierra, rey, padres, maestros”. Ahora bien, con ello no ha acabado nuestra labor pues la mera indagación del universo semántico incorporado en cada uno de esos caracteres, por separado, no es suficiente para comprender cabalmente dicho marco.

En efecto, tales caracteres no son, por así decirlo, elementos previos que entran en relación sino que se constituyen como tales en su relación, generando al tiempo la secuencia en la que se incluyen13. Más aún, la secuencia es dinámica, regenerándose continuamente, con lo cual hay un punto más importante que los demás: el central, el que permite el dinamismo constante de la secuencia14.

Así las cosas, en la serie “cielo, tierra, rey, padres, maestros” cabría ver dos mundos: el natural, – cielo y tierra– y el social, – familia extensa y maestros–. Dos mundos integrados por el punto central, por el rey, por el que sostiene con su mano el cetro, inmediatamente debajo del cielo y la tierra, mientras que con su boca da órdenes, organiza, integrándolo en el continuo, el mundo social.

No es preciso insistir en que de nuevo nos encontramos con la interrelación entre naturaleza y sociedad que preside la idea del derecho natural, con lo cual ha de seguirse que no sólo desde las meras denominaciones sino también desde el marco previo de pensamiento en que se mueve el confucianismo, habría plena compatibilidad entre confucianismo y derecho natural.

Esta conclusión, sin embargo, resulta precipitada pues lo anterior no agota el análisis del marco previo en que se mueve el confucianismo. Ciertamente hasta aquí hemos procedido a dicho análisis desde un punto de vista meramente


14  ‘中 zhōng” medio”, “centro”, no es un término sólo nominal sino también verbal; no sólo designa la centralidad espacial que se ocupa sino la virtud dinámica y activa que corresponde a ese lugar: la de la flecha en el centro del blanco. Vid. CHENG, A.: Historia del pensamiento chino. cit., p. 38.
externo\textsuperscript{15}, obviando el hecho de que esa secuencia es algo vivo, algo presente a los ojos de sus adeptos, de sus fieles, 忠. Más aún, no se trata sólo de una mera presencia viva sino de una que incluye literalmente en la secuencia\textsuperscript{16}, al fiel, al zhōng: el que tiene el centro en medio del corazón.

En efecto el carácter 忠, “adpto”, “fiel” está compuesto por otros dos. El de arriba 中 zhōng “centro”, ya lo conocemos\textsuperscript{17}; un carácter a la vez nominal y verbal, el centro, el medio y la virtud que conlleva esa posición: la de la flecha en el centro del blanco. El otro, debajo, es el carácter 心 xīn “corazón”, un pictograma en el que efectivamente se ven tres gotas de sangre deslizándose por los ventrículos\textsuperscript{18}. Con todo lo cual el fiel es el que lleva el centro en medio del corazón o, si se prefiere, el que tiene su corazón en el centro. Así las cosas, ya podemos completar nuestro análisis del marco previo en el que se mueve el confucianismo incluyendo en él también al adepto, esto es: 天地君親師…忠.

Ni que decir tiene, que esta visualización no es ajena a la tradición del derecho natural tal y como aparece, sin ir más lejos, en la versión estoica clásica. Así, el fiel, el que está integrado en la secuencia dinámica “cielo, tierra, rey, padres, maestros” sería perfectamente extrapolable, mutatis mutandis, con el perro que va atado a la parte trasera de un carro en movimiento. Perro que no es sino el hombre, mientras que el carro simboliza el destino, la razón universal que, como ley eterna, determina el criterio del comportamiento al que debe ajustarse el perro. Si es inteligente, lo que hace es seguir dócilmente al carro; si se resiste, apoyándose en las patas de atrás, lo único que logra es ser arrastrado\textsuperscript{19}.

Pero no procede ciertamente abundar en la compatibilidad a la que de nuevo hemos llegado ni tampoco procede, desde luego, reforzarla comparando, por ejemplo, el marco en que se mueve el confucianismo con la espléndida construcción iusnaturalista del dominico, - del “perro del Señor”-, Tomas de Aquino.


\textsuperscript{16} CHENG, F.: La escritura poética china cit., p. 29.

\textsuperscript{17} Vid, supra nota 14.

\textsuperscript{18} Ibid. p. 46.

\textsuperscript{19} Vid. WELZEL, H. Introducción a la Filosofía del Derecho, Aguilar, Madrid 1979, p. 35,
En efecto, hasta aquí sólo hemos analizado el marco en que se inscribe el confucianismo pero no el confucianismo propiamente dicho, con lo cual, una vez más, hemos de considerar provisional todo lo anterior y pasar a analizar las aportaciones que el confucianismo hace a ese marco para acabar de validar, o no, su compatibilidad con el iusnaturalismo.

| 4. PRÍNCIPES O INDIVIDUOS |

Aportaciones que podemos identificar inmediatamente desde uno de los “Cuatro libros” del “canon confuciano”: las Analectas cuyo tema central es definir las cualidades que corresponden al君子 jūnzǐ, una expresión no inventada por Confucio pues ya aparece en textos anteriores designando a cualquier miembro de la nobleza20. Pero, de nuevo, no podemos conformarnos con esa traducción sino que hemos de examinar el universo semántico de esos caracteres.

El primero de ellos,君 “rey, ya lo conocemos dado que es el que ocupa el centro de la serie “cielo, tierra, rey, padres, maestros”, permitiendo la interrelación y el dinamismo de toda la secuencia. En cuanto al segundo,子 zǐ, puede traducirse sin mayores problemas por “hijo”,-hijo varón- ya que es el pictograma de un niño pequeño, un bebé envuelto en pañales y con los brazos extendidos. Así las cosas, jūnzǐ significa “el hijo del rey”, “el príncipe”, y desde ahí, por extensión, “noble”, cualquier miembro de la nobleza.

Ahora bien, el mero examen del universo semántico incorporado en esos caracteres no permite aprehender por completo el nuevo sentido que Confucio, –aun manteniéndolo–, da al término: cualquiera, con independencia del nacimiento, puede convertirse en “hijo del rey”, en príncipe, y ello por medio de la educación adecuada21.

Ese nuevo sentido se sigue plenamente atendiendo al contexto histórico en que Confucio lo formula: el tiempo inmediatamente anterior al caos de la época de los “Reinos Combatientes” (463-221 a. C.). Un tiempo en el que ya no había un rey que asegurase, –desde el centro de la secuencia–, la armonía natural-social sino varios “hijos del rey”, peleando entre sí en un estado de guerra de todos

20 CHENG, A.: Historia del pensamiento chino, cit., p. 60.

contra todos\textsuperscript{22}. La solución que da Confucio a esa quiebra del centro consiste en lo que bien podría llamarse una democratización de la monarquía: trasladar el poder a los fieles a los que ahora, por medio de la educación apropiada, se les hace sustentadores de la armonía, literalmente “hijos del rey”.

Ya tenemos, pues, una caracterización completa del confucianismo que, según se ve, mantiene el marco en el que se inscribía con la única modificación de convertir al fiel-perro en “hijo del rey”: 天地君親師…君子. Un fiel que, por medio de la educación apropiada, se convierte en príncipe. Un perro que deja, pues, de estar atado al eje trasero del carro y pasa a ser garante de la armonía natural social con todo lo cual, el confucianismo parece ir un paso más allá del iusnaturalismo estoico-tomista.

Un paso más allá que, paradójicamente, parece acercarle al otro gran modelo iusnaturalista de la tradición occidental: el individualista racionalista con el que, -como acaba de apuntarse-, tendría en común, mutatis mutandis, el “estado de naturaleza”: la hobessiana guerra de todos contra todos. Ahora bien, sólo lo parece y es que el confucianismo no comparte, -como asimismo se sigue de lo anterior-, el supuesto básico de ese otro modelo iusnaturalista: el individuo, el ser humano digno en sí mismo, -con independencia de cualquier consideración natural o social – y creador, por tanto, de su propio marco político a partir del contrato social.

| 5. A MODO DE CONCLUSIÓN |

No parece, pues, que la cultura china sea incompatible con la tradición del derecho natural sino tan sólo con una de sus variantes. Aunque, quizás no lo sea tanto y quepa establecer una sínthesis entre ambos, ya que confucianismo e iusnaturalismo individualista bien podrían considerarse sendas metamorfosis de un perro-fiel que se habría transformado, respectivamente, en príncipe y en individuo.

Un individuo que -por cierto y en lo que nos toca-, parece creer que su metamorfosis no ha sido del todo satisfactoria y vuelve a reconocerse como “perro”, como “perro-flauta”, la raza que está en la base del 15M, del movimiento que empezó localmente, en Madrid, pero que se habría hecho global, extendiéndose por Europa y América.

\textsuperscript{22} SMITH; H.: Las religiones del mundo. Círculo de Lectores, Barcelona 2001, p. 189.
Cabría pensar, pues, que la mera condición de individuo resulta insatisfactoria y que no sería del todo inconveniente una síntesis con la tradición cultural que ahora se pone a la altura de la tradición occidental. Explicitar los rasgos de esa posible síntesis supera, sin embargo, los límites asignados a estas líneas.
TÓPICA IUSNATURALISTA DE ALBERTO MONTORO

Alberto: En 1521 escribió esto tu admirado Alonso de Castrillo1: Cierto es que si de algún amigo nuestro alguna gracia esperamos, por el más honesto y gracioso estilo que nuestro saber alcanza nosotros le pedimos lo que nuestra voluntad nos pide. Lo que mi voluntad te pide es que aceptes esta sencilla ofrenda de homenaje de jubilación.

1. INTRODUCCIÓN

En la celebración de su jubilación como funcionario, no como catedrático, pues quien lo es de verdad no se jubila nunca, ruego al amigo y colega Alberto Montoro Ballesteros acepte el resultado de mis propias reflexiones en torno a las suyas sobre el Derecho Natural llegadas a mi conocimiento a lo largo de estos últimos decenios.

Elijo el tema por solidaridad. Porque considero a Montoro uno de los publicistas que, como yo mismo, han cabalgado a la intemperie por el desierto iuspositivistap español durante el último medio siglo sin arriar la bandera iusnaturalista, y sin brindar al iuspositivismo la sumisión que franqueaba el abrigo de las caravaneras bien avitualladas.

Y opto por el humilde método tópico, que distingue entre descripción, valoración y normación (también por él usado con la tríada” conocimiento, valoración y volición o decisión”2), para mejor situar mi chequeo en una perspectiva homogénea con la suya, que facilite descubrir discrepancias o resaltar coincidencias. Sobre todo, lo segundo, pues de celebración estamos, que no de pleito.

2. LA DESCRIPCIÓN MONTOROANA DEL DERECHO NATURAL

2.1. Montoro ve el Derecho Natural, en primer lugar, como una gran doctrina jurídica heredada, “el iusnaturalismo”3. “Entendido el término en sentido amplio”4 se trata del conjunto “de las diferentes teorías iusnaturalistas

2 Montoro 1980a: p. 45.
que en cuanto intentos de formulación del Derecho Natural se han
venido sucediendo a lo largo de la historia”5, “en diversas corrientes”6,
cuyos desarrollos y replanteamientos llegan hasta nuestros días”7; y cuyo
“rasgo común consiste en situar el fundamento último de la validez u
obligatoriedad del Derecho en el valor de la justicia”8. Para denominar al
Derecho Natural emplea Montoro una rica terminología que cabe dividir
en dos sectores

A la línea doctrinal con la que sintoniza su espíritu y en cuyo seno se siente
cómodo la llama “Derecho Natural tradicional”9; “doctrina clásica del Derecho
Natural”10; “doctrina tradicional del Derecho Natural”11. “doctrina del Derecho
Natural tradicional”12; “iusnaturalismo aristotélico-tomista”13; “iusnaturalismo
neotomista”14; “iusnaturalismo tradicional”15, “iusnaturalismo clásico de corte
tradicional”16; “iusnaturalismo tradicional de raíz aristotélico-tomista”17;
“tradición iusnaturalista”18...Y la define diciendo que es la doctrina jurídica que
“mantiene y defiende, frente a los embates de todos los positivismos, su fe en
la existencia de unos principios suprapositivos situados más allá de la voluntad

7 Montoro 1993: p. 204.
8 Montoro 2005: p. 578.
9 Montoro 1973c: p. 95.
11 Montoro 1993: p. 204.
13 Montoro 1983: p. 28.
16 Montoro 1971: p. 89.
de los Estados y de los hombres, y que pueden ser reconocidos, acatados y protegidos por éstos, o violados”

Y en el sector de las líneas doctrinales iusnaturalistas con las que no se siente solidario, Montoro nombra: El “iusnaturalismo racionalista del siglo XVII”\(^2\); o “iusnaturalismo protestante”\(^4\); o “teoría del Derecho Natural racionalista”\(^5\); o “Derecho Natural racionalista”\(^6\); o “iusnaturalismo revolucionario del siglo XVIII”\(^8\); o “iusnaturalismo racionalista”\(^9\); o “teoría del Derecho Natural iluminista”\(^1\). El “Derecho Natural irracional (de Haller)”\(^2\); o “iusnaturalismo liberal y revolucionario”\(^5\). Y “el moderno iusnaturalismo (del siglo XX)”\(^6\); o “iusnaturalismo individualista”\(^8\).

2.1.1. Montoro alterna tres imágenes de la doctrina o teoría del Derecho Natural. a) En un sentido amplio entiende el Derecho Natural como “un saber de rango filosófico que pretende constituir un saber riguroso, objetivo y último acerca del Derecho”\(^3\); o como una “investigación ético-material del Derecho”\(^4\); o como una “ética social, política y económica”\(^5\). b) En un sentido estricto,

---
\(^{19}\) Montoro 1984b: p. 298.


\(^{21}\) Montoro 1971: p. 89.


\(^{24}\) Montoro 1971: p. 88.


\(^{26}\) Montoro 1993: p. 220.

\(^{27}\) Montoro 1971: p. 89.

\(^{28}\) Montoro 1971: p. 95.

\(^{29}\) Montoro 1971: p. 93.

\(^{30}\) Montoro 1983: p. 32.


\(^{33}\) “Según reza el subtítulo de la conocida obra de Messner *Naturrecht*, añade Montoro 1985: p. 10.
Montoro entiende el “Derecho Natural, Axiología o Estimativa Jurídica” como “el capítulo de la Filosofía del Derecho que tiene por objeto la investigación de los valores, de los fines que debe realizar el Derecho”34; “un capítulo o tema de la Filosofía del Derecho”35; esto es, la “parte de la Filosofía del Derecho que se ocupa de (dilucidar) la justicia, la legitimidad, la validez filosófica del Derecho”36. c) Y en un sentido funcional, como un método que no opera con “la rigidez formalista de la mera deducción lógica”, sino con “la prudencia, la cual trata de encontrar lo justo dentro de lo contingente y de cada situación específica”37. O sea, como “un instrumento de opinión y no de ciencia”38, “de prudencia (phrónesis), no de ciencia (episteme)”39: porque “sus preceptos no pueden ser objeto de demostración o ciencia”, ya que “sobre ellos sólo cabe un conocimiento probable en unos casos, y contingente en otros, obtenido mediante la discusión y la argumentación retórico-dialéctica”40; y porque “el método adecuado para el tratamiento del Derecho Natural no puede ser el razonamiento analítico (apodíctico)... sino la argumentación retórico-dialéctica, la cual, al partir de premisas que no son ciertas, en unos casos sólo puede llegar a conclusiones probables (razonamiento dialéctico) y en otros a conclusiones contingentes (argumentación retórica)”41.

Montoro sostiene que la doctrina del Derecho Natural, como la Jurisprudencia filosófica toda, “no es en rigor ciencia, episteme, sino un saber técnico, artístico y prudencial, de carácter casuístico, tópico y problemático”42. Es decir, que no es Ciencia del Derecho, aunque considera que “la ciencia del Derecho no sólo es posible sino también necesaria”43; advirtiendo que eso se

38 Montoro 1993: p. 262.
42 Montoro 1991a: p. 95.
43 Montoro 1991a: p. 117.
dice “no ya de una única ciencia jurídica, sino de la pluralidad de las ciencias jurídicas”\textsuperscript{44}.

2.1.2. En cuanto al método de investigación o interpretación de los discursos jurídicos ajenos, buscando “lo que interesa fundamentalmente a la investigación iusnaturalista”\textsuperscript{45}, Montoro utiliza el método analítico-ontológico, porque “la consideración lógico-analítica del Derecho requiere un planteamiento de base ontológica, iusnaturalista”\textsuperscript{46}.

Montoro subdivide habitualmente el método analítico-ontológico en tres pasos, siempre los mismos, creo, pero denominados de formas distintas. V. gr., “la fundamentación, sentido y alcance del Derecho (analizado)”\textsuperscript{47}; “el concepto, la esencia y el fin del Derecho (analizado)”\textsuperscript{48}; “la posibilidad, autonomía y método del Derecho (analizado)”\textsuperscript{49}; “la necesidad, posibilidad y significación del Derecho (analizado)”\textsuperscript{50}. Montoro denomina ese método, “método de la razón práctica” y explica que “se trata del recurso a la vía de la autoridad (auctoritas) en cuanto saber socialmente reconocido”\textsuperscript{51}.

2.1.3. En cuanto al método de razonamiento, redacción y comunicación de los propios discursos jurídicos, Montoro opta por “el método retórico-dialéctico, con la tópica como órgano del mismo”, a) “para el pensamiento jurídico”, b) “para la “Filosofía del Derecho en cuanto Filosofía Práctica”, c) y “para el Derecho Natural”. En este último caso, explica, “este método resulta el más adecuado, toda vez que el auténtico arte del razonamiento jurídico radica en la búsqueda de lo justo dentro de lo contingente de cada situación concreta”\textsuperscript{52}.

\begin{itemize}
  \item \textsuperscript{44} Montoro 1991a: p. 129.
  \item \textsuperscript{45} Montoro 1972: p. 291.
  \item \textsuperscript{46} Montoro 1973a: p. 422.
  \item \textsuperscript{47} Montoro 1972: p. 291.
  \item \textsuperscript{48} Montoro 1973a: p. 418.
  \item \textsuperscript{49} Montoro 1973a: p. 418.
  \item \textsuperscript{50} Montoro 1993: p. 195.
  \item \textsuperscript{51} Montoro 1999: p. 160.
  \item \textsuperscript{52} Montoro 1985: p. 25.
\end{itemize}
2.1.4. En cuanto al temario, Montoro asigna tres temas genéricos a la doctrina del Derecho Natural:\footnote{53} a) “La Filosofía de la Ley, o nómica”\footnote{54}. b) “La teoría de los Derechos Naturales concretos, o derechos humanos”\footnote{55}. “Derechos Naturales, aclara, porque su existencia es previa e independiente de todo acto formal de formulación, reconocimiento o positivación por parte del hombre”\footnote{56}. c) Y la teoría “de las instituciones fundamentales del orden político, social y económico”\footnote{57}.

2.2. Montoro enseña que el Derecho Natural es, en segundo lugar, “la Ley Natural”. El concepto de Derecho Natural Ley Natural no tiene una expresión fácil para nadie. Montoro ha intentado decirlo de varias formas interesantes: a) Es “la expresión jurídica del orden moral universal” en forma de un “conjunto de principios racionales que traducen la idea de justicia”\footnote{58}. b) “El Derecho Natural (\textit{ius naturae}) está constituido por los primeros principios del obrar (hacer el bien, evitar el mal, no hacer daño a otro...) que la razón natural descubre de forma casi intuitiva por medio de la sindéresis”\footnote{59}. O con otras palabras: la expresión del “orden impuesto por Dios en el universo desde su creación en cuanto es aprehendido por la criatura racional” como “norma de conducta” en una “pluralidad de principios y preceptos”\footnote{60}; “de principios éticos” de carácter general\footnote{61}; o más precisamente “de preceptos materiales de justicia”\footnote{62}, o “principios y criterios materiales de justicia”\footnote{63}; o “principios

\footnote{56} Montoro 1991b: p. 324.
\footnote{58} Montoro 1991a: p. 133.
\footnote{59} Montoro 1999: p. 161.
\footnote{60} Montoro 1993: p. 204.
\footnote{61} Montoro 1973a: p. 419.
\footnote{62} Montoro 1993: p. 261.
\footnote{63} Montoro 1993: p. 257.
específicos de justicia”\textsuperscript{64}, siendo el primero de ellos “el principio de limitación y aseguramiento recíprocos de la libertad”\textsuperscript{65}.

2.3. Montoro halla el fundamento del Derecho Natural, aunque me parece que no el propio Derecho Natural, en la realidad: a) En la realidad física: “en las estructuras objetivas de la realidad”\textsuperscript{66}; “en las estructuras ónticas de la realidad”\textsuperscript{67}; “en la naturaleza de las cosas”\textsuperscript{68}; “en las estructuras lógico–reales del mundo”\textsuperscript{69}; en las estructuras lógico–objetivas”\textsuperscript{70}... b) En la realidad humana: “en la naturaleza humana”\textsuperscript{71}; “en la naturaleza empírica del hombre”\textsuperscript{72}; “en las estructuras ónticas del hombre”\textsuperscript{73}; “en la estructura finalista de la acción humana”\textsuperscript{74}; “en las estructuras sociales humanas”\textsuperscript{75}; “en las instituciones sociales”\textsuperscript{76}... c) En la razón humana. Es decir, “en el proceso de constitución de la norma próxima de acción”\textsuperscript{77}, proceso estructurado en un razonamiento que empieza con una “premisa valorativa, expresión de un bien o valor”, continúa con una “premisa descriptiva que expresa datos de naturaleza fáctica, de ser”; y que termina con una “conclusión deóntica, expresión de un deber ser”\textsuperscript{78}.

\textsuperscript{64} Montoro 1993: p. 243.
\textsuperscript{65} Montoro 1993: p. 244.
\textsuperscript{66} Montoro 1993: pp. 246, 248.
\textsuperscript{67} Montoro 1993: pp. 253, 257, 259, 261.
\textsuperscript{68} Montoro 1993: pp. 253, 255, 260.
\textsuperscript{69} Montoro 1993: p. 255.
\textsuperscript{70} Montoro 1993: p. 257.
\textsuperscript{71} Montoro 1993: pp. 253, 260.
\textsuperscript{72} Montoro 1993: p. 253.
\textsuperscript{73} Montoro 1993: p. 254.
\textsuperscript{74} Montoro 1993: p. 246.
\textsuperscript{75} Montoro 1993: p. 254.
\textsuperscript{76} Montoro 1993: p. 260.
\textsuperscript{77} Montoro 1993: pp. 246, 248.
\textsuperscript{78} Montoro 1993: p. 259.
3. LA VALORACIÓN MONTOROANA DEL DERECHO

NATURAL

3.1. Montoro valora el Derecho Natural y su doctrina como “el tema más polémico en la actualidad” (1985), “el auténtico cabo de las tormentas de la Filosofía del Derecho”\(^79\).

3.2. También valora el Derecho Natural y su doctrina diciendo que “responde a una actitud radical y vital del hombre ser racional frente al Derecho”\(^80\); que es “una cuestión profundamente vital” porque está “inexorablemente arraigada en el espíritu humano, que siente una acuciante necesidad de buscar una fundamentación racional de los principios y normas jurídicas que regulan la vida social”\(^81\). Consecuentemente, destaca un doble valor funcional del iusnaturalismo: a) Ser “criterio de legitimación del Derecho Positivo”\(^82\). b) Y ser “la instancia crítica y utópica que orienta e impulsa el proceso de desarrollo y perfeccionamiento del Derecho Positivo”\(^83\). Esto último, teniendo en cuenta que “también puede haber retrocesos en el conocimiento de los contenidos del Derecho Natural”\(^84\).

3.3. La doctrina iusnaturalista que valora Montoro de forma más positiva es la tradicional: “Desde el punto de vista de la justicia, de la determinación del contenido material de lo justo”, la doctrina que “tiene, para nosotros, mayor virtualidad es la doctrina del Derecho Natural tradicional, actualizada en sus planteamientos y método (método de la razón práctica)”\(^85\).

La actualización más punzante que ha hecho Montoro ha sido la distinción entre “iusnaturalismo radial” y “iusnaturalismo moderado o crítico”\(^86\). El

\(^81\) Montoro 1993: p. 239.
\(^82\) Montoro 1993: p. 239.
\(^83\) Montoro 1993: p. 239.
\(^84\) Montoro 1973c: p. 88.
\(^85\) Montoro 1999: p. 160.
primero, representado por Tomás de Aquino y Georg W. Leibniz, “defiende que “las ideas de lo justo (ius) y de la justicia (iustitia) constituyen elementos constitutivos del Derecho”\textsuperscript{87}; y entiende el Derecho “como norma de contenido ético al servicio de la justicia”\textsuperscript{88}. El segundo, representado por Luis Legaz, “entiende que el Derecho es un punto de vista sobre la justicia”\textsuperscript{89}.

3.4. Montoro valora negativamente algunas doctrinas del Derecho Natural juzgándolas de algún modo desmedidas, exorbitadas, enanas o contradictorias. En particular: a) Las “racionalistas”, por “intentar hacer del Derecho Natural una ciencia tan rigurosa y cierta como la matemática”\textsuperscript{90}, y por considerar las demás teorías iusnaturalistas “discursos literarios”, “sermones”, “opiniones” o “afecciones”\textsuperscript{91}. b) Las “empiristas”, por usar indebidamente “la falacia naturalista” para argüir “la inviabilidad de la Ética Racional, y por tanto del Derecho Natural”\textsuperscript{92}. c) Las “materialistas”, por reducir torticerosamente el Derecho Natural a un manajo de “verdades eternas”, y éstas a unas meras “construcciones o superestructuras ideológicas”\textsuperscript{93}. d) Las “irracionalistas”, por considerar el Derecho una “voluntad de poder”\textsuperscript{94} carente de limitaciones naturales y morales. e) “Las “positivistas” en general, por afirmar que “el llamado Derecho Natural, o no existe (es una quimera metafísica), o se identifica con la Moral (que no es Derecho)”\textsuperscript{95}; por sostener que el “Derecho Natural es un contrasentido que crea un dualismo nocivo para el pensamiento jurídico”\textsuperscript{96}; y por “haber lastrado a la teoría y a la Filosofía del Derecho con su ceguera axiológica”\textsuperscript{97}. f) Las “positivistas científicas”, por suponer que “los contenidos éticos del Derecho

\textsuperscript{87} Montoro 2005: p. 585.

\textsuperscript{88} Montoro 2005: p. 598.

\textsuperscript{89} Montoro 2005: p. 586.

\textsuperscript{90} Montoro 1993: p. 261.

\textsuperscript{91} Montoro 1993: p. 211.

\textsuperscript{92} Montoro 1993: p. 217.

\textsuperscript{93} Montoro 1993: p. 221.

\textsuperscript{94} Montoro 1993: p. 223.

\textsuperscript{95} Montoro 1993: p. 225.

\textsuperscript{96} Montoro 1993: p. 225.

\textsuperscript{97} Montoro 2005: p. 584.
Natural han pasado a ser ya contenido del Derecho Positivo”98. g) Las “positivistas legales”, por afirmar que “el Derecho puede asumir como propio cualquier contenido, aunque sea inmoral e injusto”99. h) Las “positivistas lógicas”, por apoyar una “concepción del Derecho tan simple como radical” que lo reduce “a mero instrumento técnico de dominación”100. i) Las “positivistas normativistas” (kelsenianas), por “rechazar la doctrina del Derecho Natural” con “diversas objeciones, entre las que destaca la falacia lógica”101. De estos hechos deduce Montoro otra valoración negativa: “la doctrina del Derecho Natural ha operado frecuentemente en la historia como ideología”102. Pero eso no justifica, añade, “la reducción del Derecho Natural a mera ideología”103.

Al valorar el Derecho Natural Montoro parece funcionar con la idea subyacente de que la coexistencia de esta doctrina con las otras doctrinas jurídicas es una “muestra del conflicto entre dos concepciones del mundo y de la vida”104. Matizando que el “Iusnaturalismo tradicional” y los otros Iusnaturalismos (singularmente los racionalistas, los empiristas y los materialistas) sólo son concepciones “diferentes”, mientras que el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo, son concepciones “inconciliables”.

### 4. LA PROPUESTA MONTOROANA SOBRE EL DERECHO NATURAL

A mi entender son cuatro las (principales) tareas iusnaturalistas que Montoro recomienda aquí y ahora a quienes de alguna manera amamos y por eso conocemos el Derecho Natural y su doctrina.

Primera. “Reafirmar la fe en la competencia de la razón para encontrar y fundamentar, más allá de los límites rígidos del razonamiento puramente

---

100 Montoro 1993: p. 227.
102 Montoro 1973: p. 89.
103 Montoro 1973c: p. 90.
apodíctico-demostrativo, principios y normas de conducta aptos para articular y ordenar la convivencia humana de un modo razonable y justo”105.

Segunda. Buscar “los principios y normas del Derecho Natural”, yendo “más allá de la apelación al legado de la mera tradición histórica” con un “método que quede indemne de la objeción de incurrir en la falacia naturalista”106, y que por un lado permita “formular racionalmente determinados principios y criterios materiales de justicia desde los cuales sea posible dar una respuesta razonable y rigurosa a los problemas fundamentales de la Filosofía Jurídica”107; y por otro lado use “la prudencia (para) tratar de encontrar y determinar, no de manera cierta y necesaria, sino probable y contingente, lo justo aquí y ahora, lo justo en cada situación concreta”108.

Tercera. “Reconstruir la doctrina del Derecho Natural” tradicional109 conduciendo el “iusnaturalismo radical” de Tomás de Aquino o G. W. Leibniz a un “iusnaturalismo moderado que cree en la existencia de unos principios objetivos de justicia en función de los cuales puede justificarse racionalmente un orden de vida social y, al mismo tiempo, someterlo a crítica para hacer posible e impulsar su desarrollo y perfeccionamiento”110; y que realice “un análisis y estudio riguroso del valor justicia para conocer el fundamento y la estructura formal del Derecho”111.

Cuartana “Abandonar y superar las tesis radicales que, suponiendo incompatibles y excluyentes las ideas de Derecho Natural y Derecho Positivo, reducen la esencia del Derecho a la eticidad (iusnaturalismo) o a la positividad (iuspositivismo)”112; y realizar “una síntesis de valor y realidad empírica, de Derecho Natural y Derecho Positivo” reflejo de “la continuidad y la unidad lógica y ontológica

entre Derecho Natural y Derecho Positivo”. Porque “frente al falso dilema iusnaturalismo iuspositivismo se impone, porque así lo exige la naturaleza de las cosas, una tercera vía, una tercera posición totalizante e integradora en su plenitud ontológica, en donde se unan, integren y complementen las dimensiones ético-material del iusnaturalismo y ético-formal del iuspositivismo”.

5. MIS CONCLUSIONES

Para cerrar esta reflexión voy a comparar los principales puntos de vista sobre el Derecho Natural que enseña Montoro con los míos propios, estimando que esa confrontación dialéctica puede aprovecharnos a los dos y a nuestros lectores. En honor de la brevedad evito justificar mis propias opiniones con citas. Remito al lector curioso por tanto: a) A mis trabajos directos sobre la materia que figuran en la bibliografía. b) Y a las exposiciones sobre ellos, relacionadas en la misma bibliografía.

5.1. Montoro ha conservado en lo esencial la imagen del Derecho Natural tomista actualizada por Enrique Gil Robles (1849-1908): “un Derecho Natural en donde el Derecho Positivo encuentra su base y la razón última de su legitimidad”. Y ha imitado la decisión de éste de actualizar el iusnaturalismo. Yo he hecho eso mismo pero partiendo de Agustín de Asís.

Montoro ha elaborado con el material que suministra la historia y la experiencia jurídica una doctrina iusnaturalista propia. Yo también. Pero él no la ha expuesto en una monografía redactada ex profeso. Yo sí, en cuatro ocasiones.

5.2. Mi calificación de la doctrina iusnaturalista de Alberto Montoro, permitaseme usar la expresión en gracia a la deformación profesional de quien ha tenido que “examinar” a tantos alumnos, es muy alta. La juzgo extraordinariamente rica y sugerente. En conjunto, hago mía su declaración: “Nuestra posición personal trata de ser fiel a los supuestos y al cuerpo de doctrina

---


114 Montoro 2005: p. 597.


117 Montoro 1971: p. 89.
del iusnaturalismo tradicional\textsuperscript{118}. Y comparto su opinión de que “los valores que encarna el iusnaturalismo integran los supremos criterios de legitimación del Derecho”\textsuperscript{119}, porque el Derecho Natural es para mí un valor jurídico positivo, y no simplemente un valor moral, político, lógico, económico o social, y un valor funcionalmente apto en los campos jurisprudencial, jurisdiccional, normativo y operativo de la experiencia jurídica, y no solamente en el primero de los nombrados.

Coincido con esos puntos de vista de forma sustancial, y en especial con su esfuerzo por aplicar las novedades conceptuales aportadas por la fenomenología y la axiología para superar los iusnaturalismos racionalistas, empiristas e idealistas modernos y actualizar una doctrina iusnaturalista clásica, sustancialmente platónico-agustiniana-bonaventuriana y aristotélico-tomista-vitoriana a la que ambos guardamos respeto y fidelidad; aunque a mí me gusta distinguir la Teoría del Derecho Natural, la Ética Social y la Estimativa Jurídica más netamente de lo que él las distingue.

Sólo encuentro un punto de desencuentro entre nuestras respectivas posiciones. Yo considero que el Derecho Natural es una realidad existencial: a) que en cuanto es una ciencia, se encuentra en los Libros de Derecho Natural y de Jurisprudencia editados a lo largo de la historia humana; b) que en cuanto es una cosa, se encuentra en cada objeto material apropiable y en cada servicio prestable, y por tanto, en la naturaleza de las cosas materiales, de los seres vivos, de los seres humanos y de las sociedades humanas; c) y que en cuanto es una idea se encuentra en las Leyes físicas, éticas, positivas o naturales enunciadas por humanos, en las justicias naturales pedidas o atribuidas por humanos, y en los derechos naturales gozados o reclamados por humanos.

Montoro en cambio reduce el Derecho Natural, si no me equivoco, a la Doctrina del Derecho Natural, a la Ley Natural, y a los Derechos Naturales. A mi modo de ver, los “principios propios del Derecho Natural” no coinciden con los “principios ético-sociales” sin más\textsuperscript{120}; y “la naturaleza humana constituye la pieza clave del iusnaturalismo”\textsuperscript{121}, porque ella misma es una aparición corpórea

\textsuperscript{118} Montoro 1984b: p. 298.

\textsuperscript{119} Montoro 1982: p. 64.

\textsuperscript{120} Montoro 1982: p. 64.

\textsuperscript{121} Montoro 1982: p. 65.
del Derecho Natural. En mi opinión, lo que él llama “orden social prejurídico”, “existencia fáctica de un orden económico regido por principios y leyes”, “orden económico natural”, “orden de la vida social y económica”, “legalidad fáctica inmanente al orden de la vida económica” es tan Derecho Natural como lo que él llama “principios ético-jurídicos”, “orden económico justo”, o “normatividad ética”. Es sólo un ejemplo. Creo que Montoro mantiene la idea moderna según la cual el Derecho es norma, y los Derechos, facultades que conceden las normas a todos o casi todos los humanos122 ... Respeto esa idea, que está muy extendida, pero no la comparto. Yo creo que antes que lex el Derecho es ius; y que el ius es, lo primero de todo, la cosa real, externa, que es mía (o tuya o suya) con beneplácito u oposición de otro u otros vecinos o consocios... y que después viene todo lo demás que ayuda, permite o garantiza tal ius.

5.3. Y llegada la hora de decidir, yo suscribo todas sus propuestas, y visto lo que antecede, me permito la confianza de hacer dos sugerencias al Prof. Montoro:

Primera. Que escriba y publique su doctrina del Derecho Natural propia, poniendo en orden tantas felices acotaciones como ha ido haciendo sobre el tópico en sus escritos anteriores. Y si lo juzga conveniente, eliminando de ella: a) la tesis de que la Ciencia epistémica del Derecho sea posible y necesaria; b) la tesis de que la Tópica Jurídica es sólo un “órgano” de la Retórica y la Dialéctica, y no una línea jurisprudencial plena; c) y la sorprendente valoración de Santo Tomás como un iusnaturalista radical (confundiéndolo quizá con muchos de sus seguidores neoescolásticos).

Segunda. Que no deje de mantener en ese volumen sus puntos de vista esenciales, tales como que: a) En el ámbito de la Jurisprudencia doctrinal, o sea de la teorización jurídica, el Derecho Natural es un dato real insoslayable del pensamiento jurídico. b) En el ámbito de la Jurisprudencia judicial, o sea de la decisión jurídica, el Derecho Natural es un límite infranqueable de la decisión jurídica. c) En el ámbito de la Legislación, o sea de la normativa jurídica, el Derecho Natural es un valladar que debemos respetar todos los normadores o consejeros. d) En el ámbito de la práctica de los Derechos, o sea de la operación jurídica, los operadores jurídicos debemos invocar el Derecho Natural en nuestros discursos jurídicos.

122 Montoro 1980b: p. 81-82.
123 Montoro 1984a: passim.
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Castrillo, Alonso de (1521): Tractado de República, con otras Hystorias y antigüedades, ed. de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.


III

TEORÍA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA
Acerca del principio “pro operario”

Ignacio Duréndez Sáez
Universidad de Murcia
ACERCA DEL PRINCIPIO “PRO OPERARIO”

| 1. INTRODUCCIÓN |

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX se produce en Europa un movimiento de protección de las clases pobres y desvalidas, de los hijos ilegítimos y de otros, que se encontraban marginadas por la insuficiencia de las normas de los códigos civiles dirigidas casi en exclusiva a la protección de los intereses individuales privados mediante las instituciones tradicionales del Derecho Romano, básicamente la propied, el contrato y la herencia. Nuevas corrientes jurídicas y sociales solicitan que los Estados protejan los intereses de las clases trabajadoras y populares, mediante instituciones ad hoc y códigos administrativos en los que se tipifiquen y sancionen aquellas conductas ilícitas de los empresarios que perjudicassen a las clases trabajadoras y populares.⁴

Se pueden citar como instituciones y normas emergentes, entre otros, el Instituto de Reformas Sociales y el Instituto Nacional de Previsión, en los años 1903 y 1908 respectivamente, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, la Inspección de Trabajo en 1906, el Código de Trabajo de 1926 o la Ley de Contrato de Trabajo de 1932.

| 2. EL PRINCIPIO “PRO OPERARIO” |

Como consecuencia de este espíritu protector existente en el entonces denominado Derecho Social, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado principios tendentes a mejorar el trabajo de los obreros. Uno de los principios dirigido a ese fin ha sido el principio “pro operario” o principio “in dubio pro operario”. Según el principio “pro operario”, a la hora de interpretar las normas⁴ o los hechos de un ligio, habría de prevalecer la interpretación que

---

Posteriormente según el principio “in dubio pro operario” la duda habría de surgir cuando fueran dos o más las normas susceptibles de ser aplicadas pero no cuando surgiera de la interpretación de los hechos. Se confundiría así este principio con el llamado principio de norma más favorable regulado en el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores que dispone que “los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”.

| 3. EL PRINCIPIO “IN DUBIO PRO OPERARIO” |

Este principio sería de aplicación cuando una sola norma (no dos o más en conflicto) admita dos o más interpretaciones de modo que su aplicación sea dudosa. En esta hipótesis, dada la naturaleza protectora del derecho del trabajo, habría de prevalecer la interpretación más favorable al trabajador, sin que en ningún caso, la interpretación llevada a cabo contrariara la voluntad del legislador.

a) Antecedentes del principio “in dubio pro operario”

No existen referencias de este principio que sean significativas, ni en las normas laborales ni en la jurisprudencia, a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo. La doctrina más autorizada no hace tampoco referencia alguna al citado principio, y en la escasa jurisprudencia del primer tercio del siglo pasado alguna sentencia aislada admite la existencia de un principio semejante que prescribía que en el supuesto de duda en la interpretación de la legislación obrera el tribunal había de tener en cuenta “el carácter tutelar y de caridad

---


7 Gallart Folch: Derecho Español del Trabajo, Labor, 1936.
cristiana…” de la misma (STS de 30-3-27, Gaceta del 5 de octubre)\(^8\); o que la legislación obrera por su carácter proteccionista “exige una interpretación que sin abrogar las leyes, sea benévola para el obrero” (STS de 7-4-27, Gaceta del 16 de octubre); se admite así una cierta laxitud en la labor interpretativa, si bien se advierte que, en ningún caso, esa interpretación podrá ser de tal naturaleza que desvirtúe el sentido de la norma e implique “de facto” una derogación de la misma.

**b) El principio “in dubio pro operario” en la jurisprudencia reciente**

El principio “in dubio pro operario” en la jurisprudencia reciente ha sido recogido de manera que podría calificarse de confusa e incluso contradictoria a la vista de las sentencias que se exponen a continuación dictadas en recurso de casación por infracción de ley y en recurso de casación para la unificación de doctrina:

- La STS (SOC) nº 832/1979, de 9-4-1979, ponente sr. Bueren y Pérez de la Serna, afirma que la aplicación del principio “in dubio…” presupone una “duda necesaria (...) en el resultado de las pruebas”; de manera que esta duda no permite aplicar sin vacilación la normativa pertinente. El tribunal estima que no es por tanto de aplicación este principio si de las pruebas obrantes en los autos resultan hechos claros y concluyentes; es decir la aplicación de este principio procede tan solo cuando existe duda respecto de los hechos.

- La STS (SOC) nº555/1979, de 27-2-1979, ponente sr. Rams Catalán, afirma que “el principio in dubio pro operario solo puede aplicarse cuando existe duda en los hechos o en la norma (citando las sentencias de 6-4-68 y 27-2-70)”, duda o incertidumbre que no existe cuando “de la valoración conjunta de la prueba practicada en el procedimiento” resulta, que el trabajador recurrente “no realizó ninguna clase de trabajos”. Esta sentencia nos refiere una noción del principio según la cual la duda puede afectar a los hechos o al sentido de la norma.

- La STS (SOC) nº 490/1980 de 5-2-80, ponente sr. Valle Abad, afirma que el “principio in dubio pro operario” para su “aplicabilidad

---

\(^8\) Montoya Melgar, Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978), Civitas, en páginas 35 y ss. se refiere a la utilización del lenguaje “de la caridad y la filantropía en las primeras leyes obreras”.

508
presupone una duda, inexistente en el caso dada la íntegra subsistencia de los hechos probados que el recurso no impugna”.

- La STS(SOC) nº 896/1986 de 3 de junio de 1986, ponente sr. Muñoz Campos dice que “el principio «in dubio pro operario» no rige para acreditar los hechos, ya que tiene significado respecto a la vigencia de la norma, inclinando a la aplicación de aquella que más favorable puede resultar al trabajador, en el supuesto de que una coincidencia normativa induzca al operador jurídico a la duda respecto de cuál sea realmente aplicable (Sentencias de 22 de febrero y 29 de abril de 1986)”.

- La STS(SOC) nº 183/1986 de 14-2-86, ponente sr. Díaz Buisen, estima que “el principio in dubio pro operario se refiere a la duda en la interpretación y aplicación de la norma laboral, no a la apreciación de los hechos, respecto a los cuales solo existe su constatación o existencia, o su falta de justificación, sin admitirse zonas intermedias de duda…”.

- La STS(SOC) nº 1092/1987 de 29-5-87, ponente sr. Moreno Moreno, se centra exclusivamente en las normas y afirma “que el principio in dubio… se refiere solamente a los supuestos de interpretación de normas en conflicto (art. 3.3 del Estatuto de los Trabajadores), pero nunca a la constatación de hechos”, pero añade a continuación que la duda sobre la existencia de los hechos permite también que se sigan criterios de probabilidad y solidaridad en la interpretación de los mismos.

- La STS(SOC) nº 143/1990 de 6-2-90, ponente sr. Del Riego Fernández, según la cual no es de aplicación el principio si no “existe duda sobre el significado y alcance del precepto”.

- La STS(SOC) nº 112/1991 de 12-2-91, ponente sr. Sampedro, mantiene el criterio según el cual “el principio in dubio pro operario, (acogido en el art. 3.3 del ET) proyecta su influencia en el conflicto o colisión de normas y no tiene aplicación en cuanto a la fijación de hechos”.

- La STS(SOC) nº 594/1991 de 21-10-91, ponente sr. Sánchez Morales, estima que el principio “in dubio…” está acogido en el artículo 3.3 del ET, o lo que es igual en caso de conflicto o colisión de normas, no en el supuesto de una única norma que sea de aplicación y cuya interpretación resulte dudosa.
- La STS (SOC) de 30-1-2008, (recurso 414/2007) ponente sr. De Castro, dictada en casación para la unificación de doctrina, en la que se mantiene que esta “máxima” o “principio social” (in dubio…) impone una interpretación más matizada que la de la propia jurisdicción civil debido a que a “los intereses en juego- afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario contraria al tradicional “favor debitoris” que informa la práctica civil”. (En idéntico sentido STS (SOC) de 8-6-2009, ponente sr. Salinas, recurso 2873/2008).

- La STS (SOC) de 27-9-2011, recurso 4146/2010, ponente sr. de Castro, dictada en casación para la unificación de doctrina, califica el principio pro operario como “principio informador” del Derecho del Trabajo junto con los de norma más favorable, condición más beneficiosa y de los derechos adquiridos.

| 4. CRÍTICA DEL PRINCIPIO “IN DUBIO PRO OPERARIO” |

En el Derecho del Trabajo actual no existe unanimidad en la doctrina científica sobre el llamado principio “in dubio pro operario”. Se ha dicho al respecto que este principio resulta incompatible con la imparcialidad judicial; también se ha afirmado que este principio produce “inseguridad y ambigüedad” en la aplicación del derecho del trabajo que con frecuencia reducta en perjuicio del empresario. Otros autores se limitan pura y simplemente a ignorar su existencia. También se afirma que se trata de un principio de interpretación de la norma aplicable por la autoridad judicial en caso de duda sobre el sentido de la norma, en materias como la Seguridad Social y particularmente en relación con el accidente de trabajo. O finalmente se duda de su existencia. Es cierto que la jurisprudencia aplica con menos frecuencia el principio en cuestión pero no es menos cierto que en determinadas materias, como el accidente de trabajo

---

9 Ramírez Martínez, director: Curso de Derecho del Trabajo, 2009, Tirant lo Blanch, p. 81.


11 Martín Valverde y Rodríguez-Sañudo, Derecho del Trabajo, Tecnos, 2009.

12 Alonso Olea y Casas Baamonde, Derecho del Trabajo, Thomson-Civitas, 2008, p.1172-1174, con cita de la versión del principio que se transforma en “pro víctima” si referido al accidente de trabajo.

13 Desdentado Bonete, ¿Existe realmente el principio in dubio pro operario? Relaciones Laborales nº 10, sección doctrina, p. 605 y ss.
y el recargo de prestaciones los tribunales actúan como si existiera. ¿A qué se debe esta actitud que daña el principio de igualdad y produce también otros graves perjuicios básicamente al empresario pequeño y mediano?

a) Criterios generales de interpretación de las normas jurídicas

En el artículo 3.1 del CC se fijan los criterios generales que han de seguirse para la interpretación de las normas jurídicas: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo finalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

La equidad a que se refiere el mismo artículo en su apartado segundo solo es de aplicación en los supuestos de vacío legal y cuando una ley expresamente lo permita14.

Según el criterio de la literalidad la norma debe ser interpretada según el sentido que ha querido darle el legislador a sus palabras. La interpretación sistemática obliga a interpretar las palabras dentro de un contexto de fines armónico; finalmente la norma al ser interpretada ha de tener en cuenta la historia que le ha dado sentido reflejada en sus antecedentes normativos15.

La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas podría ser la apoyatura sobre la que descansase el principio “in dubio…”, pero la realidad social de los tiempos que corren es muy distinta a la del nacimiento del Derecho del Trabajo. Actualmente, dentro de nuestra realidad y de nuestro tiempo, el trabajador no necesita de una especial interpretación de las normas que le favorezca, pues dispone de instrumentos de tutela adecuados como son los sindicatos, una jurisdicción especializada, un órgano inspector del Estado y un sistema de infracciones administrativas y penales. En la actualidad no se puede hablar, en rigor, de superioridad del empresario respecto del trabajador en la unidad empresarial predominante, esto es en el ámbito de la pequeña o mediana empresa. No existe razón para prohibir el aseguramiento de la responsabilidad

14 El artículo 3.2 del CC dispone: “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

15 Lacruz Berdejo, Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho, 6ª ed. Por Delgado Echevarría, Bosch, 1992. P.53 y ss.
empresarial por recargo de prestaciones; en la ley de accidentes de trabajo de 1900 la responsabilidad por el recargo podía ser asegurada y es posteriormente cuando se prohíbe ese aseguramiento ante la falta de medios de protección suficientes del trabajador con el fin de obligar al empresario a su instalación\textsuperscript{16}.

\textbf{b) La interpretación de las normas en el accidente de trabajo y el principio “in dubio pro operario”. La imprudencia del trabajador}

En numerosos casos de accidente de trabajo los tribunales realizan una interpretación de las normas jurídicas en la que subyace un sentido protector del trabajador. Ciertamente que el accidente del trabajo es una lacra en el mundo del trabajo. Pero no es menos cierto que también lo son los accidentes de tráfico y a nadie se le ocurriría proteger de manera desmesurada al conductor imprudente. En ambos casos existe una cierta similitud, pues con frecuencia ambas clases de accidentes se deben básicamente a imprudencias de las propias víctimas. En el caso del accidente de trabajo la existencia de imprudencia temeraria en la conducta del trabajador se ha venido rechazando sistemáticamente por la jurisprudencia tal vez porque esta circunstancia excluye que el accidente pueda ser calificado como de trabajo según el art. 115.4 b) de la LGSS. A título de ejemplo puede citarse la STS (SOC) de 22-7-2010\textsuperscript{17}, en cuyo antecedente de hecho segundo se recogía cómo hecho probado el siguiente:

\textit{“(…) El 22-08-06 y en hora que no ha quedado acreditada, D. Iván acudió al Taller de la empresa sito en la localidad de (…), el que se encontraba cerrado y sin ningún trabajador en su interior dado que se trataba de un día festivo en la localidad. Sobre las 19:00 horas, cuando el trabajador D. Luis Miguel regresó al Taller de la empresa una vez finalizado el Servicio que realizaba, al entrar en el mismo se encontró en el suelo el cuerpo sin vida del trabajador D. Iván junto a la parte delantera de una furgoneta marca (…) que tenía el capó levantado, el cual presentaba una marca de entrada de corriente en un dedo de la mano izquierda y una marca de salida a la altura del pectoral derecho; delante del capó de dicho vehículo había un cargador de baterías modelo Auto Corona 7560, el cual estaba conectado a la red mediante un cable alargador; una de las pinzas del}

\textsuperscript{16} Así parece deducirse del art. 15.5 de la LPRL que dispone: “Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores…” Este artículo habría derogado tácitamente el art. 123.2 de la LGSS.

\textsuperscript{17} Recurso 3516/2009, ponente Sr. Desdentado Bonete.
cargador de batería (la que presuntamente cogió el fallecido) carecía de material aislante, de manera que la estructura metálica de dicha pinza estaba al aire; el cargador no tenía conexión a tierra; el suelo estaba completamente encharcado con una capa de agua de unos 3 mm.; se encontraba también en el lugar y en el suelo la estructura de una lámpara portátil sin bombilla, y en las proximidades una bombilla fundida y otra bombilla en estado útil de 60 W y 250 V (...)."

Al reconocer la sentencia el recargo de prestaciones (el 30%) está aceptando que la conducta del trabajador es accidente de trabajo en el que ha concurrido tan solo una imprudencia profesional del trabajador pero no una imprudencia temeraria. Sin embargo si se analiza la noción de imprudencia profesional veremos que una vieja sentencia de la Sala sexta del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1972 dice que esta imprudencia se da cuando la conducta del trabajador es consecuencia de la confianza que genera en su ánimo la repetición de los mismos hechos sin que antes se haya producido el evento dañoso, o bien cuando desarrolle su actividad con el deseo de mejorar el trabajo u obtener mayor rendimiento.

También se ha dicho que para que la imprudencia pueda ser calificada de profesional es preciso que sea disculpable debido a la familiaridad del trabajador con el riesgo. La repetición de actos produce una confianza habitual del trabajador que es, en cualquier caso, condición necesaria para que exista imprudencia profesional. En el caso de autos el trabajador con la categoría profesional de “gerente” de una empresa de transporte de viajeros infringió un deber general de cuidado impuesto a cualquier ciudadano por el mero hecho de serlo sin que sea condición necesaria de una determinada cualificación profesional. Tampoco en relación con su categoría de gerente podría afirmarse que habitualmente manejara un cargador de batería. Se trata por tanto de una imprudencia no profesional, de la que se podría derivar un daño de modo previsible, que el trabajador asumió libremente faltando a su deber de cuidado y rompiendo el nexo entre el daño y el trabajo; cometida la imprudencia, además, fuera de horario y en día festivo.

19 Fernández Marcos, La imprudencia temeraria del trabajador excluye el concepto de accidente de trabajo; comentario a la Sentencia de la Sala 6ª del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1972.
20 Gallart Folch, Derecho Español del Trabajo, Labor, 1936, p. 290.
21 El art. 5 del ET impone al trabajador el deber de cumplir con las medidas de seguridad e higiene que se adopten.
La doctrina, que prevalece en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que en esencia se mantiene que la responsabilidad del empresario en materia de accidentes de trabajo es prácticamente ilimitada, se debe a la existencia de una interpretación de las normas en general y sobre accidentes de trabajo que se mantiene con continuidad en el Tribunal Supremo, determinada por la influencia de la teoría sobre el uso alternativo del derecho, de raíz marxista, que propugna la interpretación del derecho que sea más acorde con aquellos principios que propicien el avance social y la consiguiente emancipación de las clases trabajadoras\textsuperscript{22}.

El Tribunal Supremo, en esa línea interpretativa, se ha referido a la naturaleza del deber empresarial de protección del que ha dicho que es “incondicionado y, prácticamente, ilimitado”\textsuperscript{23}. En el supuesto de hecho que sirve de soporte a esta afirmación se dice que

“el accidente se produjo cuando el trabajador oficial 1º con 15 años de experiencia, que había recibido instrucciones de seguridad por escrito y con prohibición expresa de introducir las manos en el rodillo sin parar previamente la máquina de lavado plástico, hizo justo lo contrario, y la máquina le atrapó los dedos de la mano derecha y sin que conste que se omitiera ninguna medida de seguridad concreta, no basta decir que no se adoptó ninguna medida, debe citarse al menos una concreta, con relación a la causalidad entre la infracción y el accidente que en este caso no se dan... produciéndose el accidente por una imprudencia del trabajador, que debió parar la máquina que estaba provista de parada de emergencia”.

Los hechos probados son claros y precisos, se trata de un trabajador cualificado y con experiencia que ignora la medida clave de protección puesta a su disposición por el empresario. Si a pesar de este comportamiento imprudente el empresario debe responder, el corolario obligado es, al menos, la posibilidad de que sea asegurable esa responsabilidad. Así viene exigido por la justicia y la naturaleza del contrato de trabajo que es la institución básica del Derecho del

\textsuperscript{22} Montoro Ballesteros, Las Fuentes del Derecho, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, nº 7, Universidad de Murcia, p. 17 y ss. Sobre el “relativismo” véase el artículo “Progresismo abierto” de Pablo Cabellos Llorente publicado en “Las Provincias” el 24.04.12.

Trabajo\textsuperscript{24} en el que, como en todo contrato, no es lícito ni justo que las partes alteren la equivalencia de las prestaciones, o en palabras de la doctrina alemana la base del negocio.\textsuperscript{25} Con este proceder se alteraría la base del contrato de trabajo de la que forman parte como obligaciones y derechos recíprocos y equivalentes de las partes el derecho del trabajador “a su integridad física y a una política de seguridad e higiene” y el deber del propio trabajador de “observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten”\textsuperscript{26}.

\textsuperscript{24} Alonso Olea, Lecciones sobre contrato de trabajo, Universidad de Madrid, 1968, p. 1 y ss.

\textsuperscript{25} K. Larenz, Derecho de Obligaciones, t.1, p. 314 y ss. editorial Revista de derecho privado, Traducción y notas de J. Santos Briz, Madrid, 1958.

\textsuperscript{26} Arts. 4 y 5 del ET.

Aproximación a los principios generales del derecho administrativo a la luz de la jurisprudencia

Mariano Espinosa de Rueda Jover
Universidad de Murcia
APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES 
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA 
JURISPRUDENCIA

| 1. INTRODUCCIÓN |

En la doctrina se reconoce que los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad, tratándose de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles. Son fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales, o, menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas. Todo el derecho, y en particular el Administrativo se constituye necesariamente sobre un sistema de principios generales del Derecho que no sólo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a éstas todos sentido y presiden toda su interpretación, como hoy recoge el artículo 1.4 CC, si bien una buena parte de estos principios generales han quedado constitucionalizados y con ello dotados de la superioridad normativa formal que la Constitución implica. La doctrina aborda la aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo en el espacio, que se rige por el principio de territorialidad, mientras que en el tiempo se rige por la regla de que la norma comienza su vigencia con la publicación, y como consecuencia la aplicación del principio de irretroactividad con posibilidad de establecer, excepcionalmente, efectos retroactivos en la propia Ley y no así en los Reglamentos. En definitiva, muchos de los principios generales conocidos aparecen positivizados, consagrados por la Constitución, entre los que resaltan aquellos con más carácter técnico, como son los de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad en la actuación administrativa, de objetividad de la misma, imparcialidad de sus agentes, proporcionalidad de la acción administrativa, pro actione, e in dubio pro libertate.

| 2. JURISPRUDENCIA |

A) Inclusión de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico

a) Función supletoria e informadora de los principios generales del derecho

1) “El propio artículo 103.1 CE que declara el pleno sometimiento no sólo a la Ley sino al Derecho, constitucionaliza la idea básica de que la legalidad a la que está sujeta la Administración es comprensiva de principios generales que

---

2) “Para la realización efectiva del Estado de Derecho, art. 1 CE, se ha alumbrado un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de la Administración, tan ampliamente dibujado en el art. 106.1 CE, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, logros doctrinales, los producidos al respecto, acogidos por la jurisprudencia, aplicándolos: a) a través del control de los hechos determinantes, que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad –los hechos son tal como la realidad los exterioriza, sin que la Administración pueda inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración–, y b) mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho (art. 1.4 CC), que al informar todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, imponen que la actuación de éste se ajuste a las exigencias de dichos principios (art. 103.1 CE) (Cfr. TS 4.ª SS 22 Sep. y 1 y 15 Dic. 1986)” (TS, Sala Cuarta, de lo Contencioso-administrativo, S de 19 May. 1987).

3) Se plantea si “los principios de legalidad y de seguridad jurídica que la recurrente invoca suponen que la revisión de los actos administrativos puede hacerse sólo sobre la base de las normas incorporadas a leyes o reglamentos, a normas escritas, o si cabe entender que el ordenamiento jurídico y, especialmente el ordenamiento jurídico administrativo, incluye los principios generales del Derecho como parámetros de la legalidad de la actuación administrativa y a los que también han de ajustarse los particulares en sus relaciones con la Administración... (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 15 Abr. 2002)

4) “El propio artículo 103.1 CE que declara el pleno sometimiento no sólo a la Ley sino al Derecho, constitucionaliza la idea básica de que la legalidad a la que está sujeta la Administración es comprensiva de principios generales que desempeñan una función supletoria e informadora del ordenamiento jurídico, al que también han de ajustar su conducta los particulares TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 15 Abr. 2002

5) “El control judicial de la actuación administrativa es de legalidad plena, como resulta de los arts. 24.1 y 106 CE, extendiéndose respecto de la
discrecionalidad hasta donde permite el contraste con la norma jurídica a través de las plurales técnicas admitidas por la jurisprudencia, fundamentalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y **principios generales del **Derecho**”. (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 5 Jul. 1996).

6) “El ordenamiento jurídico dibuja un modelo de convivencia que se caracteriza por su plenitud. Es o está completo y por tanto debe tener solución para todo problema que se suscite en el terreno jurídico -art. 1.7 Tít. Preliminar. En cambio, las normas, en cuanto medio de expresión del ordenamiento jurídico, no siempre aciertan a reflejar el contenido del ordenamiento, bien porque no lo hacen en modo alguno –lagunas-, bien porque lo hacen defectuosamente –preceptos osuros o contradictorios- Esto explica la necesidad del complemento jurisprudencial previsto en el art. 1.6 Tít. Preliminar. De lo expuesto deriva ya que este complemento jurisprudencial consiste en dar expresión al ordenamiento jurídico allí donde las normas han guardado silencio o han recogido defectuosamente el sentido de aquél. La jurisprudencia da «complemento», es decir, expresión correcta al ordenamiento salvando el trecho que media entre éste y las normas. Y es éste un camino a recorrer a la luz de los **Principios Generales del Derecho**, que, en buena medida, han sido recogidos en la CE, lo que en definitiva conduce a la invocación del principio de interpretación conforme a la CE de todo el ordenamiento jurídico -art. 5.1 LOPJ.

**b) Los principios generales del derecho como fuentes del ordenamiento jurídico**

1) “Forman parte del ordenamiento jurídico (art. 1 CC), cuya infracción constituye motivo de casación (art. 95.1.4 LJCA), los **principios generales del derecho** que, con carácter básico y trascendente respecto de preceptos concretos, integran y conforman las instituciones jurídicas, con especial relieve en el ámbito del **Derecho** administrativo, a través de la propia labor de decantación que realiza la jurisprudencia” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 30 Jun. 1995)

2) “Los **principios generales del derecho** forman parte del ordenamiento jurídico español, en general (arts. 1.1 y 1.4 CC) y muy especialmente del ordenamiento jurídico administrativo, al que frecuentemente se le ha calificado de «principal», por la importancia y trascendencia que en él tienen tales **principios**. El **Derecho** administrativo es en gran medida desde sus
3) “….está ignorando y conculcando la existencia de unos << principios generales >> que deben ser de aplicación al caso y la existencia de una serie de resoluciones internacionales en el marco de los derechos fundamentales de los cuales también es parte el Estado Español; b), que los << principios generales >>, según el análisis, con detalle, que sobre ello hace, forman parte de nuestro ordenamiento, cual refieren la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, que cita; c), que España como parte de la Comunidad Internacional y participe de dichas decisiones, aunque todavía no forman parte del derecho interno, debería aplicar las resoluciones cuyo contenido cita, y que son la resolución 1989/65 de 24 de mayo de la ONU, relativa a la prevención e investigación de ejecuciones extralegales, sumarias o arbitrarias y el informe elaborado en aplicación de la decisión 1996/119, entre la que se incluye el derecho a la reparación, el derecho de las víctimas a saber y a la justicia y el deber de recordar, y concluyendo, que lo que se interesa entra claramente en el derecho de reparación reconocido por la ONU”. (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 5 Dic. 2006)

c) Aplicación directa de los principios generales a través de la jurisprudencia, sustituyendo al legislador

“Los argumentos en que podría basarse la responsabilidad que se solicita han sido rechazados por la jurisprudencia, manteniendo, en síntesis, los criterios siguientes:

1) La garantía de la responsabilidad de los poderes públicos que establece el art. 9.3 de la Constitución no determina la directa exigencia de una responsabilidad del Estado legislador, sin un previo desarrollo por norma con rango de ley, como los arts. 106.2 y 121 de la Norma Fundamental requieren en relación con el funcionamiento de los servicios públicos que dependen del Gobierno y la Administración y con las actuaciones del Poder Judicial.
2) Los arts. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (en la actualidad 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa no son de aplicación al caso, tanto por lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, como por referirse al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto no tiene cabida la elaboración de las leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en ellas se determina.

3) Resulta inadmisible que, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, sean los órganos del Poder Judicial los que, sustituyendo al legislador, regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes, mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

(TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S de 14 Dic. 1998)

d) El precedente:

“...como es sabido, el precedente no es fuente de derecho en el Ordenamiento administrativo, lo que impide erigirlo o elevarlo a la cumbre de principio general de derecho, bajo el ropaje del principio de igualdad, pues, como viene subrayando la jurisprudencia, lo que ab initio es ilegal no puede convertirse en legal por la simple repetición (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, S de 24 Dic. 1991

B) Interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de la introducción de discriminación no justificada por razones objetivas.

“Sin desconocer que en la legislación cuyos preceptos se citan como infringidos, se otorga a la Administración amplias facultades de autoorganización, dotadas de un cierto margen de discrecionalidad, esto no excluye, según jurisprudencia constante de este Tribunal, que el uso de esas potestades, incluso en el ámbito propio de la discrecionalidad que las acompaña, esté sujeto al posible control judicial sobre el cumplimiento de los criterios que limitan el uso de la misma, entre los que, como es sabido, están los derivados de los Principios Generales del Derecho, y entre ellos la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de la introducción de discriminación no justificada por razones objetivas.” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, S de 16 Dic. 2009).
C) El enriquecimiento injusto como principio general del derecho.

1) Consideración como principio general del Derecho.

“...nuestro CC, posiblemente, por el sistema causalista que consagra para los contratos y obligaciones omite, inicialmente, cualquier referencia al enriquecimiento injusto, y sigue sin regularlo, aunque ahora haga referencia a él en el artículo 10.9, en la redacción dada por la reforma de 1974, al establecer como norma de Derecho internacional privado que en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido (con posterioridad, nuestro ordenamiento jurídico, acogerá en diversos supuestos el enriquecimiento injusto, como en la Ley Cambiaria y del Cheque --al disponer una acción de enriquecimiento a favor del tenedor de la letra que no pudiera ejercer las acciones cambiarias causales-- art. 65, o en la Ley 3/1991, de 10 Ene., de Competencia Desleal --acción frente a las prácticas desleales, arts. 18, 19 y 20,-- o, en fin, en algún Derecho foral --Ley 508 de la Compilación de Derecho Civil Foral Navarro o Fuero Navarro--). Pero, en cualquier caso, la admisión, entre nosotros, de la figura enriquecimiento injusto, tanto en lo que respecta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil. La labor y el mérito de ésta, a lo largo de casi una centuria, ha sido pasar de la regla de la prohibición de los enriquecimientos torticeros de Las Partidas a la delimitación de una acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto, tratando de evitar los peligros que presentaba la indeterminación de aquella regla para la certeza y seguridad jurídica. Así, de una parte, se llega a la distinción del principio y de la acción del enriquecimiento sin causa mediante la construcción de una figura jurídica que tiene como «sentencia de referencia» la ya antigua, pero tantas veces reiterada, de 28 Ene. 1956. Y, de otra, se supera la originaria subsidiariedad de dicha acción dotándola de una amplia funcionalidad y de un progresivo ensanchamiento de los supuestos en que aquélla se reconoce.

La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. Pero ya en dos conocidas sentencias de 22 Ene. y 10 Nov. 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.
El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (Cfr. STS Sala 3ª 30 Abr. y 12 Sep. 2001, ad exemplum, admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este Alto Tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los casos en que es la Administración, eventual o supuestamente empobrecida, la que exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado, como aquí ocurre. Ello no es obstáculo para que, de una parte sea esta jurisdicción la que resulte competente porque es la Administración la que declara mediante un acto administrativo una obligación (en este caso el pago de determinados intereses) del administrado que reconduce a la restitución el enriquecimiento obtenido a costa de ella; y, de otra, no puedan ignorarse las peculiaridades derivadas de la condición de ingreso de la Administración que tiene dicha restitución.

Por consiguiente, el que ratio decidendi de la sentencia sea la aplicación del enriquecimiento injusto no puede ser contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9.3 y 103 CE) que se invocan en el motivo, puesto que dicha figura, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 15 Abr. 2002)

2) Requisitos para la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto.

“Desde la citada sentencia de referencia de 28 Ene. 1956, según la doctrina de la Sala primera y de esta misma Sala, pueden considerarse como requisitos para la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa los siguientes:

a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.

b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su
más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.

c) La **relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento**, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.

d) La **falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento**.

(...) Pero, en cualquier caso, y por lo que interesa al presente supuesto, deben hacerse dos precisiones, de una parte, que junto a la conditio indebiti se sitúa la conditio causa data causa non secuta y la conditio ob causam finitam para incluir los supuestos en que, existiendo inicialmente una causa, desaparece luego ésta y, de otra, que la antijuridicidad del enriquecimiento no es ajena a la construcción de la figura de que se trata, si tal requisito se entiende como confrontación con valores inherentes al propio ordenamiento”. (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 15 Abr. 2002)

**D) Principio de confianza legítima**

1) “El **principio de protección a la confianza legítima**, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la **virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (produceda sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento** (Cfr. SSTS de 10 May., 13 y 24 Jul. 1999 y 4 Jun. 2001). Pero ello en el bien entendido de que no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles; o dicho en otros términos no parece legítima la expectativa de devolver la subvención sin intereses cuando no se cumple el
fin al que está vinculada. En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que el «principio de protección de la confianza legítima del ciudadano» en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha «confianza» se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la «apariencia de legalidad» que la actuación administrativa, a través de actos concretos, revela. Y esta circunstancia no se aprecia en el hecho de que la Administración reclamara primero la devolución del capital constitutivo de la subvención en razón del incumplimiento de la carga o finalidad con que se había otorgado, y posteriormente, después de iniciar el correspondiente expediente para apreciar la producción de un enriquecimiento injusto por la posesión indebida de dicho capital reclamara los intereses como mecanismo del reintegro compensatorio del empobrecimiento experimentado” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 15 Abr. 2002)

2) Principios de confianza legítima y buena fe: motivación de los actos administrativos. Desviación de poder.

Principio de reciente recepción en el ordenamiento jurídico español y su contenido es muy similar al principio de seguridad jurídica. Supone, fundamentalmente, que el ciudadano debe poder confiar en la conservación de las normas y, por tanto, de las situaciones adquiridas. Ello no impide el cambio normativo pero exige que esa evolución no se realice de manera sorpresiva y, sobre todo, que cuando se modifica una norma se establezca un régimen transitorio que dé respuesta a las situaciones o expectativas que se hubieran adquirido con arreglo a la legislación anterior.

La obligación de motivar aparece en el artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, pues “Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: Los (actos) que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”. Ello quiere decir que si bien la Administración puede separarse, en sus actos, del criterio seguido en actuaciones precedentes, deben ser explicadas las razones tenidas en cuenta y que aconsejen el cambio de criterio, de manera que pueda comprobarse si se ha producido o no arbitrariedad. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la igualdad es ante la ley, no contra la ley, y por tanto no se puede invocar en casos de ilegalidad, pues desde una antigua jurisprudencia se viene entendiendo que el precedente erróneo o antijurídico no vincula a la Administración (STS 10 junio 1965 y 3 julio 1967, 27 abril 1973 entre otras muchas).
**E) Principio de legalidad**

1) (Potestad sancionadora: Principio de legalidad) “Es doctrina de este Tribunal (SSTC), de 7 de abril, F. 2 ;161/2003, de 15 de septiembre), F. 2; 25/2004, de 26 de febrero, F. 4) que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE extiende la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege* al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador, y comprende una doble garantía. La primera, de alcance *material y absoluto*, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la otra, de alcance *formal*, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora. En el bien entendido que este Tribunal ha venido reconociendo una eficacia relativa o limitada a esta segunda garantía, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al poder reglamentario en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen en lo esencial al modelo constitucional de distribución de potestades públicas y al carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias. 3. En relación con la primera de las garantías indicadas, que es en torno a la que gira el presente proceso constitucional de amparo, hemos señalado específicamente que contiene un doble mandato:

a) El primero, que es el de *taxatividad*, dirigido al legislador y al poder reglamentario, y “según el cual han de configurarse las Leyes sancionadoras, llevando a cabo el “máximo esfuerzo posible”(STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones”(STC 151/1997), de 29 de septiembre, F. 3). En este contexto, hemos precisado que “constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”(STC 151/1997, de 29 de septiembre, F. 3).
2) “La garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene, según hemos dicho en las SSTC 120/1996 de 8 de julio, F. 8, y 151/1997, de 29 de septiembre, F. 4, “como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora”. En esa misma resolución, este Tribunal añadió que “… el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del art. 25.1 CE deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad”.

Desde esta perspectiva, resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE ), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria. En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma. Esta última obligación encuentra como excepción aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida. En este orden de ideas, hemos subrayado recientemente en la STC 161/2003), de 15 de septiembre, que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora debe ser “la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación (la impuesta por los arts. 54.1 a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona, sin que esté excluido, como acaba de exponerse, que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación directa o razonablemente sencilla el sancionado tiene un derecho que se deriva del art.
25 CE” (F. 3 ) (“TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, S de 22 Nov. 2010)

3) «El derecho fundamental que enuncia el artículo 25.1 de la Constitución incorpora la regla “nullum crimen nulla pena sine lege”, y extiende esta regla al ordenamiento sancionador administrativo incluyendo una doble garantía: una material, que es de alcance absoluto, y otra formal. La primera consiste en la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes con preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen infracción y las penas o sanciones aplicables; y la formal se refiere al rango de las normas tipificadoras de las infracciones y de las que regulan las sanciones y si bien esta última garantía, la formal, que consiste en que la materia punitiva exige reserva de ley, en el ámbito de las sanciones administrativas solo es de una eficacia relativa y limitada por razón del modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, del carácter insuprimible de la potestad reglamentaria y por consideraciones de prudencia y de oportunidad, por cuya razón se ha dicho que la reserva de ley pierde parte de su razón de ser en el seno de las relaciones de sujeción especial, ello no puede predicarse en términos absolutos, pues incluso en ese ámbito una sanción que careciera de toda base legal sería contraria al artículo 25.1 de la Constitución»… El régimen de infracciones y de las sanciones se atendrán a los principios generales del derecho disciplinario y sancionador (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, S de 23 Oct. 2000).

4) “Importa subrayar la doble función que la CE atribuye… al proceso contencioso-administrativo: tutela judicial, por un lado, y control jurisdiccional de la Administración, por otro. Y sobre esta base será de indicar: … ha de subrayarse que el control jurisdiccional de la Administración que tan ampliamente traza el art. 106.1 CE es precisamente un control de legalidad: sólo «en nombre de la ley» le es dado al juez juzgar a la Administración. Innecesario es advertir ahora que este control de legalidad remite también, incluso muy destacadamente, a las exigencias de los principios generales del Derecho S 18 May. 1992-. En definitiva, pues, control jurídico.

Y así las cosas, puede ya concluirse que la sustitución de la decisión administrativa por el pronunciamiento jurisdiccional será posible, o por mejor decir insoslayable, siempre que el Derecho ofrezca criterios bastantes para integrar el contenido del pronunciamiento jurisdiccional. En tales casos la sustitución no sólo será posible, sino imprescindible, como ya se ha dicho,
«por exigencias del principio de efectividad de la tutela judicial… que quedaría claramente burlado si los Tribunales no decidieran respecto de aquello que la Administración pudo y debió resolver» -S 22 Oct. 1990-.

“…el ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas: en las potestades regladas el propio ordenamiento determina agotadoramente, en lo que ahora importa, el contenido de la decisión a dictar actuando la potestad, en tanto que en las discrecionales se remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión: mientras que en las primeras la ley «tipifica» el contenido del acto, en las segundas resultan posibles varias soluciones, todas igualmente lícitas –y, por tanto, indiferentes para el Derecho-, entre las cuales ha de elegirse con criterios extrajurídicos. Resulta así claro que la sustitución del acto administrativo por una decisión jurisdiccional será terminantemente posible –más aún, imprescindible, en términos de congruencia- cuando el acto anulado sea fruto de la actuación de una potestad reglada: aquí el Derecho proporciona al juez todos los datos necesarios para definir el contenido de su decisión. Tal sustitución es viable, así, en el desarrollo de un control de legalidad y resulta insoslayable en la actuación de una «efectiva» tutela judicial. En cambio, la sustitución no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales: «hay un núcleo último de oportunidad allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial» -S 30 Oct. 1990 y en el mismo sentido SS 2 Abr. 1991 y 15 Mar. 1993, etc.-. Ello sin perjuicio de excepciones, que ahora no importan, para aquellos casos en los que la coherencia de la decisión administrativa pueda imponer ya, en virtud de los propios criterios adoptados discrecionalmente, una única solución –así, SS 15 Mar. y 21 Sep. 1993-, única solución ésta que implica la desaparición de la discrecionalidad”.

TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, S de 3 Dic. 1993)

5) “El principio de legalidad no sólo tiene que imperar en la conformación del contenido del acto, sino en la determinación del órgano administrativo que ha de intervenir” (TS, Sala Cuarta, de lo Contencioso-administrativo, S de 21 Feb. 1981)

F) Principio de irretroactividad

1) “El principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, se refiere a las disposiciones sancionadoras no favorables o
restrictivas de derechos individuales pero no contempla la irretroactividad de la jurisprudencia, de la que no es predecible este carácter por limitarse a interpretar y aplicar las normas a hechos o supuestos ya acaecidos, de manera que por haber seguido el Tribunal «a quo» una doctrina jurisprudencial consolidada después de haberse ocupado los bienes o derechos expropiados no ha quebrantado el principio de irretroactividad de las leyes, recogido por el citado artículo de la Constitución y por el artículo 2.3 del Código civil” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, 30 Oct. 1999 (recurso de casación 3775/96 y Sección 6ª, S de 24 Jun. 2000).

2) “La CE, máximo exponente normativo de los principios generales del ordenamiento jurídico, prevé la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, sin que entre esas normas en que está vedada la aplicación retroactiva se encuentren las normas procesales favorables, sino que más se deduce, contrario sensu, la posibilidad de tal aplicación al favorecer o ampliar los derechos subjetivos públicos–procesales”. (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, S de 14 Jul. 1983)

3) “Dado que conforme al art. 81 RPREA procede la suspensión de la ejecución si al interponer la reclamación se garantiza la deuda tributaria, ha de rechazarse la tesis del apelante, conforme a la cual no sería aplicable al caso tal precepto por razón temporal en virtud del principio de irretroactividad consagrado en el art. 2.3 CC, pues este principio general es susceptible de dejar de aplicarse, como ya previene la propia norma citada del CC y también por virtud de la doctrina jurisprudencial, que sustenta la aplicación retroactiva de las normas procesales cuando sean favorables para el interesado. (Cfr. TS SS 3 Feb. 1969 y 7 May. 1973) (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, S de 14 Jul. 1983)

G) Principio de igualdad

Se “ha vulnerado el principio de igualdad por no señalar a los terrenos expropiados idéntico justiprecio al fijado para otras fincas de las mismas características, conculcando así el artículo 14 de la Constitución. Como hemos declarado en nuestras Sentencias de 1 Abr. 1996, 19 Jun. 1999 y 3 Jul. 1999 (recurso de casación 2855/95, fundamento jurídico quinto), las diferencias de valor, señalado en las distintas sentencias para terrenos expropiados, aun tratándose de la misma actuación urbanística, no conculca el principio de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución, pues para que pueda ser apreciada la existencia de discriminación, contraria a ese principio, sería imprescindible, como requisito esencial, la validez del término
de comparación por ser sustancialmente iguales las situaciones contempladas, por cuya razón tanto este Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que, caso de alegarse la infracción del artículo 14 de la Constitución, es necesario aportar un término de comparación válido y demostrativo de la identidad sustancial de situaciones jurídicas que han recibido trato diferente sin causa objetiva y razonable". (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S de 24 Jun. 2000)

H) Principio de seguridad jurídica

1) “En nuestra mencionada sentencia de 30 Oct. 1999 expresamos también que no se desconoce el principio de seguridad jurídica por seguir la más reciente orientación jurisprudencial para resolver conforme a ella, respetándose dicha seguridad jurídica también con los cambios de criterio interpretativo cuando se justifiquen debidamente, pues lo contrario sería ignorar el significado de la jurisprudencia, recogido en el artículo 1.6 del Código civil, cuya finalidad es la de guiar y orientar la función de aplicar las leyes al servicio de la mejor interpretación de éstas y de los principios generales del derecho, mientras que la estricta vinculación con el precedente constituiría una impedimento al cumplimiento de este fin, de modo que, aunque la jurisprudencia hubiese mantenido un criterio uniforme acerca de la naturaleza de las expropiaciones de suelo para la ejecución de vías de circunvalación con anterioridad al momento de la ocupación del terreno expropiado..., no habría conculcado la sentencia recurrida el principio de seguridad jurídica por decidir de acuerdo con la doctrina jurisprudencial mantenida sin fisuras a partir de nuestra sentencia de 29 Ene. 1994” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S de 24 Jun. 2000)

2) Los Planes Generales, como actividad discrecional propia de la Administración urbanística, deben desarrollarse a la luz de los principios generales del derecho (arts. 1.4 CC y 103 CE), y la inconcreción en su aplicación temporal, tanto si se identifica o no con una situación transitoria, es sin duda generadora de inseguridad jurídica, puesto que no se sabe cuándo va a tener lugar la potencial transformación de usos.” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, S de 18 Mar. 1995)

I) Tutela judicial

“El principio de efectividad de la tutela judicial -art. 24.1 CE- reclama, con la intensidad que es propia de los derechos fundamentales, que la jurisdicción
formule todos los pronunciamientos que, en congruencia con las pretensiones deducidas en el proceso, resulten jurídicamente viables. (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, S de 3 Dic. 1993)

**J) Non bis in idem**

“Reiteradamente ha venido poniendo de relieve el TC que el *non bis in idem* es un principio general del Derecho que ha de estimarse recogido en nuestra CE en razón de su íntima conexión con el principio de legalidad y tipicidad –SS 2/1981 de 30 Ene. 77/1983 de 3 Oct., 159/1985 de 27 Nov., 66 y 94/1986 de 23 May. y 8 Jul.- pero esta doctrina general puede encontrar salvedad en los supuestos de suprema especial” (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, S de 3 Abr. 1990)

**K) Principio de autonomía municipal**

“Los arts. 137 y 140 CE proclaman el principio de la *autonomía municipal* para la gestión de sus intereses.” (TS, Sala Cuarta, de lo Contencioso-administrativo, S de 27 Jul. 1987).

**L) Actos propios**

1) “La teoría o principio general de derecho de los *actos propios*, requiere como presupuesto para su aplicación que se trate de conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante, es decir, que haya sido realizada con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, que defina inalterablemente la situación de su autor con proyección definitiva indubitada” (TS 1.ª SS 6 Dic. 1957, 19 Dic. 1977, 2 Abr. 1979 y 22 Abr. 1980 y TS 3.ª S 26 dic. 1978, entre las más recientes) (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, S de 2 Dic. 1980)

2) “Se alega infracción del artículo 1 del Código Civil, «que consagra la doctrina de los actos propios como principio general del Derecho».
(Ha de entenderse que lo que se quiere alegar es la infracción del artículo 1, números 1 y 4 del Código Civil, que consagran a los principios generales del Derecho –entre ellos el de que nadie puede ir contra sus propios actos– como fuente de Derecho en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico). Ahora bien; el artículo 1 del Código Civil se refiere a todos los principios generales del Derecho, pero a ninguno en concreto, y, en consecuencia, su alegación como motivo de casación
solo puede hacerse con eficacia citando la doctrina jurisprudencial de la que se deriva el principio en cuestión, cosa que no se hace en el presente caso”.

(Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 21 Mar. 2001)

3) “Tampoco podemos acoger el alegato que critica la invocación de la doctrina de los propios actos por parte de la sentencia recurrida. En contra de lo que alega la apelante dicha doctrina recoge en realidad un principio general del Derecho, válido tanto en Derecho interno como incluso en el ordenamiento internacional, que proscribe que en el mismo proceso una parte sostenga válidamente posiciones contradictorias o que se excluyan entre sí”

(Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 11 Jul. 1997, rec. 13828/1991)

M) Información pública y audiencia a los ciudadanos

“El principio de “audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”, posee rango constitucional como resulta del artículo 105.a) de la Constitución Española.

Y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuando en el artículo 24 regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos dispone en el apartado 1.c) que: “Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia... “. Un inicial examen de la expresión que contiene el precepto conduce a una primera consecuencia ineludible, que no es otra que la obligatoriedad de ese trámite, puesto que la afirmación “se les dará audiencia” no puede interpretarse de otro modo. La condición sine qua non para ello es que se trate de disposiciones que afecten a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. El precepto distingue dos modalidades de participación ciudadana, y así se refiere a la audiencia y a la información pública. En relación con la audiencia la Ley diferencia, entre la
que se realiza “directamente” “o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”. Y establece que se hará “durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles”. Mientras que cuando se refiere a la información pública la condiciona a “cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje” y el plazo será el ya conocido para la audiencia pero, en ambos casos, la Ley prevé abreviarlo “hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen”. Y solo podrá omitirse ese trámite “cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan” (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 19 May. 2011).
Consideraciones e interrogantes sobre la reforma laboral de 2012

Jesús M. Galiana Moreno
Universidad de Murcia
CONSIDERACIONES E INTERROGANTES SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2012

Hace muchos años que los cultivadores del Derecho del Trabajo somos testigos de sucesivas reformas de la legislación que profesamos, que se presentan como respuesta a la “rigidez” que las normas laborales introducen en el que, de forma ya generalizada, se denomina “mercado de trabajo”. En opinión compartida por sectores de la patronal, determinadas instituciones internas e internacionales (Banco de España, OCDE, Fondo Monetario Internacional, o la propia UE, entre otras) y corrientes económicas de sesgo neoliberal, se imputa al Derecho del Trabajo el imponer una serie de trabas que dificultan la competitividad de las empresas y que, en última instancia, son, en buena parte, causantes de las tasas de desempleo que cíclicamente sufren incrementos en los países de nuestro entorno y, muy especialmente, en el nuestro.

Esa corriente de pensamiento es la que sirve de soporte a las tesis flexibilizadoras de la legislación laboral, que cobran especial énfasis a partir de las crisis denominadas del petróleo, que tienen lugar en la década de los setenta del pasado siglo.

No pretendo en estas breves consideraciones, que se aportan como homenaje a un querido amigo y colega de Facultad, el Profesor Doctor Alberto Montoro Ballesteros, pasar revista a las reiteradas reformas laborales acometidas en nuestro país, que han sido ya muchas, ni siquiera abordar sus líneas evolutivas más generales e importantes. Mis reflexiones se van a centrar en la última, llevada a cabo por el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. No trataré de explicarla y analizarla de modo global, pues su complejidad y extensión son notorias y desbordarían, con mucho, los límites de este trabajo, sino que me ceñiré a plantear una serie de consideraciones que la misma me suscita y algunos interrogantes, sobre los que, posiblemente, no tengo aún respuestas suficientemente fundadas.

Como punto de partida, resulta, sin embargo, necesario hacer algunas observaciones preliminares que sirvan de telón de fondo a las reflexiones que siguen.

La primera, que el término flexibilidad, puesto en conexión con la legislación laboral, históricamente se ha mostrado polivalente y equívoco. Por un lado, se refiere a la agilización de la entrada al mercado de trabajo, facilitando, básicamente, la contratación temporal frente a la indefinida; por otro, refleja las exigencias de potenciación de los poderes empresariales en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, o en su modificación a lo largo de la vida del contrato (jornada, descansos, salarios, movilidad geográfica o funcional…etc.), y, en último término (aunque latente siempre en todo tipo de reformas, hay que advertirlo), implica la facilitación de la salida del mercado de trabajo, agilizando y abaratando
el despido, en sus diferentes modalidades. Las normas referidas a la entrada y salida del mercado de trabajo configuran la llamada flexibilidad externa, mientras que las que se centran en el contenido de la relación laboral constituyen la que, por contraposición a la anterior, se denomina flexibilidad interna.

La segunda, es que todas estas facetas o acepciones del término se encuentran presentes, alternativa o cumulative, en las numerosas reformas de la legislación laboral llevadas a cabo en nuestro país con anterioridad a la efectuada por RD-Ley 3/2012. De forma simplificada, indicaré, en una panorámica que no pretende ser completa, que la reforma de 1984 (la primera, tras la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, de 1980), se centró en flexibilizar la entrada al mercado de trabajo, ampliando exponencialmente la contratación temporal, hasta tal punto que es, en buena parte, responsable de las altas tasas de rotación y dualidad del empleo que aún padecemos. La flexibilización del contenido de la relación laboral (la llamada flexibilidad interna, a que antes aludimos), es especialmente relevante en la reforma de 1994, que también contiene medidas relacionadas con la agilización de los despidos, tanto de los disciplinarios (eliminando la nulidad por razones formales), como de los colectivos (ampliando las causas que los justifican, suprimiendo la autorización administrativa en los que no alcanzasen determinados umbrales numéricos, o extendiendo a éstos el abono por parte del FOGASA de un porcentaje de la indemnización legal, en empresas de menos de veinticinco trabajadores). Es, sin duda, la reforma de 1997 la que dio el impulso más notable, hasta entonces, a la flexibilización del despido, al crear, por una parte, el denominado contrato de fomento de la contratación indefinida, cuya contraprestación era el abaratamiento sensible del coste de las extinciones por necesidades de la empresa (despidos objetivos, basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), que fueran declaradas improcedentes por los tribunales y, por otra, con la redefinición de parte de estas causas (las técnicas, organizativas o de producción).

1 Una evaluación crítica de esa reforma se contiene en la Memoria del Consejo Económico y Social del Estado. correspondiente a 1995. En síntesis, el CES sostiene que la reforma jugó un papel importante en la integración de España en la UE, al rebajar de forma notable el coste de nuestro mercado de trabajo; pero, a medio plazo – continúa diciendo el CES- la reforma mostró una tendencia a destruir empleo en la época recesiva de mitad de los noventa, dando lugar, no sólo a una segmentación, socialmente criticable, entre trabajadores fijos y temporales, sino que generó problemas relacionados con la productividad, la baja cualificación y formación de los trabajadores, o su falta de motivación.

2 Dichas causas se flexibilizaron, en cuanto ya no se exigía en los despidos objetivos que las extinciones de contratos producidas a su amparo, contribuyeran a “garantizar la viabilidad futura de la empresa”, sino, meramente, a “superar las dificultades” que impidan el buen funcionamiento de la misma.
La flexibilización del despido se produce, asimismo, en las reformas que disminuyeron la cuantía de los salarios de tramitación (los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia que declare su improcedencia). Disminución iniciada en la de 1993-1994, en supuestos en que el empresario reconocía la improcedencia de la resolución extintiva antes del previo intento de conciliación administrativa, y llevada a extremos exorbitantes en la de 2002, al permitir que ese reconocimiento, y consiguiente exoneration del pago de salarios de trámite, se produjese en la propia carta de despido, dando lugar a la abusiva figura que se ha venido denominando despido exprés, de la que se ha dicho, no sin fundamento, que suponía una “burla” del Ordenamiento Jurídico³.

Como tercera observación, conviene resaltar que las medidas flexibilizadoras a que venimos haciendo referencia se han centrado, como regla, en los aspectos individuales de la relación de trabajo, modificados, unas veces, de forma consensuada (reformas de 1997, por ejemplo) y otras, de manera unilateral, por el Gobierno de turno (la reforma de 1993-94, del PSOE, o la de 2002, del PP, son ejemplos notorios, por las huelgas generales que desencadenaron). Las modificaciones operadas en el marco de la negociación colectiva han sido, por lo general, consensuadas, y las más trascendentes y numerosas (efectuadas en 1994), se tramitaron por el procedimiento legislativo ordinario y se dirigían, de modo especial, a reordenar las relaciones entre derecho estatal y autonomía colectiva, produciendo, en síntesis, una retracción del primero en favor de ésta, de modo que, desde entonces, la negociación colectiva es el instrumento regulador de una serie de materias (duración del período de prueba, o de los contratos temporales, por citar sólo dos ejemplos) que, hasta entonces, eran de exclusiva regulación legal. Puede decirse que los interlocutores sociales han sido celosos guardianes de su autonomía, hasta el punto de que cuando, en el año 2001, el Gobierno presidido por el Sr. Aznar intentó, de modo unilateral, introducir modificaciones sustanciales en dicho terreno, se topó con la oposición frontal de patronal y sindicatos, que abortaron el correspondiente proyecto. Especialmente contraria al proyecto fue la postura sindical, que entendió que la potenciación de la negociación de empresa, que éste planteaba, en un marco en el que predominan las de reducida plantilla, suponía un paso inaceptable hacia la individualización de las relaciones laborales. Posición que se contrapone con

la de algunas voces, que argumentan que, en una economía globalizada, hay que abrir paso a una negociación más descentralizada, dando más protagonismo a los convenios y acuerdos de empresa y, en su caso, al papel del contrato individual en la determinación de las condiciones de trabajo. Voces que, paralelamente, reclaman la redefinición de los confines jurídicos del convenio, argumentando que en un estadio de desarrollo pleno de los derechos colectivos, como el que actualmente vivimos, hay que despojarlo de su carácter normativo para “devolverle”–según dicen– su verdadera naturaleza contractual.

Tendencia ésta que, en parte, se recoge en el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la negociación colectiva, promulgado por el Gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero (contestado, asimismo, con una huelga general), que sirve de preludio a algunas de las medidas en que, posteriormente, profundiza el RD-Ley 3/2012.

Por último, debemos resaltar que, en diversos momentos, en la Unión Europea se ha abogado también por la flexibilización de las relaciones laborales. Dejando a un lado antecedentes más remotos (como el Libro Blanco sobre política social, de Delors, de 1993), la tendencia más reciente se contiene en la articulación de la llamada flexiseguridad, que efectúa el Libro Verde de la Comisión, de 22 noviembre 2006, bajo el título “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”. El eje central del documento es, en aparente paradoja, que la flexibilización no debe significar una reducción de la seguridad del empleo. Para ello, sugiere como temas de debate el fomento del diálogo social, revisar las relaciones contractuales (para superar el desfase entre el actual marco jurídico y las realidades del mundo laboral), o la mejora de la legislación. Deja entrever que la proliferación de contratos atípicos (esto es, temporales o a tiempo parcial), se justifica por la “ausencia de una adaptación más completa de la legislación laboral y de los convenios colectivos a la rápida evolución de la organización del trabajo y de la sociedad”, y llega a la inquietante conclusión de que unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas, “parecen constituir la mejor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo”.

4 Es de resaltar que el Libro Verde se apoya en un informe previo, emitido por un grupo de expertos (Informe Kok), que invitó a los Estados miembros a que evaluaran y, en su caso, revisaran el grado de flexibilidad de los contratos de trabajo, en lo que se refiere, de modo especial, a los plazos de preaviso para su terminación, costes y procedimiento de los despidos individuales y colectivos. Para mayores detalles, cfr. J.M. Galiana Moreno, “Orden económico y relaciones laborales: de la flexibilización a la flexiseguridad”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 140, octubre-diciembre 2008, p. 781 y ss.
Sobre este telón de fondo, pretendo plantear las consideraciones e interrogantes que, como antes decía, me suscita la, por ahora, última reforma de la legislación de trabajo, que lleva a cabo el reiterado RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

***

El primer interrogante que plantea esta reforma, es si la inmediatez requerida en la actuación normativa, que lleva, como en muchas reformas anteriores, a acudir a la vía del Decreto-Ley, se adapta a lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, que, como se sabe, la reduce a supuestos de “extraordinaria y urgente necesidad” y prohíbe la afectación por esta vía, entre otros, de “los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”.

Para analizar, en primer término, si se dan las razones de urgencia que exige una norma excepcional, debemos acudir al Preámbulo. Allí vemos que la argumentación que se utiliza para fundamentarla no es nueva. Se centra, como en otras precedentes, en las altas cifras de desempleo, o en las disfunciones intrínsecas de nuestro mercado de trabajo, que se califican de estructurales, precisando que otras medidas ya adoptadas no las han podido atajar. Sin discutir la evidente gravedad de la situación económica, o las cifras obscenas de desempleo, que ya motivaron las reformas inmediatamente precedentes, debe subrayarse que el Preámbulo utiliza, como máxima justificación de la urgencia de las medidas adoptadas, la “insostenibilidad del modelo laboral español”, que toma como axioma irrefutable. No puede extrañar, por ello, que al intérprete le asalten dudas, creo que fundadas, sobre el método elegido para legislar, por varias razones.

La primera, la desmesurada amplitud de la reforma (64 páginas de BOE), que afecta a un variado conjunto de instituciones laborales (tipos de contratación; acceso al empleo; flexibilidad interna; suspensiones de la relación; negociación colectiva; descuelgues de condiciones de trabajo; despidos, etc.), y a una heterogénea serie de normas (Estatuto de los Trabajadores; Ley General de la Seguridad Social; Ley de Empleo; Ley de Empresas de Trabajo Temporal; Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, o la, recientemente promulgada, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entre otras). No parece que pueda fácilmente justificarse el introducir esa vasta serie de modificaciones por vía de urgencia (en el orden

---

5 Si tomamos como referente las últimas reformas laborales efectuadas por vía de urgencia, que han sido también extensas, el RD-Ley 5/2006 ocupaba trece páginas de BOE; el 10/2010, treinta y ocho y el 7/2011, dieciocho.
laboral, al menos, nunca se ha hecho con anterioridad con esa amplitud, pese a haber acudido, con demasiada frecuencia, a la técnica del Decreto-Ley)\(^6\), sobre todo, cuando las razones que se aducen en el Preámbulo, que luego reiteró la Ministra del ramo en el debate de convalidación de la norma\(^7\), no son nuevas. Son, además, razones de carácter general y evidente y, a lo que parece, tras una lectura sosegada del Preámbulo, se reconducen, en última instancia, a las exigencias de diversas instituciones económicas mundiales y europeas, así como de los mercados internacionales, que, en los términos literalmente utilizados, “*contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego*”.

En segundo lugar, hay que destacar que, en fechas previas, aún muy recientes, se acometieron (asimismo por vía de urgencia, como hemos adelantado), dos reformas de nuestra legislación laboral, de amplia trascendencia. Llevada a cabo la primera por RD-Ley 10/2010, de 17 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (convertido posteriormente en Ley 35/2010, de 17 de septiembre), y luego seguida por el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes de reforma de la negociación colectiva. Cuando se compara el objetivo de dichas normas de urgencia, se constata que existe una coincidencia notable, no sólo en las justificaciones que aducen sus respectivos Preámbulos, sino en el núcleo esencial de las materias objeto de modificación (normas sobre flexibilidad interna, contratación, descuelgues de condiciones de trabajo, contenido de la negociación colectiva, etc.), que son, asimismo, coincidentes, aunque con variantes, con buena parte de las reformas centrales que aborda el actual RD-Ley 3/2012, a que luego haremos referencia. Si queremos resumirlo, de forma simplificada y gráfica, diríamos que éste último da una nueva vuelta de tuerca a materias ya flexibilizadas por las dos normas precedentes (ampliando los descuelgues, o dando preferencia absoluta al convenio de empresa, por poner dos ejemplos significativos).

En tercer lugar, que en el mes de enero inmediatamente anterior, los interlocutores sociales alcanzaron un pacto (“II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014”, de 25 de enero), en el que buena parte de las materias reguladas por el posterior RD-Ley 3/2012, fueron objeto de un amplio consenso. En dicho Acuerdo se aborda, por ejemplo, la estructura de la negociación colectiva, apostando

---

\(^6\) Alfredo Montoya constata que el recurso al Decreto-Ley en las reformas laborales llevadas a cabo en los últimos treinta años ha sido constante, y afirma críticamente que parecería que “*el poder público advierte los problemas del empleo de golpe, como si no vinieran precedidos de signos persistentes*” (“Comentarios a la reforma laboral de 2006”, del que son coautores con él, Jesús M. Galiana, Faustino Cavas y Alberto Cámara, Thomson / Civitas, 2007, p. 25). Una síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la utilización de la técnica legislativa del artículo 86 CE puede verse en su Sentencia 68/2007 y las en ella citadas.

\(^7\) El mismo puede verse en el Diario de Sesiones del Congreso, nº 17, X Legislatura, año 2012.
por su descentralización, al encomendar a los convenios sectoriales que propicien la negociación en la empresa de aspectos esenciales de las condiciones de trabajo (jornada, funciones y salarios), lo que supone asumir importantes compromisos en materia de flexibilidad interna. Se insiste, asimismo, en la potenciación de los contratos indefinidos, en facilitar la inserción de los jóvenes en el mercado laboral a través de los contratos formativos, o los de relevo; o en el fomento del contrato a tiempo parcial, como alternativa a la temporalidad. Se establecen, por otra parte, reglas referidas a formación y clasificación profesional de los trabajadores, o sobre el teletrabajo, como fórmula innovadora de organización y ejecución de la prestación laboral, derivada del avance de las nuevas tecnologías de la información; materias, todas ellas, que, con más o menos variaciones, integran el contenido esencial del RD-Ley 3/2012. Lo mismo ocurre con relación a la reestructuración de empresas en dificultades, donde el Acuerdo ya recomienda que se acuda a la reducción de la jornada, o a la suspensión de los contratos de trabajo, como alternativas al despido, de forma luego reiterada en el subsiguiente RD-Ley. En último término, y no por ello menos importante, se establecen criterios de contención salarial para los años de vigencia del Acuerdo, en los que se restringe de manera drástica el incremento retributivo, para, literalmente, “conseguir en el menor tiempo posible un crecimiento de la actividad económica nacional que permita crear empleo”.

Si analizamos, por otro lado, si el RD-Ley 3/2012 afecta a alguno de los “derechos, deberes y libertades de los ciudadanos”, que el artículo 86.1 CE le veda, surgen, asimismo, dudas razonables sobre la adecuación al Texto Constitucional de algunas de las reglas establecidas en el mismo.

La primera, el exorbitante período de prueba, de un año, que se fija en el nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Al fijar ese plazo de manera indiscriminada, sin atender a la cualificación profesional exigida para el desempeño del correspondiente puesto de trabajo, pudiera pensarse que encubre una descausalización del despido, que contraviene el derecho al trabajo, que establece el artículo 35 CE, pues, como viene reiterando el Tribunal Constitucional, dicho derecho, en su vertiente individual, impide el despido sin causa.\(^8\)

\(^8\) Vid., entre otras, SSTC 22/1981(f.j. 8) y 192/2003 (f.j. 5). En Francia, la ruptura no causal, durante los dos primeros años, que autorizaba el llamado “contrat nouvelles embauches”, dirigido a la contratación de jóvenes menores de veintiséis años, en empresas de no más de veinte trabajadores, fue declarada abusiva por la Jurisprudencia, en base a su incompatibilidad con el Convenio 158 OIT, convirtiéndose posteriormente en un contrato a tiempo determinado ordinario. Téngase en cuenta que España tiene ratificado el citado Convenio 158 OIT, que exige para el despido de un trabajador, la existencia de “una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”(artículo 4).
La segunda duda de adecuación a la CE, afecta al arbitraje obligatorio, ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o órganos similares de las Comunidades Autónomas, que la nueva redacción del artículo 82.3 ET establece, como última vía, para resolver las discrepancias entre empresarios y trabajadores en los descuelgues de condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable. Arbitraje que ha sido cuestionado tanto por la patronal como por los sindicatos, y cuya eventual inconstitucionalidad provendría, en su caso, no tanto del carácter obligatorio del arbitraje, cuanto de la falta de libertad de las partes para designar al árbitro9.

La tercera, más importante aún, afecta a los recortes que en la autonomía colectiva suponen el tratamiento que el RD-Ley confiere a la negociación de los convenios. Es éste, no obstante, un problema complejo y de perfiles poco claros, sobre todo, dada la alambicada y, a veces, contradictoria, doctrina del Tribunal Constitucional sobre las relaciones entre los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Planteándolo de la forma más simple, cabría pensar que la preferencia que el artículo 84.2 ET, en la nueva redacción dada por el RD-Ley, otorga al convenio de empresa en una amplia serie de materias (entre las que se incluyen la cuantía de las retribuciones, o el horario y distribución del tiempo de trabajo, por citar sólo dos de las más importantes), constituye un ataque frontal a la regla que establece el artículo 37.1 CE, que ordena al legislador garantizar el derecho a la negociación colectiva y “la fuerza vinculante de los convenios”. Y, aunque el propio ET sigue afirmando que éstos obligan a los firmantes “durante todo el tiempo de su vigencia” (artículo 82.3), permite, paradójicamente, la negociación de un convenio de empresa cuando aún no se ha extinguido el sectorial que viniera siendo aplicable en la misma. La regla es, como digo, paradójica y, posiblemente, dudosa desde el plano constitucional, en la medida en que esa negociación concurrente no descansa en la modificación de circunstancias, que justifiquen un nuevo pacto, por lo que no requiere esgrimir la cláusula rebus sic stantibus; cláusula que, por el contrario, sirve de soporte explícito a los amplios descuelgues de condiciones de trabajo, que regula el nuevo artículo 82.3 ET, que exigen, en todo caso, la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aunque definidas de.

9 Como dijera el Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia 11/1981, con relación al arbitraje obligatorio que pone fin a una huelga, al declarar la acomodación a la Constitución del artículo 10 del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo: “No por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje, siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro” (f.j 19). Condiciones que, en pura técnica hermenéutica, exigen la libre designación de éste por las partes que suscriben el compromiso arbitral.
forma muy laxa, para facilitar, sin duda, la iniciativa empresarial tendente al descuelgue, que puede, por lo demás, efectuarse, no ya de un eventual convenio sectorial (como era la regla en nuestro ordenamiento, desde 1994), sino del propio convenio previamente negociado en la empresa y aún en vigor.

* * *

Si, cambiando de perspectiva, nos centramos en analizar, de modo panorámico, el contenido del RD-Ley 3/2012, podemos convenir que se trata de una reforma “de envergadura”, en los términos que utiliza el propio Preámbulo. Una reforma que, como hemos adelantado, afecta a aspectos individuales y colectivos de las relaciones laborales; una reforma que incide, tanto sobre la entrada al mercado de trabajo o la salida del mismo (flexibilidad externa), como sobre una serie de derechos de los trabajadores a lo largo de la vida de su relación contractual con la empresa (flexibilidad interna).

Pero, no es sólo una reforma amplia, según sus autores, sino que, apoyándonos de nuevo el Preámbulo del RD-Ley y en la intervención de la Ministra de Empleo y Seguridad Social en el debate de su convalidación, es una reforma “equilibrada”, que tiene como objetivo esencial facilitar la creación de puestos de trabajo, frenando la sangría de destrucción de empleo.

Sin dudar de las buenas intenciones del legislador de urgencia, ni minimizar la importancia y necesidad de los objetivos pretendidos, cabe interrogarse si la reforma de 2012 es, como se afirma, una reforma equilibrada; esto es, una reforma que se mueva en el marco de esa flexiseguridad, a la que también se refiere el Preámbulo de la norma, que requeriría, como su propio nombre indica, buscar el adecuado punto de equilibrio entre las necesidades de las empresas y los derechos de los trabajadores. Punto de equilibrio que, como la experiencia demuestra, no es fácil de encontrar en una relación, como la de trabajo, que, por propia decisión del Ordenamiento que la regula, es de desigualdad, en cuanto se perfila como de subordinación o dependencia de los trabajadores frente a los poderes empresariales.

Pasando revista sucinta al contenido del RD-Ley 3/2012, podemos afirmar que las medidas esenciales de la reforma pivotan sobre un doble eje, a saber: la facilitación de las diversas clases de despido y las reglas de flexibilidad interna en las empresas. Es en esa serie de medidas donde, principalmente, debemos indagar si la reforma alcanza el equilibrio que predicen sus autores.
Por lo que respecta al despido, el disciplinario improcedente (ilícito, por tanto), ve reducida sensiblemente su indemnización, en la medida en que ésta ya no es de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, sino de 33 días/año, con un límite de 24 meses, que era la que, desde 1997, se otorgaba –como antes dijimos – a los titulares del llamado contrato de fomento de la contratación indefinida, cuando su relación se extinguía por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y era declarada improcedente. Adicionalmente, se suprimen los salarios de trámite, salvo en caso en que el empresario (o el trabajador, si es un representante legal o sindical), opte por la readmisión; o cuando el despido sea declarado nulo, en que la readmisión es obligada.

En cuanto al despido colectivo, desaparece la necesidad de autorización administrativa\(^{10}\), que tantas críticas venía suscitando desde hace mucho tiempo, y que, como se sabe, fue una de las causas de ruptura de la concertación social, tras la firma del AES 1985–1986, por la divergencia de criterios entre patronal y sindicatos sobre la incorporación de la correspondiente Directiva, que no exige dicha autorización, sino meramente el control de cumplimiento de los trámites exigibles (de modo especial, la celebración del período de consultas con los representantes de los trabajadores, o la evitación de actuaciones fraudulentas). Se flexibiliza, por otra parte, la enunciación de las causas que justifican las extinciones, de forma muy laxa (como ya advertimos), para limitar el control judicial sobre la licitud de las mismas, evitando que los tribunales emitan juicios de oportunidad sobre la finalidad de estos despidos, limitándose, como lo expresa la Exposición de Motivos del RD-Ley, a “ceñirse a la valoración de la concurrencia de unos hechos: las causas”. Límites, que, por más que lo pretenda el legislador de urgencia, no pensamos puedan impedir que los tribunales se atengan a criterios de razonabilidad en el enjuiciamiento de las causas alegadas, como establecía la Ley 35/2010. Especialmente llamativa, en este sentido, es la referencia a las económicas, entre las que se incluye la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, indicando, de modo taxativo, que, en todo caso, “se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”. En una hermenéutica razonable, parece coherente que los tribunales deban valorar

\(^{10}\) La autorización administrativa para los despidos que no alcanzasen los umbrales numéricos establecidos en el artículo 51 ET, fue ya suprimida por la reforma de 1994. El RD-Ley 3/2012, extiende la supresión de la autorización administrativa previa para las suspensiones de contratos, o reducciones de jornada, que se fundamenten en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De forma poco coherente, la mantiene, sin embargo, en los casos de extinciones derivadas de fuerza mayor (artículos 47.3 y 51.7 ET).
si la disminución alegada tiene entidad suficiente para justificar las extinciones pretendidas, lo que, extensivamente, puede predicarse del resto de causas.

Son todos ellos intentos, junto con la eliminación del despido expreso, de fomentar que las extinciones de contratos debidas a necesidades de las empresas, se lleven a cabo, según el número de trabajadores afectados, por los cauces de los artículos 51, o 52.c ET, que mantienen la indemnización tradicional (20 días por año de servicio, con el tope de una anualidad), y que no se acuda – como era práctica habitual– a la vía del despido improcedente, que es más caro. Intento razonable, pero que, posiblemente, no resulte efectivo, especialmente en las pequeñas empresas, dado que los costes adicionales en que, muy probablemente, deban incurrir para justificar las causas alegadas (informe de un auditor externo, por ejemplo), les sigan haciendo optar por el despido improcedente, sensiblemente abaratado.

Por lo demás, los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se extienden al personal laboral del Sector Público, en términos asimilables a los que rigen en el Sector Privado, incluida la precisión de que la insuficiencia presupuestaria, que justifica las extinciones de contratos por causas económicas, alcanza la persistencia requerida, cuando se produce durante tres trimestres consecutivos.

En relación con las normas que regulan la flexibilidad interna en las empresas, se pretende, como el título del Capítulo III del RD-Ley nos indica, que éstas sirvan de alternativa a la destrucción de empleo. Se modifican, en este sentido, las reglas que venían regulando materias diversas del contenido de la relación de trabajo, incluidas las fijadas mediante negociación colectiva.

En primer término, el sistema de clasificación profesional en la empresa, toma como único referente los grupos profesionales, abandonando el ya obsoleto de categorías, que limitaba el contenido de la prestación (lo que ya adelantó, en su día, la reforma de 1994 y, progresivamente, se ha venido reflejando en la práctica de la negociación colectiva), con lo que se amplía, de modo efectivo, el ius variandi empresarial a la hora de asignar al trabajador sus funciones en la empresa. Se amplían, asimismo, los poderes del empresario en la determinación del tiempo de trabajo, facultándole para distribuir irregularmente, según sus necesidades o criterio, el cinco por ciento de la jornada anual, sin necesidad de pacto.

En los traslados geográficos y modificación sustancial de condiciones de trabajo, se definen (de forma aún más laxa que en los supuestos de despidos
colectivos u objetivos), las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifican, entendiendo por tales “las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, con lo que el legislador de urgencia incurre en una clara tautología\textsuperscript{11}.

Entre las modificaciones sustanciales, aunque la lista sigue siendo abierta, se incluye de modo expreso la reducción unilateral del salario, por lo que, se ha dicho, la reforma da cobertura normativa al dumping social, pues no cabe llamar de otra forma al incremento de la competitividad en las empresas basado en la degradación de las condiciones de trabajo\textsuperscript{12}. Una evidente intención de agilizar el proceso de toma de decisiones se detecta, por otra parte, en los nuevos plazos de preaviso de la decisión del empresario, que se acortan\textsuperscript{13}.

Sin duda, las modificaciones de más trascendencia en materia de flexibilidad interna, son las que afectan a la negociación colectiva de condiciones de trabajo, a las que, en parte, ya nos hemos referido. Los aspectos esenciales de la misma son tres, a saber: la ampliación de los descuelgues; la descentralización del modelo negociador, dando preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa, o de grupo; y los cambios que afectan a la vigencia temporal del convenio.\textsuperscript{14} Materias todas ellas, que ya habían sido afectadas por la Ley 35/2010 y, especialmente, por el RD-Ley 7/2011, y que, además, se reflejan en el Acuerdo alcanzado por los agentes sociales el pasado mes de enero. Como ya avanzamos, la actual reforma da, en este ámbito, una nueva vuelta de tuerca a materias ya flexibilizadas por las normas precedentes, haciendo caso omiso, además, de la voluntad de los negociadores, expresada en el Acuerdo de referencia, que la norma modifica.


\textsuperscript{12} F. Ferrando, op. cit., p. 136.

\textsuperscript{13} La modificación de carácter individual deberá notificarla al trabajador afectado y a sus representantes legales, con una antelación mínima de quince días (antes, treinta) a la fecha de su efectividad (art. 41.3 ET). Las colectivas, cuando no haya acuerdo en el período de consultas, surten efecto transcurridos siete días (antes, treinta) desde la notificación a los trabajadores afectados. (art. 41.5 ET).

\textsuperscript{14} Sobre estos temas, vid, en detalle, M. Carmen López Aniorte, “La reforma de la negociación colectiva como mecanismo de adaptación de las condiciones laborales” (Capítulo Cuarto del libro coordinado por Faustino Cavas, “La Reforma Laboral...”, cit., p. 149 y ss.).
Con relación a los descuelgues, se amplían los de condiciones de trabajo de carácter no salarial (que, antes, seguían el procedimiento de modificación de condiciones sustanciales, del artículo 41), pudiendo efectuarse, no sólo de un convenio de sector (como venía siendo la regla), sino de un previo convenio de empresa, en vigor. Exigen la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, definidas, como siempre, de manera muy genérica (artículo 82.3 ET). Nuevamente resulta llamativa la referencia a las económicas, que fundamentan el descuelgue salarial en la ya reiterada disminución “persistente del nivel de ingresos o ventas”, que, en este caso, se entiende justificada “si se produce durante dos trimestres consecutivos”.

Por lo demás, como explica la Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012, se corrige el punto muerto en que pueden incurrir los intentos frustrados de acuerdo sobre los mismos, estableciendo el sometimiento a arbitraje obligatorio, ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Aparte las dudas de constitucionalidad de esta medida, a la que ya hemos hecho referencia, debemos subrayar que en la mayoría de Comunidades no existen tales órganos, por lo que dicho arbitraje resultaría en ellas, lisa y llanamente, imposible.

En cuanto a la descentralización del modelo negociador, dando preferencia al convenio de empresa, o de grupo, en la fijación de una amplia serie de materias, la reforma de 2012 coincide en buena parte con la de 2011, con una importante novedad, ya resaltada: que prohíbe que los acuerdos interprofesionales, o los convenios sectoriales, puedan impedir la prioridad aplicativa de los de empresa, o grupo.

Por último, los cambios que afectan a la vigencia temporal de los convenios colectivos, son dos. Por una parte, la posibilidad de renegociarlos antes de su vencimiento, en contra de la regla general tradicionalmente vigente; y, por otra, la limitación de la ultra-actividad de los ya vencidos, que se encuentren pendientes de renegociación.

En cuanto a ésta, hay que recordar que la reforma de 1994 ya previó que la ultra-actividad del contenido normativo de los convenios podía ser regulada por el propio acuerdo de las partes (ultra-actividad *ex convenio*) y sólo, en caso de falta de pacto, operaría automáticamente, hasta la consecución de un nuevo acuerdo (ultra-actividad *ex lege*). Lo que la reforma de 2012 hace, so pretexto de evitar la “petrificación” de los convenios, es limitar la ultra-actividad que hemos denominado *ex lege*, a dos años, a partir del momento de su denuncia, pero manteniendo la posibilidad de pacto en contrario, que la prolongue. Si éste no se produce, el convenio vencido perdería su
vigencia, aplicándose el pertinente de ámbito superior. La incógnita que aquí se abre (y que deberá resolver la tramitación parlamentaria en curso) es qué pasa cuando ese convenio de ámbito superior no exista.

***

De todo lo dicho se desprende, a nuestro entender, que la reforma que lleva a cabo el RD-Ley 3/2012, es especialmente amplia, pero no muestra el equilibrio que pretenden sus autores. Se incrementan ostensiblemente los poderes empresariales, al flexibilizarse los despidos, las modificaciones de condiciones de trabajo y la negociación colectiva, contenido esencial de la norma de urgencia, que hemos descrito en sus términos más generales. Y, aunque hayamos omitido otros aspectos de la misma (la actuación de las ETT como agencias privadas de colocación; el tratamiento dado al contrato para la formación y el aprendizaje, o al contrato a tiempo parcial, por citar algunos de los temas sobre los que también incide el RD-Ley 3/2012), podemos concluir que del binomio flexi-seguridad, no se observa incidencia apreciable, si alguna, del segundo de sus términos (la “seguridad” de los trabajadores; o el incremento efectivo de su pretendida “empleabilidad”).

 Desde el plano conectado con los derechos individuales, que se reducen en proporción inversa al aumento de los poderes discrecionales del empresario, se echa, especialmente, en falta que el abaratamiento y facilitación del despido (verdadero leitmotiv de la reforma), no vaya acompañado de un rediseño de la protección de los desempleados y de una reforma sustancial de las políticas activas de empleo, ya que, en los términos que, como antes decíamos, se expresa el Libro Verde de la Comisión Europea, ambas medidas son las que, conjuntamente utilizadas, parecen constituir “la mejor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo”.

 Desde el plano colectivo, la debilitación de los sindicatos en la negociación de condiciones de trabajo, resulta notoria, entre otras razones, por la preferencia, casi total, que se confiere a los convenios de empresa. Debilitación que conduce a las relaciones laborales por un camino inverso al tradicionalmente recorrido, en que el desequilibrio existente en las mismas, se veá compensado por la autonomía colectiva, residenciada en las organizaciones sindicales, que, en afirmación de nuestro

15 Paradójicamente, la dotación económica para las mismas sufre una importante disminución en el Proyecto de Ley de PGE para este año recientemente presentado por el Gobierno.
Tribunal Constitucional, son pilares básicos de la democracia. Dicha debilitación, aparte de desequilibradora, debe entenderse como preocupante, no sólo desde el punto de vista de los trabajadores, que verán mermadas sus posibilidades de presión en la negociación, especialmente en las pequeñas empresas (que, no olvidemos, son mayoría en nuestro tejido productivo), sino, también, del lado de los empresarios, que, al carecer del paraguas protector de los convenios sectoriales (especialmente, los de ámbito provincial, que les son más próximos), pueden verse inmersos en una espiral de atomización divergente de las condiciones de trabajo, derivadas de la generalización de la negociación en la empresa, que ocasionen disfunciones indeseadas en sus niveles de competitividad, que son los que, precisamente, se tratan de potenciar.

No se pretende negar que la reforma pueda tener zonas de luz. La agilización de los despidos en circunstancias de necesidad de las empresas, mediante la supresión de la autorización administrativa previa, que la práctica había distorsionado; la vuelta a que el FOGASA sólo abone parte de las indemnizaciones, en despidos, colectivos u objetivos, cuando sean declarados procedentes, que afecten a empresas de menos de veinticinco trabajadores; la anticipación de la eficacia de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales, que se encontraba aplazada; la aportación al Tesoro Público que deben realizar empresas con beneficios, que efectúen despidos colectivos de trabajadores de más de 50 años; la restricción de indemnizaciones por finalización de contratos en entidades de crédito, que hayan recibido ayudas del FROB; o las reglas aplicables en retribuciones e indemnizaciones del personal directivo del sector público estatal, pueden ser exponentes de las mismas.

Predominan, sin embargo (como hemos venido razonando), las zonas de sombra. Predomino que se extiende, incluso, a determinados aspectos, que, pudiendo ser teóricamente positivos (el nuevo derecho a la formación; la cuenta o el cheque que se prevé para la misma, por ejemplo), quedan faltos de concreción; en el caso de la cuenta de formación, asociada al número de afiliación a la Seguridad Social, por deferirse al desarrollo reglamentario y, en el del cheque formación, por quedar pendiente de evaluación la conveniencia de introducirlo. Existe, por lo demás, el riesgo de que los contratos para la formación y el aprendizaje sigan siendo una fórmula de utilización temporal de mano de obra barata, máxime cuando su duración se extiende, de modo generalizado, a tres años y pueden anudarse varios contratos de esta naturaleza, para ocupaciones diferentes, en la misma o distinta empresa.

Para concluir, lo más grave de esta reforma, impuesta, de modo claro, por los mercados y por la UE, que lidera Alemania, es que corre el riesgo de causar una
erosión drástica de los derechos laborales, sin lograr el objetivo perseguido, de recuperación económica de nuestro país y reducción de las cifras de paro. Por el contrario, a corto plazo, muy probablemente (como el propio Gobierno parece prever), incremente el desempleo, debido al abaratamiento del despido y a la disminución de salarios que propicia y, en todo caso, va a introducir inseguridad y miedo en el marco de las relaciones laborales, que son malos consejeros para el mantenimiento de la paz social.

Es, por lo demás, abiertamente criticable que, después de tantas reformas, nuestros dirigentes, nacionales y europeos, pretendan ignorar que las crisis económicas no son atribuibles al grado de desarrollo de las normas laborales y que, por ende, su modificación no es la terapia adecuada para salir de ellas. Buena prueba de lo que decimos, es que los mismos “mercados”, que exigen reducciones drásticas de los déficits de los Estados (con recortes, en especial, de los derechos laborales), son los que luego expresan su desconfianza, en el marco financiero, con el consabido incremento de la llamada “prima de riesgo”, aduciendo que esos recortes ponen en serio peligro la capacidad de crecimiento económico.

**ADDENDA**

Estando en pruebas este libro, la aludida tramitación parlamentaria del **RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero**, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha culminado con la promulgación de la **Ley 3/2012, de 6 de julio**, de idéntico título. Su contenido, como era presumible, dada la mayoría que el partido en el poder posee en las Cámaras legislativas, sigue literalmente, con muy ligeras variantes, el del precedente RD-Ley, del que trae su causa. Por ello, las consideraciones e interrogantes que la reforma laboral de 2012 suscita y que sirven de título al texto, que precede a esta Addenda, se mantienen en su integridad, sin necesidad de matizarlas. Si acaso, añadiría dos reflexiones. La primera, que algunas de las medidas a que se ha hecho referencia, se ven notoriamente endurecidas en el texto legal. Así sucede con el porcentaje de tiempo de trabajo del que el empresario puede disponer unilateralmente, en defecto de pacto, que se incrementa del cinco al diez por ciento de la jornada anual (cfr. el art. 9 de la Ley y del RD-Ley), o con la duración de la ultra-actividad de los convenios, que se minora de los dos años a partir de su vencimiento, que preveía el RD-Ley, al año a partir del mismo que establece la reciente Ley (cfr. el art. 14 de la Ley y del RD-Ley). Y la segunda, que debe tenerse en cuenta que el, por ahora, último RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, sigue reduciendo derechos laborales, de entre los que cabe resaltar la limitación de la cuantía de la responsabilidad del FOGASA, por salarios o indemnizaciones debidos en los supuestos de insolencia empresarial. Pero esto es una partida más de un “suma y sigue” del que no acaba de verse el final.
Función y límites de las represalias (o contramedidas) en el Derecho internacional contemporáneo

Cesáreo Gutiérrez Espada
Universidad de Murcia
FUNCIÓN Y LÍMITES DE LAS REPRESALIAS (O CONTRAMEDIDAS) EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Al profesor Montoro Ballesteros, con sincero afecto.

1. EL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO

1. Durante muchos años, las relaciones internacionales se desarrollaron en un contexto de ausencia de instituciones capaces de imponer coercitivamente, llegado el caso, el cumplimiento del Derecho internacional y sus principales sujetos, los Estados, autoprotégían sus derechos y aun sus meros intereses, empleando para ello los procedimientos que estimaban más convenientes a sus propósitos.

En algunos casos, esto les llevaba a incumplir el Derecho internacional en perjuicio de otro Estado que había, a su juicio, vulnerado esos derechos o intereses sin que ello implicara el recurso a la fuerza armada (por ejemplo, expulsándolos sus nacionales de su territorio); pero en otros, las represalias consistían en el uso contra el Estado en cuestión de medios militares, un empleo de la violencia contenido, temporal pero uso de la misma al fin y al cabo. Las represalias podían, así, dividirse en armadas y no armadas, pues el uso de la fuerza no era sino una más de las herramientas con que los Estados contaban para la defensa de lo que creían sus derechos o sus intereses nacionales; el asesinato en Grecia del general italiano Tellini, miembro de una comisión enviada por la SdN para delimitar con claridad las fronteras entre Grecia y Albania, que dio lugar finalmente a represalias italianas contra Grecia con el bombardeo del puerto de Corfú (1923) y el debate que sobre éstas tuvo lugar en el marco de la Sociedad de Naciones probablemente apoyan la idea de que represalias de esa naturaleza no resultaban contrarias al Pacto (1919)¹.

Es conocido que tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918) se iniciaba un proceso que prohibía con claridad, ya en 1928, la guerra, pero que no es tan cierto en la erradicación de usos limitados de la violencia, como las represalias. Un famoso caso de la jurisprudencia arbitral de la época, referido precisamente a esta figura lo demuestra².


² Al estallar la Primera Guerra Mundial, que enfrentó a Alemania con casi medio mundo, Portugal se mantuvo neutral. Fuerzas armadas alemanas, provenientes de su colonia del Sudoeste africano
2. Los desastres de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) llevaron a vencedores a la idea de adoptar un nuevo modelo para mantener la paz y seguridad internacionales. La Carta, que crea la Organización de Naciones Unidas (1945), estableció un auténtico sistema de seguridad colectiva apoyado en dos columnas: la prohibición del uso unilateral de la fuerza armada en las relaciones internacionales “salvo” en genuina y estricta legítima defensa y “sólo hasta” la intervención de Naciones Unidas (artículos 2.4 y 51); y el establecimiento de un dispositivo de reacción institucional contra el Estado que quebrantare injustificadamente esa prohibición (capítulo VII: artículos 39-51), regido orgánicamente por el Consejo de Seguridad que ejerce la “responsabilidad primordial” en este tema y puede adoptar “decisiones” jurídicamente obligatorias (artículos 24 y 25). El nuevo Sistema sustituye y acaba con el régimen basado en la autotutela del Derecho internacional clásico. Sólo la legítima defensa como respuesta a un ataque armado justifica el empleo de la fuerza por los Estados y únicamente hasta el momento en que el Consejo de Seguridad adopte las medidas adecuadas para el mantenimiento o la preservación de la paz (artículos 2.4 y 51 de la Carta).

El Derecho internacional contemporáneo no ha erradicado por completo, sin embargo, la autotutela no armada de las relaciones internacionales, pues sigue amparando la legalidad de las represalias (hoy llamadas contramedidas), esto es, de comportamientos contrarios al Derecho internacional llevados a cabo por uno de sus sujetos contra otro que ha vulnerado sus legítimos derechos; a cambio ha condicionado y limitado severamente en forma y fondo su aplicación.

(hoy Namibia), llegaron a Angola (colonia portuguesa) para entrevistarse en el puesto de Nauliaa con las autoridades lusas a fin de negociar la importación de alimentos así como el establecimiento de relaciones postales entre ambas colonias que permitieran la comunicación entre el Sudoeste africano y la Madre Patria. Debido a la incompetencia del intérprete alemán, el encuentro acabó en un malentendido que originó la muerte de varios integrantes del destacamento germano. Como represalia, tropas alemanas destruyeron varios puestos portugueses en Angola matando a cierto número de sus soldados. El tribunal arbitral que tiempo después (1928) acordaron establecer ambos países para resolver el conflicto precisó la situación jurídica de las represalias a la luz del Derecho entonces vigente. El tribunal entendió que las represalias alemanas habían sido ilegales por tres razones (repárese en que se hace completa abstracción de su naturaleza armada, posición implícita, ésta, de los árbitros acerca de la valoración jurídica de las represalias armadas que nadaba, sin duda, a favor de la corriente de la época: el Pacto de París o de Briand-Kellog [1928] de renuncia a la guerra dejó con toda claridad fuera de la ley a ésta pero no lo es tanto que hiciera lo propio con las represalias armadas): Portugal no había cometido ilícito alguno en perjuicio de Alemania, pues la muerte de sus soldados se debió a un, aunque lamentable, fortuito incidente; Alemania no había intentado antes de atacar los puestos portugueses arreglo pacífico alguno; y sus actos fueron desproporcionados al incidente de Nauliaa (sentencia de 31 de julio de 1928, asunto “Nauliaa” (Responsabilidad de Alemania por los daños causados en las colonias portuguesas en África del Sur, Report of International Arbitral Awards/Recueil des Sentences Arbitrales, II, pp. 1026-1029).
2. LAS CONTRAMEDIDAS COMO UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA IILICITUD EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

1. El Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (2001)\(^3\) considera que las contramedidas son una causa de exclusión de la ilicitud (artículo 22), reconociendo que el comportamiento antijurídico de un Estado A para obligar a otro Estado B a que repare el perjuicio que le ha causado pierde su carácter ilícito por ser una contramedida admitida (artículo 49.1). La CDI rechazó así la posición de alguno de sus miembros y de ciertos Estados que proponían la eliminación de las represalias por ver en ellas un instrumento que favorecía a los Fuertes\(^4\). No cabe confundir esa concepción con la de otros (Estados Unidos, Reino Unido, Japón) que deseaban reducir al mínimo la regulación de aquellas en el Proyecto con otros fines (veían en éste una limitación excesiva, respecto de la lex lata, de la posibilidad de adoptarlas).

Afortunadamente, pienso, la Comisión se resistió al argumento. Que las contramedidas constituían una figura inquietante del Derecho internacional es claro, pero que las mismas no eran sino una consecuencia directa de la estructura de la sociedad internacional también. La doctrina, la práctica y la jurisprudencia internacionales confirman su vigencia\(^5\). El más sano de los realismos lejos de incitar a la expulsión de las contramedidas del Ordenamiento, propicia más bien regular su uso, condicionándolo y limitándolo.

---

\(^3\) Su texto y comentarios en Informe de la CDI 53º período de sesiones (23 abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Documentos Oficiales de la Asamblea General 56º período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/56/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 10-405.


\(^5\) Puede recordarse que en 1978 el tribunal arbitral que resolvió el asunto relativo al Acuerdo sobre servicios aéreos entre Francia y Estados Unidos y la CIJ en el asunto Gabcikovo-Nagymaros han aplicado las normas que las regulan (sentencia de 9 de diciembre de 1978, Acuerdo sobre los servicios aéreos de 27 de marzo de 1946 cit., pp. 443-446, párrafos 80-98; sentencia de 25 de septiembre de 1997, CIJ Recueil 1997, p. 55, párrafo 83); y que hicieron lo propio también otros órganos y tribunales internacionales posteriormente, como el TPIY en el asunto Kupreskic y otros (2000) (sentencia de 14 de enero de 2000 de la Sala de Primera instancia, Prosecutor v. Zoran Kupresic, Mirijan Kupresic, Vlatko Kupresic, Drago Jasipovic, Dragan Papic, Vladimir Cantic ("Lasva Valley"), causa N. IT-95-16-T), la Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea en el caso de los Prisoners of guerra (laudo parcial de 1 de julio de 2003, Prisoners of war. Eritrea’s claim 17) o el Órgano de Apelación de la OMC en diversos asuntos, como el de México-Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas (WT/DS308/R, de 7 de octubre de 2005).
2. Por lo demás la CDI ha considerado, en su *Proyecto de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales* (2011), “que no existe ninguna razón de peso para excluir categóricamente” el que una organización internacional pueda adoptar contramedidas o que una Organización responsable sea objeto de las mismas; ha entendido asimismo que en cuanto al objeto y límites de éstas “no hay aparentemente nada que justifique distinguir a este respecto entre las contramedidas adoptadas contra organizaciones internacionales y las dirigidas contra Estados”6.

| 3. **SU NATURALEZA PURAMENTE “INSTRUMENTAL”** |

1. Ya en 1996, al aprobar en primera lectura su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, la CDI se decantó por una concepción de las contramedidas “instrumental” y no “punitiva”7; y un año después, en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros* (1997), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) remachó la idea al darla por hecho en la regulación que el Derecho vigente hacía de las mismas8. La CDI hizo suyo este planteamiento tanto en el Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) como, en el año 2011, al aprobar de manera definitiva el relativo a la responsabilidad de las organizaciones internacionales9.

Descarta así la Comisión la tesis, presente en una fase anterior de sus trabajos, de que las represalias podrían jugar, respecto de ciertos ilícitos, una función punitiva desde la comisión misma de la violación10, idea mantenida en su día por el Relator del tema Roberto Ago y defendida aún por algunos internacionalistas.

---


9 “El Estado lesionado o la organización internacional lesionada solamente podrá adoptar contramedidas contra una organización internacional responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirla a cumplir las obligaciones que le incumben de acuerdo con lo dispuesto en la tercera parte, esto es, la obligación de reparar (artículo 51.1 del Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Informe CDI… A/66/10* cit., pp. 159-160).

2. El efecto cumulativo de las posiciones mantenidas por la CDI (1996, 2001 y 2011) y la CIJ (1997) parece determinante a fin de entender que la posición que ve en las contramedidas un “modo de hacer efectiva la responsabilidad” y no una de las consecuencias que genera la comisión de un hecho ilícito, es la que “refleja la opinión general sobre el estado actual del Derecho”11. En suma, las contramedidas son una reacción, contraria en principio al Derecho internacional, que este “justifica” con el fin de que los Estados u organizaciones internacionales lesionados por un hecho ilícito (y en ciertos supuestos también Estados u organizaciones terceros) fueren al culpable a pechar con las consecuencias que el Derecho internacional reserva para quienes quebranten sus normas. Naturalmente, la conexión de las contramedidas con el cumplimiento por el autor del ilícito de las normas secundarias que generan para él las nuevas obligaciones (cese, seguridades, reparación) da lugar a dos cuestiones adicionales: si las contramedidas tienen por objeto inducir al culpable a que acate sus obligaciones según las normas establecidas, resulta obvio que cumplidas éstas deben cesar (temporalidad pues) y, más aún, todo debe volver a la normalidad lo que exige que las contramedidas sean reversibles; la CIJ ha conectado asimismo, en el asunto Gabéikovo-Nagymaros (1997), la función puramente ejecutiva de aquéllas con la exigencia de su “reversibilidad”12. La CDI, inspirándose en la regulación de las consecuencias derivadas de la suspensión de los tratados13, determina en su Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones (2011), como lo hiciera en el relativo a la de los Estados (2001), que las contramedidas “se limitarán al incumplimiento temporal de obligaciones internacionales que el Estado o la organización internacional que tomen tales tengan con la organización responsable”14, pero también a que “en la medida de lo posible, las contramedidas se tomarán de manera que se permita la reanudación del cumplimiento de las obligaciones en cuestión”15.

11 First Report of the ILA Study Group pon the Law of State Responsibility (Submitted by the Chair of the Study Group to the Special Rapporteur and the Chair of the United Nations International Law Commission and the ILA Director of Studies, P. Malanczuyk, Chairman, La Haya, 8 june 2000, pp. 1-55 (http://www.ila.hq.org, párrafo 85).

12 CIJ Recueil 1997, p. 57 (párrafo 87).


15 Artículos 49.3 y 51.3 respectivamente de los Proyectos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado (Informe CDI... A/56/10, pp. 361 Y 366) y la de las organizaciones internacionales (Informe CDI... A/66/10, pp. 160 y 161)
| 4. LÍMITES Y CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN |

1. El Derecho internacional acoge esta figura, por lo demás, con el cuidado de mantener un equilibrio entre su aceptación (reflejo de una innegable realidad e instrumento que puede coadyuvar a la aplicación efectiva del Derecho) y la conveniencia de evitar abusos en su aplicación. Impone por ello al Estado u organización internacional que planeé adoptar contramedidas el cumplimiento de toda una serie de condiciones o requisitos de tipo “procesal” así como de ámbitos prohibidos a su acción:

4.1. De tipo procesal

2. Pese a las propuestas más valientes de su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado en primera lectura (1996)\(^\text{16}\), la CDI se ha decantado finalmente, tanto en su regulación definitiva de la responsabilidad del Estado (2001) como la de las organizaciones internacionales (2011) por una concepción más conservadora.

3. Así, y en cuanto a las exigencias previas a su adopción, las represalias sólo pueden dirigirse contra el autor del ilícito que causó un perjuicio a quien las desencadena, no contra terceros. Un Estado o una organización internacional que quieran adoptar contramedidas contra otro sujeto deben requerirle para que haga frente a su responsabilidad, notificarle que de no hacerlo tomará represalias, y ofrecerle negociaciones\(^\text{17}\):

A) Pese a que, en el marco del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001), algún miembro de la CDI consideró “prematura la notificación de las contramedidas antes de que se hubieran celebrado negociaciones [dado que] podría ser contraproducente informar al Estado responsable de las medidas concretas que iban a adoptarse”, el Comité de Redacción estimó que “era útil” y no resultaba “excesivamente gravosa para el Estado lesionado”; y en su Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (2011), la CDI se ha ratificado en esta exigencia\(^\text{18}\).

---

\(^{16}\) Artículos 47-50 y 58.2.

\(^{17}\) Artículo 55.1 y 2 del Proyecto sobre la responsabilidad de las Organizaciones (2011), Informe CDI... A/66/10 cit. (nota 6), p. 166.

\(^{18}\) Artículo 55.1 y 2 y comentario 2 al mismo, Informe CDI... A/66/10 cit., p. 166.
B) Por otro lado, algunos países parecían rechazar incluso la exigencia del requerimiento previo, pero la CDI con buen criterio la mantuvo, a lo que venía obligada desde que en el asunto Gabčíkovo-Nagymaros (1997) la CIJ considerara que, en aplicación del Derecho internacional general, “el Estado lesionado debe haber invitado al Estado autor del... ilícito a poner fin a su comportamiento... o a reparar”; la CDI ha entendido en fin que este requisito, denominado en ocasiones “conminación”, “parece también reflejar una práctica general”\(^\text{19}\).

C) Si la oferta de negociación no es atendida, se abre la puerta a la adopción de contramedidas. Incluso aunque se negocie y mientras un órgano o tribunal ante el que el asunto ha sido sometido no haya tomado alguna decisión al respecto con carácter vinculante, aquéllas son posibles. El intento de algunos miembros de la CDI de que se prohibieran, durante las negociaciones, todo tipo de represalias fue rechazado sobre la base de que esta posición no se había aceptado por el tribunal arbitral en el asunto relativo al Acuerdo sobre los servicios aéreos (1978)\(^\text{20}\). En suma, la Comisión descartó ir más allá de lo que el Derecho internacional general establecía, negándose a prohibir las represalias mientras dos sujetos están negociando para resolver el asunto que dio lugar a las mismas; pudiendo adoptarse incluso cuando las partes han sometido su conflicto a un tribunal capacitado para resolverlo de manera jurídicamente obligatoria pero este aún no ha tomado decisión alguna (ni provisional o cautelar ni definitiva)\(^\text{21}\).

4. El **condicionamiento formal o procesal de las contramedidas** en el Derecho internacional contemporáneo no se reduce a una serie de exigencias previas a su desencadenamiento sino que **opera también en cuanto a la forma de ejercerlas in**

\(^{19}\) **CIJ Recueil 1997**, pág. 56 (párrafo 84); comentario 3 al artículo 52 del Proyecto final (2001) (**Informe CDI... A/56/10** cit. [nota 3], p. 382). En su Proyecto de 2011 sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, la CDI se ratifica en el requisito (artículo 54.1 y comentario 2 al mismo (**Informe CDI... A/66/10**, p. 166).


\(^{21}\) Artículo 52.3 y 4 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (vid. comentarios 7 a 9 del mismo, **Informe CDI... A/56/10** cit. [nota 3], pp. 383-385) y artículo 55.3 del Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (comentario 3 al mismo, **Informe CDI... A/66/10** cit. [nota 6], p. 167).
actu. El Proyecto sobre la responsabilidad del Estado en primera lectura (1996) determinaba que “no debían ser desproporcionadas” en relación tanto con la “gravedad del hecho internacionalmente ilícito” como de sus “efectos sobre el Estado lesionado”. Todos los Gobiernos apoyaron su inclusión en el Proyecto y su naturaleza de codificación del Derecho existente. La CDI exigió en el texto del artículo 51 de su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) expressis verbis (asumidos por el artículo 54 del relativo a la responsabilidad de las organizaciones de 2011) tres criterios para medir la proporcionalidad: el perjuicio sufrido, la gravedad del hecho ilícito y el impacto de la contramedida sobre “los derechos en cuestión”, explicándose respecto de esta última frase que en ella se recogen los términos empleados por el Corte en el asunto Gabcíkovo (1997) y que alude tanto a los derechos del Estado (u organización internacional) lesionado como a los del autor del hecho ilícito, pudiendo abarcar además los derechos de otros Estados (u organizaciones) susceptibles de ser afectados. En el caso de las organizaciones internacionales, si el hecho ilícito lesiona directamente a la organización internacional como tal, es ésta (y no sus miembros) la que puede adoptar contramedidas; pero si resultaron lesionados tanto la Organización como sus Estados y organizaciones internacionales miembros, la regla de la proporcionalidad debe aplicarse igualmente, lo que llevaría a evitar “reacciones excesivas”.

4.2. De fondo

5. Ni por Estados ni por organizaciones internacionales, cabe la adopción de contramedidas que impliquen desconocer la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales, las de carácter humanitario que prohíben las represalias, ni, en general, las que supongan desconocer cualquier obligación imperativa. Jurisprudencia internacional contemporánea

22 Artículo 51 y comentarios 1 a 7 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) (Informe CDI... A/56/10 cit. [nota 3], pp. 376-380). El artículo 54 del Proyecto sobre las organizaciones internacionales (2011) es más sucinto, pero, como ya he apuntado, sus comentarios revelan que la CDI aplica a estas las misma ideas que maneja el artículo mencionado de su Proyecto de 2001 (comentarios núm. 1-4 al artículo 54, Informe CDI... A/66/10 cit. [nota 6], pp. 165-166).

23 Comentarios 4 al artículo 54 del Proyecto sobre las organizaciones, Informe... A/66/10, pp. 165-166.

ha ratificado, en alguno de sus elementos, esta disposición en su aplicación entre Estados\textsuperscript{25}.

6. Tampoco puede una organización internacional (ni un Estado) suspender, ni siquiera como contramedida:

A) De un lado, las obligaciones que tuvieren en virtud de cualquier procedimiento de arreglo de controversias con el Estado o la organización internacional autores del hecho ilícito. Esta disposición se refiere en particular a los procedimientos de arreglo relacionados con la controversia en cuestión y no con otros problemas que pudieran enfrentar a los sujetos implicados sin conexión con el conflicto que da lugar a las contramedidas. Dichos procedimientos serían aplicables pues y pertinentes tanto respecto de la controversia inicial sobre un hecho ilícito como en relación con el tema de si las contramedidas adoptadas como respuesta a éste son o no legítimas\textsuperscript{26}.

B) Y, de otro, tampoco pueden incumplirse, ni siquiera como contramedidas, las obligaciones a cargo del Estado o de la organización internacional lesionados que protejan la inviolabilidad de las misiones diplomáticas o consulares del Estado y su personal o la de los agentes, locales, archivos y documentos de la organización internacional autores del ilícito. Si se pudieran adoptar contramedidas contra los agentes diplomáticos o consulares, los locales o archivos de la misión, éstos se convertirían en rehenes del Estado u organización internacional que pretende responder al hecho ilícito previo cometido por otro, resultando así perjudicada la institución misma.

\textsuperscript{25} Así, el TPIY, en el asunto Kupresic y otros (2000) señaló expresamente con referencia a uno de ellos: “las represalias que consisten en la matanza de personas inocentes elegidas al azar, sin pruebas de su culpabilidad ni juicio alguno, son sin duda una violación fragrante de los principios más básicos relativos a los derechos humanos” (sentencia de 14 de enero de 2000 cit. [nota 5], párrafo 529). Y en el caso de los Prisoneros de guerra (2003), de la Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, también se hizo lo propio incluso con mayor concreción: “La suspensión por Etiopía de los intercambios de prisioneros de guerra no puede justificarse... como contramedida..., ya que, como destaca el artículo 50 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional..., dichas medidas no pueden afectar a las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales ni a las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias” (laudo parcial de 1 de julio de 2003 cit. [nota 5], párrafo 159).

\textsuperscript{26} Artículo 53.2. a) del Proyecto de 2011 sobre la de las organizaciones internacionales (Informe CDI... A/66/10 cit. [nota 6], p. 164).
de las relaciones diplomáticas y consulares que, por su importancia y función, debe preservarse siempre\textsuperscript{27}. Por lo demás, y aunque está claro que en su tenor literal esta restricción “es claramente inaplicable a las organizaciones internacionales” el razonamiento de fondo en que la misma se basa sí lo es, de modo que la CDI ha entendido igualmente que un Estado o una organización no pueden, como contramedida, dejar de cumplir las obligaciones sobre la inviolabilidad de los agentes de una organización, sus locales, archivos y documentos que respecto de ella tengan\textsuperscript{28}.

4.3. Particularidades en el caso de las organizaciones internacionales.

7. La naturaleza particular, en cuanto sujetos del Derecho Internacional, de las organizaciones internacionales, supone, de una parte, que estas van a beneficiarse de ciertas limitaciones que a los Estados y Organizaciones lesionados por un hecho ilícito se les imponen en cuanto a su derecho a adoptar contramedidas contra ella; pero también, y de otra, que el derecho de una organización internacional lesionada por el hecho ilícito de un Estado u otra organización a la adopción contra estos de contramedidas se verá limitado respecto del que los Estados tienen.

8. De algún modo, las organizaciones internacionales autoras de un hecho ilícito ven limitada la posibilidad de tener que soportar contramedidas por parte de un Estado u otra Organización. Estas limitaciones, que juegan en beneficio de las organizaciones internacionales, tienen que ver directamente con su naturaleza particular, muy diferente a la del Estado, como sujetos del Derecho internacional.

A) Por una parte, la CDI ha considerado que a la hora de adoptar contramedidas contra una organización, estas “en la medida de lo posible, (…) se tomarán de manera que se limiten sus efectos en el ejercicio por la organización internacional responsable de sus funciones”\textsuperscript{29}. La Comisión ha pretendido evitar con esta regla (sin

\textsuperscript{27} Artículo 50.2.b) y comentarios 14 y 15 del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001) (Informe CDI… A/56/10 [nota 3], pp. 374-376).

\textsuperscript{28} Artículo 53.2.b) y comentario 2 al mismo del Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (2011), Informe CDI… A/66/10 cit. (nota 8), p. 165.

\textsuperscript{29} Párrafo 4 del artículo 51 del Proyecto definitivo (2011).
por ello excluir totalmente la adopción de contramedidas contra las organizaciones) que las represalias adoptadas pudieran poner en peligro el cumplimiento por la organización responsable de sus objetivos y funciones. La norma propuesta es genérica pero la CDI argumenta, plausiblemente, que resultaba difícil precisar más en cuanto a las funciones que pudieran ser o no objeto de contramedidas. Parece claro que según la Organización de que se trate el ejercicio por su parte de ciertas funciones podrá ser más relevante para ella y para los Estados que la crearon y, acaso, para la misma comunidad internacional en su conjunto. Esto debería tenerse en cuenta por quien adopta las contramedidas, de modo que en lo posible estas se proyectasen de tal modo que el cumplimiento de las funciones más relevantes de la organización fuesen salvaguardadas.

B) En virtud del principio de cooperación leal que debe presidir en toda Organización las relaciones entre esta y sus miembros, algún miembro de la CDI estimaba que estos no pueden adoptar contramedidas contra una Organización de la que forman parte. No estuvo de acuerdo, a mi juicio con razón, la mayoría de sus miembros, pero sí entendieron estos, creo que de nuevo acertadamente, el mensaje que las observaciones de alguna organización internacional sobre esta particular cuestión en el sentido de que el principio de lealtad que vincula a Organización y miembros debería llevar a establecer ciertas restricciones al derecho de los miembros de una organización que se viesen obligados a imponer contramedidas a ésta.

Así, y en el caso de las que las Reglas de la Organización no hayan regulado la cuestión de la adopción de contramedidas entre Organización y sus miembros (de ser así a estas habrá que estar), las represalias que estos decidan no puedan ser incompatibles con dichas Reglas, ni podrán adoptarse de existir “medios

30 La Comisión no parece ser taxativa en cuanto a este deber: “No obstante, se puede considerar que esto supone una evaluación cualitativa de las funciones que resultarían más probablemente afectadas” (comentario 7 al artículo 51, Informe CDI... A/66/10 cit. [nota 6], p. 161).

31 La Comisión utiliza incluso el término “interés vital” (“El ejercicio de determinadas funciones por una organización internacional puede revestir un interés vital para sus Estados miembros y, en algunos casos, para la comunidad internacional”, comentario 7 al artículo 51, Ibidem.

32 La UNESCO por ejemplo; vid. comentario 2 al artículo 52, Informe CDI... A/66/10 cit. (nota 6), p. 162.
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

adecuados para inducir de otro modo a la organización internacional responsable a cumplir las obligaciones que le incumben en lo referente al cese de la violación y a la reparación” (artículo 52. 1. a y b). La expresión “medios adecuados” se refiere, precisa la CDI en sus comentarios: “a los medios lícitos que son proporcionales y ofrecen una expectativa razonable de inducir al cumplimiento en el momento en que el miembro se dispone a tomar contramedidas”

Podría ser el caso de las organizaciones internacionales que contaran con un órgano jurisdiccional que mediante decisiones vinculantes pudiera resolver los conflictos que surgiesen entre ellas y sus (Estados u Organizaciones) miembros.

9. También por su naturaleza particular como sujeto del Derecho Internacional, las organizaciones internacionales ven recortado (y no solo beneficiadas, según hemos visto en el párrafo anterior, por las limitaciones que al efecto se imponen a Estados y Organizaciones lesionados por un hecho ilícito por ellas cometido) su derecho a adoptarlas cuando sean ellas las lesionadas. El tema se plantea respecto de las contramedidas a adoptar por una Organización contra sus miembros, siendo este supuesto “el caso inverso” al examinado en el párrafo anterior. Como en éste, las Reglas de la Organización serán decisivas:

A) Por una parte en el sentido de que prohibiesen o limitase la aplicación de represalias contra los sujetos miembros; si tal fuera el caso, no habría más que hablar.

B) Por otra, debe tenerse en cuenta que si las Reglas de una Organización han previsto la imposición por la misma en ciertas circunstancias de sanciones a sus miembros por el incumplimiento que estos hicieran de sus disposiciones o del Derecho Internacional, tales medidas no podrían considerarse ilícitas, por lo que no podrían desde un punto de vista técnico jurídico ser calificadas de contramedidas; la propia CDI lo ha reconocido así en los comentarios al artículo 22 de su Proyecto (2011):

33 Añadiendo que “si el miembro no utiliza oportunamente los medios de tutela del derecho disponibles, el recurso a las contramedidas puede quedar excluido” (comentario 6 al artículo 52, Ibidem, p.163).

34 En este sentido, con referencia concreta a la Comunidad Europea y a su Tribunal de Justicia, la CDI en el comentario 7 al artículo 52, Ibidem..

35 La expresión es de la CDI (comentario 9 al artículo 52, Informe CDI... A/66/10 cit. [nota 6], p. 163).
“Las sanciones que una organización puede estar facultada para adoptar contra sus miembros conforme a las reglas de la organización son medidas lícitas de por sí y no se pueden asimilar a contramedidas”\textsuperscript{36}.

El problema se plantea, en realidad, cuando las Reglas de la Organización no han contemplado ni explícita ni implícitamente que esta pueda adoptar contramedidas contra sus miembros. Aunque un integrante de la CDI entendía que una organización internacional no podía en tal caso adoptar represalias alguna contra ellos, la Comisión más juiciosamente consideró que no había razón para adoptar esa opinión, bastando, sí, que la regla que estableciese la posibilidad de hacerlo fuese lo suficientemente prudente para que el derecho de la organización a exigir del miembro responsable que hiciese frente a su responsabilidad no supusiese una amenaza para la estabilidad de la Organización y el cumplimiento de sus funciones. Y así lo ha hecho\textsuperscript{37}.

\section*{5. CONCLUSIÓN}

1. En suma, a la luz de la doctrina sentada por la CDI en sus Proyectos sobre la responsabilidad de los Estados (2001) y de las organizaciones internacionales (2011), así como por la CIJ en el asunto \textit{Gabčíkovo-Nagymaros} (1997)\textsuperscript{38}, las contramedidas se caracterizan en el Derecho Internacional contemporáneo por las siguientes notas:

A) Se trata de comportamientos contrarios \textit{prima facie} al Derecho internacional que se adoptan como respuesta a un hecho ilícito previo.

B) Su única finalidad es la de incitar al autor del mismo a que cumpla las obligaciones que el Derecho Internacional de la Responsabilidad

\textsuperscript{36} Comentario 3 al citado artículo, \textit{Ibidem}, pp. 122-123.

\textsuperscript{37} Al exigir a la Organización que quiere adoptar contramedidas contra uno de sus miembros, y además del cumplimiento de los requisitos de fondo y forma aplicables, que se asegure que las misma “no sean incompatibles con las reglas de la organización” y que, adicionalmente, “no existan [otros, me permitiría yo añadir] medios adecuados para inducir de otro modo al Estado o la organización internacional responsables a cumplir sus obligaciones en materia de cesación de la violación y de reparación” (artículo 22.2.a, b y c). Vid. comentarios 1-7 al artículo 22, \textit{Informe CDI... A/66/10} cit. [nota 6], pp. 122-123).

\textsuperscript{38} \textit{CIJ Recueil 1997}, pp. 55-57 (párrafos 83-87).
le impone, por lo que deben ir precedidas de un requerimiento al efecto al Estado responsable; las contramedidas, pues, deben ser reversibles, para que una vez el Estado responsable haya hecho frente a su deber pueda ser restablecida la situación anterior a la violación.

C) Salvo las estrictamente provisionales y urgentes para la preservación de sus derechos, no pueden adoptarse contramedidas sin el requerimiento y la oferta de negociación apuntadas, no siendo por lo demás posibles (y de haberse desencadenado ya deben suspenderse) desde que el asunto se encuentre en manos de un tribunal capacitado para adoptar decisiones vinculantes y este ha decidido ya medidas cautelares o provisionales asimismo obligatorias.

D) Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido.

E) No pueden en ningún caso lanzarse contramedidas que impliquen el incumplimiento de las que la CDI denominó “obligaciones sacrosantas” que se recogen en el Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (2001) y en el que regula la responsabilidad de las organizaciones internacionales (2011) 39.

6. Y UN APÉNDICE: LA POSIBILIDAD DE QUE ESTADOS U ORGANIZACIONES INTERNACIONALES NO DIRECTAMENTE LESIONADOS POR UN ILÍCITO PUEDAN ADOPTAR REPRESALIAS CONTRA SU AUTOR

1. En el Derecho internacional clásico, las represalias sólo podían adoptarse por un Estado lesionado, esto es, el afectado directamente por el hecho ilícito de otro 40, pero el Derecho internacional contemporáneo cuenta, además de las obligaciones “bilaterales” con aquellas que sus sujetos contraen para con un “grupo de Estados” o para con la “comunidad internacional en su conjunto” 41. Siendo esto así, la violación

39 Comentario 1 al artículo 50 de su Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (2001) (Informe CDI… A/56/10 cit. [nota 3], p. 367); y artículo 53 con sus comentarios del Proyecto de 2011 sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (Informe CDI… A/66/10 cit. [nota 6], pp. 164-165). 

40 Así expresamente los comentarios 1 y 8 de los introductorios al capítulo II de la Tercera parte del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001).

de estas obligaciones no genera las mismas consecuencias que las derivadas de las que ligan a dos sujetos únicamente del Derecho internacional. La clave es el artículo 49 del Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones (2011), que recoge el contenido del artículo 48 del Proyecto de 2001 sobre la del Estado: en ambos, se faculta a Estados u organizaciones internacionales no lesionados a invocar la responsabilidad del autor de un ilícito si la obligación incumplida es “colectiva” o existente “con relación a la comunidad internacional en su conjunto”.

2. Dado que la CDI aceptó, en su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001), que Estados no afectados directamente por un ilícito ven (como los que lo son) conculcados también sus derechos por la violación de ciertas obligaciones internacionales y puesto que, como sabemos, los Estados directamente lesionados pueden, si el responsable no quiere hacer frente a sus obligaciones, aplicarle contramedidas (artículos 49 a 53), surgió inevitablemente la duda de si el Derecho Internacional permitiría a los Estados no directamente afectados por el ilícito cometido por otro que se muestra renuente a purgar éste, la adopción de contramedidas.

La CDI contestó afirmativamente dicha interrogante en el texto del Proyecto de artículos que aprobó provisionalmente en agosto del 2000\textsuperscript{42}. La hostilidad, sin embargo, de algunos de sus miembros a esta disposición fue tan notoria como la de varios Gobiernos en la Sexta Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, forzando a la CDI a renunciar a su decisión. Esta, finalmente, vino a decir: si según el Derecho internacional vigente, los Estados no directamente lesionados pueden adoptar contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación pues que lo hagan, pero si no es así no podrán hacerlo, Esto es lo que el artículo 54 del Proyecto definitivo de artículos (2001) transmite sin más:

“Este Capítulo no prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación, y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.

En suma, la CDI sustituyó su intento por ofrecer una regulación \textit{de lege ferenda} que buscara un equilibrio entre la conveniencia de no desarrollar demasiado

---

\textsuperscript{42} El artículo 54 (contramedidas tomadas por Estados que no sean lesionados), que “fundía” los artículos 50-A y 50-B propuestos por el Relator (\textit{Troisième Rapport sur la responsabilité des États, présenté par M. James Crawford, A/CN.4/507/Add.4, 1 août 2000}, pp. 1-34, pp. 26-27, párrafo 413).
progresivamente el Derecho de la Responsabilidad y la necesidad de asumir que las consecuencias de la violación de obligaciones multilaterales, en especial las debidas a la comunidad internacional en su conjunto, no pueden ser las mismas que las que se derivan de la de una obligación bilateral, sustituyó, digo, ese intento por una cláusula de salvaguardia (propuesta por el Reino Unido), con la que la Comisión se lava las manos respecto de esta particular cuestión. La decisión, después de tantos años de trabajo, de posponer el paso adelante que hubiera iluminado el tema de las contramedidas de terceros en caso de violación grave del Derecho internacional, ya respecto de un Estado ya en relación con víctimas no estatales (como los seres humanos y sus derechos), no me parece aciertada. ¿No era acaso posible decir en un texto de esta naturaleza lo que hace casi veinte años reconoció el Instituto de Derecho Internacional?, esto es, que en el supuesto de violaciones gravísimas por un Estado de los derechos humanos, otros pueden adoptar contramedidas no armadas\(^43\)? ¿Es mejor callar, y que una situación incierta regule los hechos?

Tal vez es cierto, sí, que la práctica existente no resultaba totalmente definitiva. El examen que el Relator Especial, James Crawford, llevó a cabo sobre la adopción de “medidas” que en la práctica Estados no directamente lesionados han tomado contra otro al que se considera culpable de violar obligaciones establecidas para con la comunidad internacional en su conjunto, le condujo a una valoración cautelosa\(^44\). Para la CDI misma, esta práctica es “incierta”, “escasa y concerniente a un número limitado de Estados”, de ahí que concluyese entendiendo que:

“en la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el artículo 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo”, por lo que “en consecuencia, no es apropiado incluir en los presentes artículos...”\(^45\).

\(^43\) Resolución de Santiago de Compostela de 13 de septiembre de 1989 sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, artículo 2, párrafos 2\(^\circ\) y 3\(^\circ\) (Annuaire de l’IDI. Résolutions 1957-1991, París, Pédone, 1992, pp. 207-212).

\(^44\) Básicamente, por tres razones: la práctica estaba dominada, parece creer, por un grupo de Estados (el occidental); era selectiva pues en casos similares a los que provocaron la «intervención» nada se hizo; y no siempre era posible entender o justificar las reacciones de los Estados terceros como «contramedidas», sino más bien como actos de mera «retorsión» o, incluso, cobijándose bajo la figura del «cambio de circunstancias» como causa de denuncia, terminación o suspensión de los tratados (A/CN.4/507/Add.4, 1 de agosto de 2000, pp. 14-23, párrafos 391-406). También las reproduce la CDI en sus comentarios 3 y 4 al artículo 54 (Informe CDI... A/56/10 cit. [nota 3], pp. 387-392).

\(^45\) Comentarios 3 y 6 al artículo 54 (Informe CDI... A/56/10 cit., pp. 387 ss.).
Hay quien ha apoyado la decisión a fin de no dar “a los actores poderosos demasiado fácilmente la posibilidad de regularizar como policial su posición”\(^{46}\). Personalmente, me parece que lo que la CDI ha hecho en este tema es huir hacia delante (…). Existe hoy una tendencia clara y, con toda probabilidad, no únicamente tan “occidental” como la CDI afirma\(^{47}\), que defiende el derecho de Estados y organizaciones terceros (al menos de los primeros) a adoptar contramedidas en casos de violaciones flagrantes o sistemáticas de normas de importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto, por lo que la conveniencia de regular de lege ferenda esta zona gris parecía razonable. Dado que en relación con las crisis humanitarias más graves no podemos ver en Naciones Unidas un socio (siempre) fiable, el cese de genocidios o limpiezas étnicas hubiera podido encontrar en una regulación de las contramedidas un arma considerable, capaz acaso de provocar la reacción institucional, preferible sin duda, de la ONU, sobre todo ahora que parece que el reconocimiento hecho en el 2005 por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la existencia de una obligación internacional de proteger, a cargo incluso llegado el caso de la comunidad internacional en su conjunto, que habilitara a esta a adoptar las medidas necesarias, por medio del Consejo de Seguridad de dicha Organización, para impedir catástrofes humanitarias del tipo de los genocidios o las “limpiezas étnicas”, parece irse disolviendo (…).

3. En el Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones (2011), la CDI ha mantenido la regulación prevista para los Estados con relación a estas, estableciendo que sus disposiciones no prejuzgan el derecho de los Estados y organizaciones internacionales no lesionados, en los casos de violación de obligaciones colectivas o para con la comunidad internacional en su conjunto (artículo 48 del Proyecto de 2001 y 49 del relativo a la responsabilidad de las organizaciones), para adoptar contramedidas contra el Estado u organización autores de tal violación (artículo 57).

La opción de no prejuzgar la cuestión, en este supuesto, se adopta sobre la base de que no hay, en rigor, práctica existente que pueda citarse; desde este punto de vista, su decisión de no comprometerse en la formulación de una regla

---


\(^{47}\) ¿O es que no la han practicado también, por ejemplo, los Estados africanos respecto de una Sudáfrica con un régimen que aplicaba el apartheid; incluso Gobiernos hostiles a aceptar la idea de contramedidas de terceros, como Polonia, reconocía que “en el Derecho internacional contemporáneo hay cierta tendencia en esa dirección…” (A/CN.4/515/Add.2., p. 20).
puede entenderse mejor que la adoptada en el caso de los Estados. De hecho, la CDI precisa que ésta:

“no ofrece ejemplos de contramedidas tomadas por Estados u organizaciones internacionales no lesionados contra una organización internacional responsable” (aunque sí aporta uno en el que una organización internacional no lesionada tomó represalias contra un Estado) 48.

Lo cual no impide el que la Comisión afirme lo siguiente:

“la ausencia de práctica en materia de contramedidas no puede llevar a la conclusión de que la adopción de contramedidas por Estados u organizaciones internacionales no lesionados sería inadmisible” 49.

Todo esto nos deja sin embargo con la espina de la duda, generada ya por el Proyecto sobre la responsabilidad del Estado (2001), tan clavada o más en la garganta. ¿Cómo debemos valorar o entender jurídicamente ese aserto de que “la ausencia de práctica… no puede llevar a la conclusión” de que la adopción de contramedidas por sujetos terceros “sería inadmisible”. Si la ausencia de práctica (se refiere claro al caso de las organizaciones internacionales pues en el de los Estados esta existe con claridad) no justifica per se la inadmisibilidad de las contramedidas de terceros, ¿no hubiera sido lógico el que la Comisión hubiera regulado la cuestión mediante una disposición en la que, advirtiéndose con todas las señales luminosas por usar, su naturaleza de desarrollo progresivo, se hubiese establecido una norma clara al efecto?

El estudio que de la práctica llevó a cabo la CDI, en el marco de su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado (2001), acerca de las contramedidas de terceros en el caso fundamentalmente de violación grave de normas imperativas y que, al enjuiciarla de “escasa” y “embriónica” (sic) (“por embrionaria”), concluyó con una doble negativa por su parte, la de ver en ella una norma de Derecho Internacional así como la proponer al

48 Es el caso, afirma, de las medidas tomadas por el Consejo de la Unión Europea contra Birmania/Myanmar en vistas de las “violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en Birmania”, según se recoge en el Diario Oficial de la Unión Europea, L 122, de 24 de mayo de 2000, pp. 1 y 29 (comentario 2 al artículo 57, Informe CDI… A/66/10 cit. [nota 6], p. 168).

49 Comentario num. 2 al artículo 57, Ibidem.
respecto y con base en aquella una norma *de lege ferenda*, ha sido reiniciado y profundizado posteriormente por la doctrina, que ha extendiendo, además, su análisis a supuestos y casos adicionales a los que la Comisión consideró. Estos trabajos argumentan en mi opinión de modo convincente para poder afirmar que la tendencia que la CDI reconociera, por la que Estados no lesionados directamente por la violación de normas de importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto se consideraban legitimados para adoptar contramedidas, ha proseguido con claridad particularmente después de que la Comisión incluyera en su Proyecto de artículos (2001) disposiciones especiales para el caso de violación de obligaciones *erga omnes*. De modo que la práctica en cuestión ni puede decirse ya que es “escasa” ni “embriónica” (sic) ni tampoco que sea exclusivamente “occidental”; decisiones y recomendaciones en este sentido de la OEA, la UA (OUA antes) o la Liga de Estados Árabes lo prueba. El análisis de la práctica llevado a cabo muestra también otros dos datos de sumo interés: sólo excepcionalmente, los terceros que recurren a contramedidas en tales situaciones han intentado justificar estas con consideraciones (no jurídicas) sino de tipo político y/o moral; práctica esta que, como regla general, no ha generado protestas generalizadas por parte del resto del mundo.

También el Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 27 de agosto de 2005, entiende que en casos de reconocimiento generalizado de violaciones graves de obligaciones *erga omnes*, todos los Estados con los que se tiene la obligación pueden “tomar contramedidas no armadas en condiciones análogas a las que se aplican a los Estados especialmente afectados”.

4. En suma, que parece posible afirmar la existencia de práctica reiterada, constante y uniforme llevada a cabo y aceptada en términos generales con el convencimiento de su obligatoriedad jurídica, en apoyo del derecho al menos de los Estado no directamente afectados por la violación inequívoca de obligaciones derivadas de normas imperativas a lanzar contramedidas (que respeten los límites y condiciones que para las mismas determina el Derecho Internacional) contra el autor de aquellas para obligarle a cesar en su conducta,


51 *Ibidem*, pp. 201-209.

52 Artículo 5 de la resolución sobre “Las obligaciones y derechos *erga omnes* en Derecho Internacional”, (http://www.idi-ill.org).
a que, en su caso, preste garantías y seguridades de no repetición y, además, a que repare al Estado u organización internacional lesionados o, en su caso, a los beneficiarios de la obligación violada por los perjuicios causados.

En el caso de las organizaciones internacionales, no parece posible hacer esta misma afirmación: de una parte, porque como la propia CDI ha reconocido, no hay práctica suficiente en esta sentido de estas y, de otra, porque la CDI ha establecido que no todas las organizaciones pueden, en el caso de no resultar directamente lesionadas por la violación grave de normas imperativas, invocar la responsabilidad del autor, sino solo aquellas que según las Reglas de la Organización tienen entre sus funciones “la salvaguardia de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto”\(^{53}\).

\(^{53}\) Artículo 49.3 del Proyecto (2011) y comentarios 10 y ss. (Informe CDI... A/66/10 cit. [nota 6], pp. 158-159).
El derecho a una buena administración: ¿un nuevo derecho frente al poder?

Cristina Hermida del Llano
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN:
¿UN NUEVO DERECHO FRENTE AL PODER?

La Constitución española de 1978 no recoge de forma explícita en su texto normativo ningún principio o derecho a la buena administración. Sin embargo, si se observan los principios constitucionales relativos a la actuación de los poderes públicos se rastrean algunos de los rasgos esenciales de esta noción. En este sentido, se puede corroborar cómo existe un paralelismo entre los objetivos que se proponen para el principio de la buena administración y aquellos compromisos constitucionales que tratan de materializar el modelo de Estado social y democrático de derecho en España. Así, por ejemplo, si tenemos en cuenta que un rasgo distintivo del principio de buena administración es la calidad gerencial en el funcionamiento de los poderes públicos, ésta encuentra su apoyo normativo mediante el cumplimiento de los principios que se recogen en el art. 9.3 CE: legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad.

El hecho de que se omita una referencia expresa a la buena administración no impide su reconocimiento como parte del contenido interpretativo de otra serie de principios constitucionales, concretamente, de los que aparecen dentro del Título dedicado al Gobierno y a la Administración. Así, por ejemplo, el art. 103, ubicado en el Título IV de la norma fundamental española bajo la rúbrica <<Del Gobierno y de la Administración>> (arts. 97-107), se encarga de diseñar los criterios que deben regir la actuación del conjunto de las entidades de derecho público a través de un catálogo de principios afines sin duda a la idea de una buena administración: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y legalidad administrativa. Por ello, se ha venido considerando este precepto como la norma “cabecera de la opción constitucional en esta materia”.

En esta línea se ha pronunciado RUIZ-RICO: “Si se analizan uno a uno esos parámetros constitucionales, de referencia ineludible para los organismos públicos, se obtendría un perfil bastante preciso de un modelo de Administración cercana a los ciudadanos, escrupulosa con la legalidad, discrecional pero no arbitraria, eficiente en la dialéctica medios–resultados, flexible en la aplicación de las normas. En definitiva, el art. 103.1 estaría definiendo implícitamente los fundamentos normativos de una good administration”.

1 RODRÍGUEZ ARANA, J., <<El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo>>, El derecho a una buena administración y la ética pública (Coordinadores) ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M. Y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 91. Un análisis exhaustivo de este precepto constitucional se encuentra en las páginas 91-92.

2 Vid. RUIZ-RICO, G., <<El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria>>, El derecho a una buena administración y la ética pública, op. cit., p. 56.
Ahora bien, la Constitución española no se limita a reconocer principios que deben orientar el funcionamiento de una serie de instituciones y órganos administrativos y sus relaciones con la ciudadanía, sino que intenta garantizar además otro de los presupuestos fundamentales de una buena administración, al configurar espacios institucionales para la participación de los ciudadanos. Tengamos en cuenta que, tal y como ha precisado RODRÍGUEZ ARANA, “los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben bienes y servicios públicos del poder sino actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas”\(^3\). En apoyo de esta afirmación, por ejemplo, el art. 129 CE exige al legislador la tarea de establecer <<formas de participación>> ciudadana <<en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general>>.

En realidad, la eficacia que tenga esta colaboración social tendrá una trascendencia no sólo jurídica o procedimental sino también política. De este modo, el precepto que contempla en la norma fundamental una tímida democratización administrativa, -art. 105 a) y c) CE- al reconocer un derecho de audiencia directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley <<en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; así como en el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos>>, puede tener un alcance político importante.

La dirección política del conjunto de Administraciones Públicas se encuentra obligada a canalizar las demandas de los conocidos como “intereses difusos”. La forma de presionar por parte de estos colectivos sociales hacia las instituciones políticas y entidades administrativas convierte a veces un trámite procesal, como es el de la audiencia de los ciudadanos afectados por un acto o decisión administrativa, en una herramienta clave de participación ciudadana que puede llegar a condicionar la toma de decisiones efectiva en torno a cuestiones de considerable repercusión para el conjunto de la sociedad. De este modo, el derecho de información al igual que el derecho a personarse en los procedimientos administrativos de cualquier naturaleza dejan de ser una mera formalidad procesal, preceptiva pero en apariencia nunca vinculante, para representar un criterio de evaluación política, sobre todo si las medidas que se intentan adoptar por la Administración carecen del respaldo social en la posición manifestada en la fase de audiencia de cara a la implantación de determinadas normas o actuaciones administrativas\(^4\).

\(^3\) RODRÍGUEZ ARANA, J., <<El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo>>, El derecho a una buena administración y la ética pública, op. cit., p.78.

\(^4\) Vid. RUIZ-RICO, G., <<El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria>>, El derecho a una buena administración y la ética pública, op. cit., pp. 57-58.
Los instrumentos a partir de los cuales se articula la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos representan un objetivo que puede alcanzarse en el marco del Estado democrático de derecho, a través de diversos cauces institucionales de fórmulas de democracia participativa (referéndum, consultas populares, participación de intereses difusos en la organización administrativa, tele-democracia). Sin embargo, la aplicación de este tipo de fórmulas de colaboración social, aun cuando sirven para mejorar la calidad democrática del sistema parlamentario de gobierno –especialmente a escala territorial municipal–, entraña un doble riesgo de carácter político y jurídico que conviene tener en cuenta.

En primer lugar, el principio básico de responsabilidad en el proceso de dirección e implementación política puede peligrar. Cuando los grupos representativos de la sociedad civil intervienen en los procesos decisorios de las instituciones públicas se convierte en una tarea bastante complicada intentar asignar responsabilidades bien al éxito o fracaso de la acción política. En segundo lugar, los sujetos institucionales a quienes se atribuyen formalmente las competencias y potestades administrativas pueden utilizar como argumento para defenderse frente al resultado ineficaz de su actuación política el hecho de que se hayan entrometido intereses sectoriales o corporativos que pueden entrar en conflicto con el interés general que es, en suma, el que debería orientar el ejercicio de poder de las instituciones públicas.

Desde un punto de vista jurídico, el traspaso de una cuota de poder de decisión a favor de la sociedad civil o de organizaciones sociales portadoras de demandas colectivas genera otro riesgo de naturaleza jurídico-constitucional. El punto de inflexión de esta cuestión tiene mucho que ver con el denominado “principio de indisponibilidad” de las competencias constitucional y legalmente conferidas. En el caso de España, la autonomía política y administrativa del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios está investida de un contenido prescriptivo, de tal manera que no cabe la transferencia de la titularidad de las funciones encomendadas por la Constitución o derivadas del principio de autonomía constitucionalizado. Precisamente por eso la posibilidad de “compartir” con la sociedad civil, a través de fórmulas cooperativas, el desempeño de funciones propias cabe tan solo en la dimensión ejecutiva, esto es, en la implementación de las decisiones políticas y administrativas.

\[5\] Vid. Ibídem, pp. 58-59.

\[6\] Vid. Ibídem, p. 59.
LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO NUEVO DERECHO FRENTE AL PODER

El reconocimiento normativo del derecho fundamental a la buena administración ha partido de la Recomendación nº R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas así como de la jurisprudencia tanto comunitaria como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia en el ámbito europeo ha ido paulatinamente configurando el contenido de este derecho fundamental a la buena administración “atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea”\textsuperscript{7}.

El Tratado de Lisboa ha dado rango de Derecho primario, y por tanto ha dotado de fuerza jurídica vinculante, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo art. 41 se recoge el derecho a una buena administración\textsuperscript{8}. La reforma administrativa de la Administración General del Estado español ha venido condicionada tanto por el art. 41 como por el art. 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Ambas disposiciones han trazado, sin lugar a dudas, un canon europeo destinado a impulsar la maquinaria administrativa española.

Teniendo en cuenta los trabajos preparatorios de la Carta de Niza, se podría concluir que existe cierto paralelismo entre el derecho a una buena administración

\textsuperscript{7} RODRÍGUEZ ARANA, J., <<El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo>>, \textit{El derecho a una buena administración y la ética pública}, op. cit., p. 104.

\textsuperscript{8} El art. 41 de la Carta se expresa en los siguientes términos:
1.- Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2.- Este derecho incluye en particular: a) El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3.- Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4.- Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.
y el derecho a la tutela judicial efectiva (“derecho a una buena justicia”), derecho éste que sí recoge explícitamente la Constitución Española en su Sección 1ª, Capítulo I, Título I. Pensemos que tanto uno como otro constituyen <<derechos civiles>> que se sitúan en uno de los cuatro estadios en los que JELLINEK trazaba la afirmación de los derechos públicos subjetivos, esto es, el status civitatis\textsuperscript{9}, en el que los ciudadanos quedan facultados para ejercitar pretensiones frente al Estado, lo que equivale a reclamar un comportamiento positivo de los poderes públicos para la defensa de los derechos civiles. Como ha apuntado TOMÁS: “En realidad, el derecho a una buena administración abarca otros subderechos o garantías frente a la Administración, afirmación que ciertamente no persigue en absoluto reconducir dicho derecho a un terreno eminentemente liberal como clásico derecho frente al poder, sino enfocarlo como un derecho que se ejerce frente y ante la Administración en el marco del contemporáneo Estado social y democrático de Derecho, es decir, tanto frente a la Administración de modo directo como, indirectamente, ante ella con apoyo en la noción de acción positiva u obligación positiva”\textsuperscript{10}.

Desde una perspectiva política, la incorporación del derecho a una buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha contribuido a reforzar la condición de ciudadano frente a las instituciones de la UE y frente a los organismos internos cuando apliquen el Derecho de la Unión, lo que a su vez ha traído consigo las siguientes consecuencias:

1) El derecho a la buena administración representa un derecho novedoso comprendido en el núcleo de la <<<Ciudadanía>>>, junto a otros derechos que se reconocieron ya anteriormente, con motivo del Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992\textsuperscript{11}. Como explica RODRÍGUEZ ARANA, “el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una


\textsuperscript{10} TOMÁS MALLÉN, B., El derecho fundamental a una buena administración, INAP, Madrid, 2004, p. 30.

\textsuperscript{11} Sobre los derechos asociados a la idea de ciudadanía, recomiendo la lectura de GIL-ROBLES, J. M. (Dir.), Los derechos del europeo, Ed. Incipit, Madrid, 1993.
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada”12.

En realidad, los <<subderechos>> o facultades comprendidos en ese derecho a una buena administración ya estaban en parte consagrados en el Derecho comunitario (originario y derivado) y en la jurisprudencia comunitaria. El hecho de que se haya reconocido con autonomía a este derecho tiene “el interés de dotar de unidad a una serie de derechos de que goza el ciudadano como administrado ante las instituciones y órganos de la Unión Europea, y ante las instituciones y órganos nacionales cuando actúen incorporando o cumpliendo las exigencias comunitarias”13. Tengamos en cuenta que una parte importante de las Leyes españolas incorporan Derecho comunitario, a lo que hay que sumar que la mayor parte de la acción de las Administraciones Públicas españolas tiene mucho que ver con la ejecución administrativa interna del Derecho comunitario. El hecho de que se haya incorporado el derecho a una buena administración al Tratado de Lisboa genera una mayor garantía frente a la actuación administrativa y una extensión del control judicial de los fines a que está sometida la Administración española, según el art. 106.1 de la norma suprema, sin descartar incluso la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (potenciada a través del denominado <<recurso mixto>>).

2) La entrada en el catálogo de derechos del derecho a la buena administración constituye un reforzamiento de la posición del ciudadano y sus derechos, tratando de colocar a la ciudadanía como verdadero protagonista del proceso de construcción europea. Como ha observado LÓPEZ GARRIDO, la democracia representativa necesita ser complementada con lo que Habermas, Cohen y otros, llaman democracia deliberativa, o sea, “aquella que concede una igual y efectiva oportunidad de participar en el proceso de formación de la voluntad política. La deliberación no puede ser dejada sólo a las élites, sino ampliarse a las asociaciones que son la base de la sociedad”14.

12 RODRÍGUEZ ARANA, J., <<El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo>>, El derecho a una buena administración y la ética pública, op. cit., p. 93.

13 TOMÁS MALLÉN, B., El derecho fundamental a una buena administración, op. cit., p. 45.

14 LÓPEZ GARRIDO, D., <<El retorno de la democracia militante>>, Sección de Opinión de El País, 23 de mayo de 2003, p.16.
No se puede despreciar la labor llevada a cabo por el Defensor del Pueblo Europeo que ha contribuido a la positivación de este derecho a la buena administración tanto en sus aspectos procedimentales como en su faceta institucional. De hecho, el Defensor del Pueblo Europeo ha luchado por que se implantase en las instituciones comunitarias un Código de buena Conducta Administrativa. Resultado de su ardua labor fue la aprobación el 6 de septiembre de 2001, por el Parlamento Europeo, del Código de Buena Conducta Administrativa dirigido a las instituciones y órganos de la Unión Europea\textsuperscript{15}. No hay que perder de vista que como garantía del art. 41 de la Carta, el art. 43 reconoce a todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, el derecho a someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

El derecho a la buena administración, por estar inserto dentro del catálogo de derecho de la UE, cumple como el resto de los derechos allí proclamados una función de justificación del poder político. Pensemos que en toda la tradición liberal/democrática, el poder político es justificable cuando existe para salvaguardar ciertos valores que se consideran básicos e irrenunciables y no para conseguir otros fines últimos, tales como la unidad religiosa, la pureza racial o la prosperidad económica. Fue así la preocupación por garantizar ciertas <<necesidades morales básicas>>, en sentido rawlsiano\textsuperscript{16}, lo que provocó el nacimiento de los derechos fundamentales, convirtiendo al mero poder desnudo o fáctico en un poder dotado de legitimidad. De hecho, los derechos

\textsuperscript{15} El origen de este Código se remonta al año 1998 cuando el Defensor de Pueblo Europeo inicia una investigación de oficio para determinar si las instituciones y órganos comunitarios contaban con un código de buena conducta administrativa aplicable a las relaciones de sus funcionarios con los ciudadanos. Como consecuencia de esta intervención distintas instituciones y órganos comunitarios comienzan a elaborar diversos códigos de conducta y precisamente esta diversidad es lo que lleva al Defensor del Pueblo Europeo a proponer la creación de un Código único que pudiera convertirse en “derecho administrativo europeo”. Sobre ello, vid. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., “El Defensor del Pueblo Europeo y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa”, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 69, 2008, pp. 263-278. En cuanto a la forma en que completa el Código a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vid. AVILA RODRÍGUEZ, C. M., El derecho a una buena administración y la ética pública, op. cit., pp. 140-143.

\textsuperscript{16} Vid. BAYÓN MOHINO, J. C. en La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 442, en relación con la tesis de Rawls de que los bienes primarios son cosas generalmente requeridas o necesitadas por los ciudadanos en tanto que personas morales libres e iguales.
fundamentales aparecen en un determinado momento histórico como respuesta a nuevas y justificadas demandas sociales, jurídicas y políticas en forma de <<necesidades básicas>>\(^{17}\).

El derecho a una buena administración no persigue en absoluto conducir este derecho a un terreno eminentemente liberal como clásico derecho frente al poder, sino –insisto– enfocarlo como un derecho que se ejerce frente y ante la Administración en el contexto del Estado social y democrático de Derecho, esto es, tanto frente a la Administración de forma directa como, indirectamente, ante ella mediante las ideas de acción positiva y obligación positiva. No olvidemos que en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, la Administración se determina, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional español en la sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales.

La teoría institucional del derecho en
Neil MacCormick y Ota Weinberger

Isabel Victoria Lucena Cid
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO EN NEIL MACCORMICK Y OTA WEINBERGER

1. INTRODUCCIÓN

La investigación sobre el institucionalismo jurídico se entronca con un debate histórico y multidisciplinar para responder a múltiples cuestiones: ¿qué es una institución? ¿cuál es su naturaleza normativa? ¿qué función social cumple? ¿cuáles son sus límites? Las instituciones juegan un papel esencial en nuestras vidas. Muchas de las actividades que realizamos cotidianamente están influenciadas directa o indirectamente por las instituciones. El trabajo, las relaciones contractuales, el dinero, el control o la seguridad social, etc., son fenómenos institucionales que estructuran, y en muchos casos determinan, nuestra acción imponiéndole deberes y obligaciones. Pero también es cierto que las instituciones amplían nuestras perspectivas y nos permiten desarrollar actividades que serían imposibles sin ellas. Por ejemplo, no sería posible votar si no existiesen instituciones políticas que garantizasen el derecho al voto, así como el derecho a la educación, a la libertad de expresión, etc. La influencia que las instituciones ejercen sobre nosotros se debe en parte a su fuerza normativa. Las instituciones nos obligan, nos facultan, nos prohíben ciertas acciones en determinadas circunstancias, y por otro lado, definen lo que hacemos. Nuestra acción adquiere significado o estatus en el contexto institucional cuando conceptualizamos lo que hacemos en términos de categorías institucionales. Las instituciones tienen, por tanto, una dimensión conceptual y normativa que dotan de contenido y significado a nuestras conductas.

Dentro del ámbito de la reflexión iusfilosófica, encontramos en la teoría institucionalista del derecho una expresión actual del positivismo jurídico que representa una teoría del derecho impura o post-positivista. Desde este punto de vista, el derecho, al igual que otros órdenes normativos, adquiere significado siempre y cuando sea recreado recurrentemente en el marco de las prácticas y actividades de sociedad. La teoría institucional del derecho mantiene la idea de que las normas, fines y valores no representan fuerzas organizadoras o justificadoras lógicamente anteriores a la realidad social, sino que más bien, son sistemas de deliberación y control constituido a través de la acción e interacción social. Como sostiene Bengoetxea, un ordenamiento institucional está relacionado con el tipo de agencias que crean, ejecutan y adjudican sobre la base de normas que pertenecen al orden en cuestión y que reconocen como válidas de tal orden¹.


| 2. NORMAS E INSTITUCIONES: UN DEBATE ABIERTO |

El término institución tiene una larga historia cuyos orígenes tendríamos que buscarlos en la Antigua Grecia, Platón, Montesquieu o las diferentes escuelas de filosofía social del siglo XVIII. El desarrollo del análisis positivista en el siglo XIX favoreció que este concepto se convirtiese en un término esencial para describir y explicar las características fundamentales de la estructura y el orden social. Del mismo modo, en el ámbito de la filosofía y la sociología jurídica la reflexión sobre el concepto, la naturaleza y el lugar que ocupan las instituciones en el entramado social, ha tenido y mantiene hoy día un lugar destacado.

---

1Sobre los orígenes del pensamiento institucional véase el primer capítulo titulado “La institución en la filosofía del derecho” en LOURAU, René, 1975, *El análisis Institucional*, Buenos Aires: Amorrortu editores, pág. 27 y ss.


En la mayoría de los estudios actuales sobre la relación entre institución y derecho existen tesis discrepantes que nos remiten a dos perspectivas distintas. Por un lado, nos encontramos con los principios que defiende el institucionalismo clásico y, por otro, el denominado neo-institucionalismo. A pesar de las sustantivas diferencias teóricas, ambas abordan el fenómeno institucional con la intención de encontrar un principio universal que explique la naturaleza de las instituciones y el papel que juegan las normas en su constitución. La cuestión se reduce a un debate sobre “si las reglas de derecho crean las instituciones, o si en cambio las instituciones engendran las reglas del derecho”\(^6\). Para abordar esta discusión, examinaremos uno de los aspectos más disonantes e irreconciliable entre ambas concepciones, nos referimos al antinormativismo del institucionalismo clásico y que supone una de las críticas más importantes del neo-institucionalismo de MacCormick y Weinberger a las teorías clásicas\(^7\).

El institucionalismo clásico no niega la importancia de las normas jurídicas dentro de la configuración del ámbito institucional, simplemente emplaza a las normas a un plano secundario dentro de una instancia superior, este es el caso de Hauriou y Santi Romano, aunque con diferencias. El planteamiento institucionalista de Hauriou, y muy particularmente el antinormativismo que le

---

\(^6\) Hauriou, M. 1947, _La teoría de la institución y de la fundación. Ensayo de vitalismo social_, Buenos Aires: Surco.

caracteriza, han sido duramente criticados desde aquellos sectores que sostienen que el derecho no es tanto el ente social como la norma con arreglo a la cual la sociedad funciona. Uno de los exponentes contemporáneos de las críticas al institucionalismo clásico es Ota Weinberger. Este autor sostiene que el gran error de las teorías institucionalistas clásicas consiste, precisamente, en relegar el protagonismo de las normas a un segundo plano, negándoles así su carácter constitutivo de la realidad institucional y del derecho como institución. Por el contrario, aunque con matices diferenciadores, como tendremos ocasión de ver a lo largo que las páginas que se siguen, Weinberger y MacCormick o Dick W. P. Ruiter, entre otros autores, defienden que el núcleo constitutivo de toda institución se identifica con un conjunto de normas, siendo las normas las condiciones necesarias que explican la naturaleza y función de las realidad institucional.

3. EL ORDENAMIENTO NORMATIVO INSTITUCIONAL DE NEIL MACCORMICK Y OTA WEINBERGER

La distinción entre normas que confieren poderes y normas que establecen deberes es insertada por MacCormick en su teoría institucional del derecho. La fórmula general de una norma que produce un poder se presenta de la siguiente manera: "Si una persona que tiene las cualidades q realiza el acto a por el procedimiento p y si las circunstancias son c, entonces existe una instancia...

---


9 Ruiter propone una concepción neo-institucionalista del derecho según la cual los elementos constitutivos de un ordenamiento jurídico son "hechos institucionales legales" Véase RUITER, Dick, W. P. 1993, Institutional Legal Facts, Dordrecht: Kluwer

válida de la institución \( P \)\(^{11}\). Una “instancia válida de la institución” sería, por ejemplo, un contrato válido, o un testamento válido. Aquí nos interesa subrayar que –de manera semejante a lo que ocurre con la definición de Atienza y Ruiz Manero– resulta un elemento clave la presencia de un acto jurídico voluntario, pues para definir las normas que confieren poderes hay que identificar previamente normas institutivas o terminativas de instituciones y distinguir entre las que dan fuerza a actos voluntarios y las que no\(^ {12} \). En las páginas que siguen examinaremos algunos aspectos relacionados con la caracterización que hacen MacCormick y Weinberger del positivismo jurídico institucionalista.

### 3.1. Algunos aspectos generales del institucionalismo jurídico de MacCormick y Weinberger

Frente a una concepción que entiende el derecho como un conjunto de normas (normativismo) y otra que postula que el derecho es un conjunto de hechos sociales empíricamente verificables (realismo), la teoría institucionalista del derecho pretende ofrecer una vía intermedia que destaque el papel de las normas en el mundo del derecho pero sin caer en el idealismo, y que sea capaz, a su vez, de dar cuenta de los hechos jurídicos sin caer en el reduccionismo facticista. La obra de MacCormick y Weinberger propone una reflexión sobre el normativismo entendido en clave realista. Una reflexión que nos proporciona una visión de las normas como ingredientes indiscutibles de la realidad social\(^ {13} \) y dentro de ella de la realidad institucional.

La posición metodológica que asumen ambos autores les acerca a los postulados que defiende H. Hart en su *Concepto del derecho*, más que a la pureza teórica kelseniana. Al igual que Hart, su interés no se centra en reformar el derecho, sino indicar las claves filosóficas que sustentan la práctica jurídica. En opinión de Pintore, MacCormick intenta realizar una complicada operación de

---

\(^{11}\) MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O. 1986, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, op. cit. pág. 65


conciliación entre el positivismo jurídico á la Hart y la teoría de los principios jurídicos de Dworkin; no obstante, presenta su propia concepción del derecho como una “tercera vía” teórica que satisfaga a los teóricos preocupados en fijar los límites del derecho y una visión ecléctica de lo jurídico. Asimismo, MacCormick propugna una visión amplia y abierta del derecho14. Weinberger, por su parte, concibe el derecho como un hecho constitutivo de la realidad social, accesible a la experiencia, aunque se refiere a una experiencia relativa a las normas15. Los hechos y las normas representan los elementos esenciales o constitutivos de la realidad jurídica.

a) Los hechos

La tesis ontológica que defienden ambos autores es aquella que concibe los hechos jurídicos y otros hechos sociales como hechos institucionales. Si bien comparten el presupuesto ontológico - que sugerirían las ideas de Anscombe y que reelaboraría Searle posteriormente - sobre la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales, MacCormick y Weinberger desarrollan su propia caracterización de estos tipos de hechos16. Por un lado, los hechos brutos se sitúan en el ámbito de la materialidad, poseen un emplazamiento espacial y una duración temporal y accedemos a su conocimiento a través de nuestros sentidos. En cambio, los hechos institucionales no se caracterizan por su materialidad, no pueden ser considerados meramente como realidades físicas, no obstante, existen. Conceptos como los contratos, tratados, campeonatos, juegos, no existen por sí mismos; asumen significados y son inteligibles mediante convenciones y normas. Deben su existencia a la capacidad humana de actuar y a su naturaleza política17. Los conceptos institucionales existen siempre en relación a sistemas normativos como esquema de interpretación. Queda claro que la tesis ontológica que defienden MacCormick y Weinberger está bastante lejos de todo idealismo platónico: “in arguing that existence may be a matter of

14 PINTORE, Anna, 1990, La teoria analitica dei concetti giuridici, Napoli: Casa Editrice Dortt., pág. 183
15 WEINBERGER, O., 1987, Law, Institutions and Legal politics, pág. 100
in institutional facts as well as of brute facts we do indeed argue for the reality of ideal entities or thought-objects (as distinct from material things). But we do not treat the material world’s existence as being derivative from or subordinate to that of an ideal world”18.

Dado el carácter normativo de las instituciones, éstas no pueden ser reducidas a descripciones meramente empíricas. Si la realidad humana está compuesta de hechos brutos y de hechos institucionales, “se podrá concluir que dicha realidad tampoco puede ser reducida a brute facts descriptions. En efecto, si la realidad se configura a partir de la concurrencia de hechos brutos y de hechos institucionales, se puede afirmar que éstos últimos son ‘elementos indispensables para la descripción y explicación de los fenómenos que constituyen el mundo humano'”19.

b) Las normas

Las instituciones no existen como free-standing objects en el mundo. Como hemos puesto de relieve anteriormente, las instituciones sólo adquieren sentido y existencia dentro de los contextos normativos que ordenan y regulan ciertas esferas de la vida social. Si bien es cierto que es posible dar cuenta de las normas exentas de una fundación institucional, basándonos en las convenciones puras o las costumbres, no es menos cierto que existe lo que MacCormick y Weinberger denomina normativity of norms, cuya cualidad normativa tienen la capacidad de guiar o determinar la acción humana20. Por otro lado, las normas juegan un papel crucial en las acciones. Por ello, defienden que una teoría de las normas debe incluirse en una teoría general de la acción.

En general, “el positivismo jurídico institucionalista concibe la existencia social de las normas jurídicas como la consecuencia de la interacción entre normas (como entidades ideales comprensibles) y proceso sociales observables. La norma jurídica es un hecho como resultado de un entrecruzamiento de procesos reales

19 ANSUATEGUI ROIG, F. J. 1996, El positivismo Jurídico Neoinstitucionalista. Una aproximación. op. cit. pág. 147
y observables”\textsuperscript{21}. Se considera que el derecho es un sistema de normas (normas generales y particulares), “es decir de contenidos de significado expresables en enunciados normativos (enunciados prácticos de tipo específico) Además (…), otras formas de informaciones o datos prácticos forman parte del derecho, en particular, enunciados finalistas y criterios de valor y de preferencia”\textsuperscript{22}.

De acuerdo con La Torre, en su contribución a la teoría institucional del derecho, “por institución propongo considerar cualquier sistema de normas o reglas que sean condiciones de posibilidad (de pensamiento a priori y de percepción a posteriori) de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas. Dicho de otra manera, la institución es aquél ámbito de acciones que ha sido posible mediante normas cuando las posibilidades de acciones abiertas por las normas son de hecho disfrutadas por seres humanos”\textsuperscript{23}. Esto nos devuelve al argumento defendido por MacCormick y Weinberger según el cual la institución ha de ser entendida como un “marco para la acción, como esquema normativo dentro del cual el individuo, o los grupos, pueden desarrollar su actividad”\textsuperscript{24}. Las normas jurídicas, por tanto, sirven no sólo como constrictión, restricción, regulación o limitación de la acción, sino que sirven como marco de desarrollo y multiplicación de las alternativas de actuación de los seres humanos\textsuperscript{25}.

3.2. La concepción filosófica del derecho como hecho institucional de Neil MacCormick

Las principales ideas que MacCormick desarrolla en su trabajo están basadas en una concepción del derecho como hecho institucional (Law as Institutional fact). Para abordar y definir los términos institución y hecho institucional, MacCormick considera que podemos situarlos en una perspectiva filosófica

\textsuperscript{21} WEINBERGER, O. 1991, Law, Institutions and Legal politics, op. cit. pág 138

\textsuperscript{22} MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O. 1986, “Introduction” An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. op. cit. pág. 17

\textsuperscript{23} LA TORRE, M. 1995, Linguaggio, norme, istituzioni. Contributo a una teoria istituzionalista del diritto, Florence: European University Institute, pág. 130.


\textsuperscript{25} ANSUATEGUI ROIG, F. J. 1996, El positivismo Jurídico Neoinstitucionalista. Una aproximación. op. cit. pp. 95-96
o sociológica. Ambos aspectos son inseparables e importantes para la teoría del derecho (la realidad sociológica es parte integrante del mundo normativo jurídico)\footnote{PINTORE, Anna, 1990, La teoría analítica dei concetti giuridici, op. cit. pág. 188.}, no obstante, él adopta, como veremos, la posición filosófica para explicar su concepción del derecho como institución.

Para MacCormick tras el concepto de hecho institucional se encuentra la noción de institución, aspecto éste que le distancia de la concepción searliana según la cual las instituciones son sistemas de reglas constitutivas\footnote{MACCORMICK, N., “Law as institutional fact” en MACCORMICK, N y WEINBERGER, O. 1986, An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. op. cit. pp. 51-52}. La discrepancia con las tesis de Searle a este respecto, se basa en el argumento según el cual si adoptamos la propuesta searliana desembocaríamos, por ejemplo, en una confusión entre las normas concretas que regulan los contratos y la institución del contrato. Por ello, MacCormick concluye diciendo que “Institutions (and institutional facts) in the philosophical sense obviously have something to do with rules, but are not identical with them”\footnote{“las instituciones (y los hechos institucionales) tienen una clara relación con las normas, pero no se identifican con estas” MACCORMICK, N. “Law as institutional fact” en MACCORMICK, N., y WEINBERGER, O., 1986, An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. op. cit. pág. 51}.

Otro aspecto que subraya MacCormick está relacionado con el carácter problemático implícito en la noción de hecho bruto\footnote{Véase SEARLE, John, 1997, La Construcción de la realidad social, Madrid: Paidos}. A este respecto, considera que al igual que los hechos brutos existen como elementos del mundo físico y los percibimos a través de diversos mecanismos (medios de conocimiento de la realidad, y en última instancia a través de la investigación científica), MacCormick sostiene que estos hechos “también están apoyados en normas: están regulados y se desarrollan conforme a determinadas reglas” y concluye negando que “el hecho de ser definidos por normas sea una peculiaridad de los hechos jurídicos o de los hechos institucionales. Lo que es admisible como hecho en cualquier esfera de actividad o de investigación depende no sólo de lo que realmente ocurre sino también de las normas de conducta que regulan aquella actividad o investigación”\footnote{MACCORMICK, N.”On analytical Jurisprudence” en MACCORMICK, N y WEINBERGER, O.1986, An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. op. cit. pág. 102; Véase la exposición, a este respecto, de ANSUATEGUI ROIG, F. J. 1996, El positivismo Jurídico Neo-institucionalista. Una aproximación. op. cit. pág. 152 y de PINTORE, Anna. 1990, La teoría analítica dei concetti giuridici, op. cit. pp. 198 y ss.}.
MacCormick acude a la idea de “concepto jurídico” para dar cuenta de los rasgos que caracterizan a los hechos institucionales. A pesar de admitir las críticas de Ross a la noción de derecho subjetivo31, MacCormick sostiene que los conceptos jurídicos desempeñan una gran labor práctica. Por ello, apela a la “función organizativa de los conceptos jurídicos en relación a todo el conjunto amplio y desordenado, de material normativo-jurídico: “Concepts as those I have listed (ownership, trust, testation, rights of intestate succession, incorporation, personality, obligations of reparation, real security, marriage, adjudication…), are essential to the enterprise of analysing legal systems into coherent sets of interrelated rules. Understanding them is one of the keys which unlock the problems of legal theory”32.

Lo que tienen en común estos conceptos (el matrimonio, el contrato, la propiedad, las hipotecas o la compraventa, entre otros) es que ninguna de estas instituciones o entidades tiene carácter espacial, aunque sí temporal33; sin embargo, este hecho no significa que no se den ciertos reflejos o tengan consecuencias en el mundo físico. Como bien explica Ansuátegui: “quiere decirse con ello que, dado un esquema normativo, adquieren existencia a partir del acaecimiento de determinados hechos o circunstancias; dicha existencia, como vamos a ver seguidamente, puede estar condicionada al ulterior acontecer de otros hechos o circunstancias34.

Estos conceptos jurídicos o instituciones están basados en tres rasgos comunes o, como pone de manifiesto Pintore, deben su existencia a la concurrencia de tres tipos de normas: normas institutivas (institutive rules); normas de consecuencia (consequential rules) y normas terminativas (terminative rules).

31 A decir de Ansuátegui, “La referencia básica que MacCormick efectúa a los conceptos jurídicos tiene como directa consecuencia el que le afecten las críticas que Ross dirige a la noción de derecho subjetivo (…). Según Ross “corresponde al pensamiento jurídico conceptualizar las normas de tal manera que las mismas sean reducidas a un orden sistemático y, por este medio, dar una versión del Derecho en vigor lo más clara y conveniente posible”. ANSUATEGUI ROIG, F. J. 1996, El positivismo jurídico Neoinstitucionalista. Una aproximación. op. cit. pág. 153


34 ANSUATEGUI ROIG, F. J. 1996, El positivismo Jurídico Neoinstitucionalista. Una aproximación. op. cit. pág. 154
3.2.1. La tipología de las normas de Neil MacCormick

En su obra *Dimensioni giuridiche dell’istitutionale*, Lorini sostiene que la teoría de la institucionalidad de MacCormick está basada en una concepción de la institución según la cual las entidades institucionales deben su existencia a reglas metatético-constitutivas\(^{35}\). La teoría *metatética de la institucionalidad* se distingue de la *teoría eidética de la institucionalidad*, precisamente, por entender que los hechos institucionales no se fundan en reglas eidético-constitutivas (esto es, reglas que son condición necesaria del objeto sobre el cual versa), sino reglas metatético-constitutivas, (es decir, que ponen una condición suficiente del objeto sobre el cual versa)\(^{36}\).

En su artículo *Law as Institutional Fact*, MacCormick define los hechos institucionales como hechos que son posibles gracias a las reglas institutivas. En este sentido, para que una institución particular pueda existir en un sistema jurídico, el sistema debe contener una regla institutiva capaz de nombrar dicha institución\(^{37}\). Al igual que Searle, MacCormick investiga cuál es la estructura normativa de la realidad institucional. Sin embargo, el concepto de norma que aparece en el *definiens* de un “hecho institucional”, según MacCormick, no es el concepto de ‘regla constitutiva’, sino el concepto de regla institutiva. En opinión de MacCormick, la regla por la cual se fundan los hechos institucionales no son reglas eidético-constitutivas, no son reglas que constituyen el *eidós*, es decir, la naturaleza del hecho mismo. La regla institutiva no determina qué sea un acto determinado. Por tanto, las reglas que posibilitan los actos institucionales son, en cambio, reglas que, como pone de manifiesto Lorini\(^{38}\), en el léxico de A. Conte y G. Azzoni, se podrían llamar ‘reglas metatético-constitutivas’ en cuanto son reglas que ponen una condición suficiente (no necesaria) para que acontezca un fenómeno institucional\(^{39}\).

\(^{35}\) Sobre este punto véase ALARCÓN, C. 1993, *Normas y paradojas*, op. cit. pág. 25-26

\(^{36}\) Seguimos en esta parte del trabajo la aportación de LORINI, G. 2000, *Dimensioni giuridiche dell'istitutionale*, op. cit. pp. 200 y ss.


\(^{38}\) LORINI, G. 2000, *Dimensioni giuridiche dell'istitutionale*, op. cit. pág. 201

A fin de sistematizar su exposición, MacCormick caracteriza los rasgos comunes de las instituciones jurídicas, como decíamos anteriormente, en base a tres tipos de reglas relacionadas entre sí 40:

i) Las **reglas institutivas**, son reglas que fijan las condiciones (suficientes) para que se produzca un hecho institucional. En virtud de una regla institutiva, un cierto acto (o acontecimiento) deviene en ‘acto institutivo’ (o acontecimiento institutivo) de un determinado hecho institucional. En suma, “estas reglas establecen qué persona, con qué calificación, por qué acto y con qué intenciones puede, siguiendo qué procedimiento, requeridas qué circunstancias y en ausencia de qué condiciones de regularidad, instruir una institución determinada (es decir, celebrar un contrato, contraer matrimonio o hacer testamento)”41.

ii) Las **reglas consecutivas**, en cambio, son reglas que instruyen las consecuencias normativas de la existencia de un ejemplar (token) de una institución (type). Consecuencia jurídica que puede consistir en derechos, poderes, obligaciones, responsabilidades, etc. En resumen, son reglas que establecen cuáles son los efectos de un contrato, de un matrimonio o de un testamento válidos.

iii) Las **reglas terminativas-destitutivas**, finalmente, son reglas que (contrariamente a las reglas institutivas) proporcionan las condiciones a cada ejemplar (tokens) de las instituciones para que deje de existir. Ponen las condiciones (suficientes) para la finalización de un hecho institucional: en virtud de una regla terminativa, un acto determinado (o acontecimiento) deviene terminativo (o acontecimiento terminativo) de un cierto hecho institucional. En definitiva, tienen que haber reglas extintivas que pongan fin al contrato, al matrimonio o sucesión42.

Estos tres tipos de normas, juntas, forman un ordenamiento jurídico autosuficiente y fijan, a su vez, las condiciones de validez de una institución jurídica.


Institución que MacCormick define como “aquellos conceptos jurídicos que están regulados por conjuntos de normas institutivas, de consecuencia y terminativas, con el efecto de que se dirá precisamente que existen casos de esas instituciones durante un periodo de tiempo, desde el momento de la verificación de un acto o evento instituido hasta el momento de verificación de un acto o evento terminativo”

La fuerza explicativa y analítica de esta teoría reside en que nos permite conocer la existencia de entes jurídicos altamente abstractos por un lado, y nos muestra cómo están estructurados los conceptos jurídicos y –por ende– nuestra actividad jurídica.

Si nos preguntamos por el estatus ontológico de las normas institutivas, MacCormick nos ofrece una concepción de la institución entendida como entidad producida por un tipo de regla que, desde el punto de vista lógico, son anteriores a ellas. Ansuátegui se plantea una cuestión básica para afrontar esta visión: ¿cuáles son los criterios que sirven para identificar a las reglas institutivas? En otros términos, ¿cuál es la razón de la existencia de las reglas institutivas? A lo cual responde que “si se opta por buscar el origen en la existencia de determinados actos que producen o habilitan para producir dichas normas, tendremos ante nosotros la cuestión sobre el origen de las normas institutivas de dichos actos. Estamos en presencia de un regressus ad infinitum similar al que provoca en Kelsen el recurso a la Grundnorm, o de un círculo vicioso al que se ha referido La Torre, extendiendo la crítica al positivismo jurídico neoinstitucionalista en general, “las instituciones constituyen la fuente de validez de las normas, pero a la inversa, las instituciones no son posibles sin las normas en el sentido de que las normas constituyen un prerrequisito de la existencia de las instituciones”

MacCormick intenta resolver este problema recurriendo al ejemplo paradigmático de la promesa como una vía de solución al problema de la circularidad de las normas constitutivas. Su propuesta, en este sentido, puede ser considerada sociológica ya que...

---


vincula el acto de prometer a la existencia de una convención o costumbre conocida: “Prometer, se dice, sólo se puede analizar inteligiblemente como expresión oral si se observa que determinadas declaraciones promisorias ‘son consideradas’ promesas solo porque pretenden ser y se reconocen como ejemplos de una ‘costumbre’ o ‘institución social’. El acto presupone la costumbre; la costumbre está normativamente definida dado que las normas sociales ampliamente reconocidas existen como normas consuetudinarias (…)”. Las condiciones anulatorias o eximentes están definidas por normas sociales existentes, que sin duda se producen constantemente y se perfilan y se desarrollan mediante su utilización por parte de los miembros de la sociedad. Esta dimensión sociológica del derecho como institución es la que desarrolla Ota Weinberger en su particular aportación a la obra conjunta a la que venimos haciendo referencia a lo largo de estas páginas.

### 3.3. Ota Weinberger: una interpretación sociológica del concepto de derecho como institución

Como subrayábamos anteriormente, Ota Weinberger concibe el derecho como un hecho constitutivo de la realidad social que no puede ser determinado por la mera suposición de una norma fundamental. El rechazo del positivismo puro kelseniano le lleva a decir que “la postulación de una norma fundamental no puede por sí sola fundamentar la existencia social del sistema jurídico. La eficacia –que también en Kelsen constituye un criterio adicional de la validez del sistema jurídico– es un hecho social que sólo puede ser comprobado mediante observación. La dinámica del derecho no es un proceso puramente normativo, sino una combinación de hechos y actos reales de creación de normas”.


47 Para un estudio más profundo de las implicaciones y proyecciones que tiene la teoría institucional del derecho de MacCormick, véase especialmente los trabajos citados de F. J. Ansutegui, J. A. Ramos Pascua, Anna Pintore, Giuseppe Lorini, Fernando Atría, Dick, W. P. Ruitet, F. Schauer, etc.


“Law is a social fact”. Cualquiera que desee acceder al conocimiento de los sistemas jurídicos ha de obtener información sobre lo que realmente sucede en la sociedad. El derecho es, no obstante, un tipo de hecho social especial: es un hecho institucional que deriva de las instituciones, entendidas éstas como “marco normativo para la acción e interacción humana”. De aquí Weinberger extrae su tesis central del neoinstitucionalismo jurídico que formula de la siguiente manera: “entre las instituciones y los hechos institucionales por un lado, y la información práctica (por ejemplo, la que se ofrece a través de las normas jurídicas) por el otro, existe un vínculo necesario. Toda institución posee un núcleo de información práctica que justifica la existencia y el funcionamiento de la institución”. Weinberger sostiene que “entre las normas sociales y las instituciones hay una relación esencial: la validez de las normas está en el hecho de que éstas constituyen la base para el funcionamiento de las instituciones; y las instituciones sólo pueden existir cuando contienen un núcleo de información práctica”. Esta tesis básica de la teoría institucional del derecho, compartida también por MacCormick, es la que marca la diferencia con el institucionalismo clásico de Maurice Hauriou y Carl Schmitt.

Este es uno de los aspectos de mayor interés en su teoría ya que se sitúa más allá del positivismo o del iusnaturalismo. Tanto una tradición como la otra han tenido enormes dificultades para fundamentar la categoría de ‘vigencia’ del derecho. Los positivistas han recurrido de una u otra manera a una norma fundamental (o ficción), o bien a una autoridad axiológicamente predefinida (la Constitución, etc.) derivando de esa autoridad la respuesta a la pregunta ¿por qué rige el derecho? La segunda posición se fundamenta en una presunta ‘objetivación’ de los valores (localizados más allá de lo humano) infiriendo de allí la vigencia y la autoridad del derecho. Frente ambas posiciones, Weinberger propone una interpretación de la ‘vigencia’ del derecho diciendo que “un

---

50 WEINBERGER O., “Beyond positivism and natural law” en MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O. 1986, An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. op. cit. pág. 113

51 En el mismo sentido que propone John Searle en su teoría de los hechos institucionales. SEARLE, John R., 2001, Actos de Habla…, op. cit.

52 WEINBERGER. O., “Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz” en Rechtstheorie, nº 25, 1994, pág. 11

53 BULYGIN, E., “Entrevista con Ota Weinberger” op. cit. pág. 320

54 SALAS, M. S. “¿Qué pasa actualmente en la Teoría del derecho alemán? Un breve bosquejo”, en Doxa, nº 24, 2001
ordenamiento jurídico como un sistema dinámico rige (o tiene vigencia) en
un determinada sociedad únicamente cuando existe, como fundamento del
sistema normativo, una existencia institucional, es decir, cuando en la sociedad
existe un conjunto de hechos institucionales que representan la base del sistema
normativo”55. De este modo se garantiza el vínculo entre las instituciones y
las normas jurídicas. La institución entendida como marco normativo para
la acción e interacción humana constituyen ámbitos o programas de futuras
acciones, favorecen nuevas formas de acción (a partir de las reglas constitutivas)
y determinan o regulan de distintas maneras, la acción, ya sea esta individual o
colectiva56.

Como podemos deducir de lo expuesto, la teoría de la acción desarrollada por
Weinberger es esencial para comprender su concepto de ‘institución’. Entiende
la categoría de ‘acción’ como una característica fundamental del ser humano y
la define como un ‘comportamiento intencional dirigido según ciertos criterios
de información. Por un lado, tenemos una información descriptiva y, por el otro,
a información práctica. Dentro de este último tipo de información se incluyen
las normas del Derecho, cuya función es determinar distintas posibilidades de la
acción humana. El reconocimiento de estas informaciones prácticas, entendidas
como regulaciones normativas, pone de manifiesto la concepción normativista
del derecho que defiende Weinberger.

Otro aspecto relevante del concepto weinbergeriano de institución es el que
está relacionado con los procesos de institucionalización y estabilidad. Ansúátegui
subraya al respecto que “la existencia de instituciones implica un cierto grado
de estabilidad de modos de conducta, de normalidad de modelos de acción. La
institucionalización de las pautas de actuación es un elemento que determina la
orientación de las acciones (…). La institucionalización de determinados modos
de conducta puede desembocar en la asunción por parte de del individuo de
determinados roles o papeles que el sujeto acepta como vinculantes”57.

12. RAMOS PASCUA, J. A.”¿Positivismo débil o exhausto? El positivismo jurídico institucionalista de
D. N. MacCormick y Ota Weinberger”, op. cit.
op. cit. pág. 163.
op. cit. pág. 165 Véase RAZ, Joseph, 1991, Razón práctica y normas, Madrid: Centro de Estudios
Constitucionales, pág. 159
3.4. Órdenes Normativos Institucionales formales e informales

Las instituciones informales están basadas en normas (deberes y obligaciones) sociales informales (por ejemplo, la amistad). Las instituciones formales, en cambio, están basadas en normas (obligaciones y derechos) jurídicas (por ejemplo, el matrimonio). Por tanto, a la esfera jurídica pertenecen aquellos hechos institucionales que han sido codificados en leyes explícitas; mientras que las normas que pertenecen a la esfera social, por ejemplo las derivadas de la amistad, las onomásticas o las fiestas de sociedad no han sido codificadas, aunque, sin duda, podrían serlo\textsuperscript{58}.

Esta distinción entre instituciones formales e instituciones informales, nos remite a uno de los últimos trabajos de MacCormick donde expone la diferencia entre un orden normativo informal y un orden normativo formal. MacCormick pone como ejemplo la formación de colas para acceder a cualquier servicio: coger un taxi, esperar nuestro turno en la oficina de correos, etc. Un grupo de personas guardando su turno en una fila, representa un ejemplo de lo que denomina orden normativo informal, es un ‘hecho institucional’, no simplemente un ‘hecho bruto’ ya que es una conducta regulada por reglas o normas sujetas al mero entendimiento entre los sujetos. La observancia de estas normas, conduce a la gente a desarrollar distintos patrones de conductas: guardar la cola, correr en una carrera, bailar, cenar con los amigos, etc., todas estas actividades comunes pueden denominarse ‘instituciones’, pero son de carácter informal. Son prácticas normativas que dependen más de las convenciones que de códigos de reglas articulados\textsuperscript{59}. MacCormick sostiene que el orden normativo institucional informal podría ser formalizado, o más bien institucionalizado, ya que pasarían de ser meras convenciones a convertirse en reglas explícitas, entendidas como un orden normativo institucionalizado. Que \( x \) cuente como \( y \) depende de la posibilidad de interpretar lo que ocurre a la luz de una norma de las normas, que puede oscilar desde la norma más informal o convención, a la norma más elevada, formalizada institucionalmente. En suma, los hechos institucionales sociales dependen de las funciones de estatus, y los hechos institucionales jurídicos deben su existencia a las reglas constitutivas.

Las tesis institucionalistas del derecho de Neil MacCormick y Ota Weinberger han contribuido a enriquecer la teoría del Derecho ampliando sus

\textsuperscript{58} SEARLE, John R. 1997, La construcción…, op. cit. pág. 101

\textsuperscript{59} MACCORMICK, N., “Norms, institutions, and institutional facts” op. cit. pp. 322-323
límites conceptuales. En este sentido, De la Torre afirma que el institucionalismo es el resultado de tradiciones de pensamiento convergentes entre sí: la *analytical jurisprudence* tal y como es renovada por H. L. A. Hart (...) la “teoría pura del Derecho” en la versión crítica y heterodoxa construida por el checo Franz Weyr, gran amigo de Kelsen (que le dedica el libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*) y colega de Weinberger. MacCormick y Weinberger conciben el Derecho no solo como una serie de normas, sino que defienden que el concepto de Derecho contiene otros aspectos como “los ámbitos de acción hechos posibles por las normas y los principios de acción expresados en un cierto contexto social, que inspiran aquellas normas y cuya aplicación rigen bien o mal”61. Por otro lado, ambos autores comparten una visión no prescriptivista de las normas. Las normas no sólo restringen sino que amplían el ámbito de acción de los seres humanos creando nuevas realidades no físicas que denominamos instituciones (contrato, propiedad, matrimonio, etc.), esta capacidad de crear free standing objects es una cualidad esencialmente humana.

La obra de MacCormick y Weinberger propone una reflexión sobre el normativismo entendido en clave realista. Frente a una concepción que entiende el derecho como un conjunto de normas (normativismo) y otra que postula que el derecho es un conjunto de hechos sociales empíricamente verificables (realismo), la teoría institucionalista del derecho pretende ofrecer una vía intermedia que destaque el papel de las normas en el mundo del derecho pero sin caer en el idealismo, y que sea capaz, a su vez, de dar cuenta de los hechos jurídicos sin caer en el reduccionismo facticista. La visión de las normas como ingredientes indiscutibles de la realidad social62 y dentro de ella de la realidad institucional, continúa proporcionando un interesante y amplio horizonte por explorar.

---

60 De la Torre, M. “Teorías institucionalistas del Derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)”, *Derechos y Libertades*, Número 14, Época II, enero 2006, pp. 103-112

61 Ibídem

La creación de universidades privadas por la Iglesia Católica: una sinrazón

Antonio Martínez Marín
Universidad de Murcia
LA CREACIÓN DE UNIVERSIDADES PRIVADAS POR LA IGLESIA CATÓLICA: UNA SINRAZÓN

1. EL ACUERDO CONCORDATARIO SOBRE ENSEÑANZA Y ASUNTOS CULTURALES DE 3 DE ENERO DE 1979: VALOR JURÍDICO DE TRATADO INTERNACIONAL Y APROBACIÓN PARLAMENTARIA HEMIPLÉJICA

El Concordato objeto de estudio es el celebrado por la Santa Sede y el Estado Español el 3 de enero de 1979 –unos días después de ser aprobada la Constitución de 1978– y ratificado el 4 de diciembre de este mismo año. Esta Convención político-religiosa contiene IV Acuerdos referidos a materias diferentes: asuntos jurídicos, enseñanza y asuntos culturales, asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos, y asuntos económicos. La exigencia metodológica de este breve y sentido homenaje al profesor Alberto Montoro excluye el tratamiento de tres de ellos y demanda limitarse al II: Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales.

Previoamente hay recordar que la Santa Sede o Sede Apostólica tiene personalidad jurídica propia y es ella, en rigor, quien establece y mantiene las relaciones diplomáticas con los demás Estados y, en su caso, con otras organizaciones y personas. Ésta es, dentro de esta singularidad semántica político-religiosa, el Gobierno central del Estado de la Ciudad del Vaticano –el más pequeño del mundo–, cuya cabeza suprema es el Papa de la Iglesia Católica. El Texto de 1979 sustituye al Concordato franquista de 1953 e introduce significadas novedades, determinadas por las “puestas al día” de la política española –Constitución de 1978– y de la Iglesia –Concilio Vaticano II de 1962-65–. El valor y los efectos de estos Acuerdos concordatarios son los propios de los tratados internacionales, expresamente reconocidos en el artículo 96 de la CE: forman parte del ordenamiento jurídico interno; y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en dichos tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. En este sentido, las propias Cortes Generales, por exigencia del artículo constitucional 94, aprobaron éstos en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 13 de septiembre de 1979 –DSCD, núm. 29, I Legislatura, pp.1671-1706–. Esta validez predicada la confirma de modo concreto la Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– de 12 noviembre de 1982.

Sólo a efectos de ofrecer una mayor clarificación de la votación y en relación al tema que ocupa este escrito, hay que poner de manifiesto que este Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales obtuvo el siguiente resultado: votos emitidos, 297; a favor 170; en contra
125; abstenciones una; nulos, uno. Los diputados contrarios a este Acuerdo fueron los de los Grupos parlamentarios socialista y comunista —y algunos otros diputados del Grupo Mixto—. Hay que adjuntar, además y con la misma finalidad clarificadora, que las causas confesadas de este voto negativo fueron la improcedencia cronológica de firmar este Acuerdo previamente a la elaboración a la futura Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en la medida que de este modo condicionaba el contenido de esta futura regulación; la consideración de la asignatura de Religión como fundamental y no como “maría”; y la exigencia potestativa aunque expresa de exigir esta opción a los padres de los alumnos, obligándoles de este modo a formular una manifestación de sus creencias religiosas tanto a los solicitantes como, de modo indirecto, a los que no la solicitaban. Finalmente, hay que poner de manifiesto que no existió oposición expresa al establecimiento de centros universitarios por la Iglesia Católica en la aprobación global de este Acuerdo en dicho debate y votación final.

2. LOS ARTÍCULOS X, XVI Y XVII DEL ACUERDO DE 1979: CONTENIDO, AUSENCIA DE DESARROLLO NORMATIVO Y APLICACIÓN A LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS CREADAS POR LA IGLESIA CATÓLICA EN ESPAÑA

¿Cuál es la normativa concordataria del derecho de la Iglesia Católica a crear centros universitarios? Esta regulación se encuentra concretada, respecto a las universidades creadas por la Iglesia Católica, en los artículos X, XVI y XVII del referido Acuerdo de 1979. El primero de estos fragmentos citados dispone que Las Universidades, Colegios Universitarios, Escuelas Universitarias y Centros Universitarios que se establezcan por la Iglesia Católica se acomodarán a la legislación que se promulgue con carácter general. Incluso, se adjunta que Para el reconocimiento a efectos civiles de los estudios realizados en dichos Centros se estará a lo que disponga la legislación vigente en la materia en cada momento. No obstante, el privilegio se mantiene en mayor medida en el artículo XVII.2, al disponer que Quedan asegurados, no obstante, los derechos adquiridos de las Universidades de la Iglesia establecidas en España en el momento de la firma del presente Acuerdo, las cuales, sin embargo, podrán optar por su adaptación a la legislación general sobre Universidades no estatales. Así pues, esta nueva regulación bilateral se concreta en la potestad de crear centros universitarios por la Iglesia Católica, y la obligada adaptación de éstos a la legislación universitaria vigente para el desarrollo de su actividad. No obstante, esta preceptiva acomodación sólo se aplica a las nuevas instituciones eclesiásticas, objeto de este estudio; pues para las ya creadas a la entrada en vigor del citado Concordato, esta adaptación a la legislación universitaria española no pasa de ser opcional.
¿Se ha desarrollado por ambas partes alguna otra normativa conjunta de este escueto Pacto? Incluso, ¿ha establecido la propia Iglesia algún procedimiento para actuar esta prerrogativa? Las respuestas son negativas para ambas preguntas. Y el Estado español, ¿cómo se ha pronunciado al respecto? La derogada Ley Orgánica 11/1983 de Reforma Universitaria se limitaba a establecer una escueta remisión sobre este Acuerdo en su Disposición adicional tercera: *La aplicación de esta Ley a las Universidades de la Iglesia Católica se ajustará a lo dispuesto en los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede*. De este modo, sin desarrollo clarificador articulado se positiva el privilegio eclesiástico creador y la remisión reguladora a la Ley vigente del privilegio pactado. El silencio normativo acerca del establecimiento y posterior acomodación a la legislación española de este Acuerdo concreto es total, tanto en los textos legales como en los reglamentarios, como así sucede con el Real Decreto 557/1991 –prácticamente íleo del test de constitucionalidad al que fue sometido por la STC 131/1996–. Este texto, al establecer normas básicas para la creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios, no alude de modo alguno a esta prerrogativa eclesiástica y en el desarrollo del correspondiente articulado de la Ley Orgánica 11/1983 dispone las exigencias básicas para la creación y reconocimiento de las universidades públicas y privadas; pero ni siquiera se encuentra en él una incidental referencia a la creación de las católicas o a su acomodación a la mencionada legislación estatal contemplada en el Concordato. En consecuencia, la normativa universitaria española sólo contempla y regula las universidades públicas y las privadas y, de ahí, que las establecidas por la Iglesia Católica deben acomodarse a la legislación establecida para las privadas e integrarse en su propia regulación: la dicotomía universidad pública-universidad privada es pretendidamente omnicomprensiva.

Ciertamente, el Concordato de 1979 echa al museo de las antigüedades el de 1953 y, al amparo de la mencionada Ley de Reforma Universitaria de 1983 y de este Acuerdo, se han creado o mantenido 52 Universidades públicas y 26 privadas, de las cuales 15 son católicas. Una clasificación cronológica de esta última cifra, en relación con el Texto concordatario, ofrece la siguiente división: 4 de éstas son anteriores y 11 posteriores a éste. Las Universidades de Deusto, Pontificia de Comillas, Pontificia de Salamanca y Navarra se establecen respectivamente 1886, 1890, 1940 y 1952. Las 11 restantes tienen estos nombres y fecha de reconocimiento legal o establecimiento eclesiástico: Universidades Ramón Llull, por Ley del Parlamento de Cataluña de 10 de mayo de 1991; San Pablo-CEU, por Ley de las Cortes Generales de 19 de abril de 1993; Cardenal Herrera Oria-CEU, por Ley de las Cortes de la Comunidad Valenciana de 3 de
noviembre de 1999; Francisco de Vitoria, por Ley de la Asamblea de Madrid de 3 de julio de 2001; Abad Oliba CEU, por Ley del Parlamento de Cataluña de 4 de julio de 2003; Fernando III, por Ley del Parlamento de Andalucía de 21 de marzo de 2007, y ya extinguida; Loyola de Andalucía, en proceso de creación; Saint Louis University Madrid Campus, filial española de la estadounidense y reconocida como tal por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid en 1996. A estas instituciones de enseñanza superior, hay que adjuntar otras 3 de establecimiento eclesiástico de conformidad con el Acuerdo de 1979: la Universidad Católica Santa Teresa de Ávila, establecida por decreto del Obispo de Ávila de 24 de agosto de 1996; la Universidad Católica San Antonio de Murcia, establecida por decreto del Obispo de Murcia de 23 de noviembre de 1996; y Universidad Católica San Vicente Mártir, establecida por decreto del Arzobispo de Valencia de 8 de diciembre de 2003. Precisada las situación de tres de éstas, es posible predicar la existencia real de 12 universidades católicas en España, 4 de éstas anteriores a 1979 y 8 posteriores; de las cuales 5 han sido reconocidas por Leyes estatal y autonómicas, y 3 han sido creadas por la Iglesia Católica por los citados decretos obispales y arzobispal. Hay que dejar constancia de que estos números pueden variar. En este sentido, el diario El Mundo, de 9 de noviembre de 2011, elevaba la cifra global de estas instituciones a 78, cifrando las públicas en 51 y en 27 las privadas, sin distinción alguna en este cómputo último de las eclesiásticas y de las propiamente privadas.

Como ha destacado Martín Rebollo en una consideración global de este fenómeno: la mayoría de las universidades apenas tiene 30 años (“Leyes Administrativas”, Thomson, 2011, p. 2579). Este crecimiento repentino y desmesurado de los centros universitarios públicos y privados merece una reflexión sobre sus causas. Una de ellas es la insuficiencia institucional del franquismo a las demandas de la enseñanza e investigación universitaria de la sociedad española. Esta respuesta obligada, sin embargo, no ha respondido a una programación reflexiva estatal; pues, contrariamente, la libre atribución a las Comunidades Autónomas de la creación y reconocimiento de universidades por sus Asambleas legislativas ha sido quien de modo fragmentario lo ha determinado. Incluso, hay que abundar todavía más en esta competencia autonómica; de tal modo que sí las Cortes Generales procedieran a la creación de éstas, necesitarían del acuerdo del Consejo de Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma en cuyo territorio haya de establecerse dicha institución. Esta distorsión se podia haber evitado - dada la importancia social, económica y cultural para el Estado de la existencia de un mayor o menor número de universidades- de haber legislado una competencia concurrente del Estado y
de la respectiva Comunidad Autónoma para la creación y supresión así como para el reconocimiento de cada una de estas instituciones de cultura, enseñanza e investigación. Desgraciadamente, esta atribución competencial recogida en los Estatutos de Autonomía y en la propia Ley universitaria estatal dificultará en un futuro la reconducción de este despropósito y de sus perniciosas consecuencias. Mientras tanto, ha posibilitado la proliferación actual al socaire frecuente de motivaciones electorales de los Gobiernos autonómicos y, más allá, a la desconsideración institucional que la universidad ha tenido para el Estado y para la sociedad española.

Este fenómeno merece una otra consideración que ayude a comprender la enseñanza superior en España. Ésta no es otra que la tradicional bipolaridad –perseverante en buena medida– de universidades públicas y católicas, y la ausencia de las privadas no confesionales como manifestación de un Estado confesional católico y de una sociedad española culturalmente anémica y alejada de estas exigencias del conocimiento.

3. EL PRIVILEGIO DE LA CREACIÓN DE UNIVERSIDADES PRIVADAS POR LA IGLESIA CATÓLICA Y SU CONDICIONADA VIGENCIA PRÁCTICA

A esta libre competencia de las Comunidades Autónomas para crear universidades públicas y reconocer la creación de las privadas hay que adjuntar, en esta nueva época constitucional y europea, el privilegio concedido, y ya referido, a la Iglesia Católica para establecer universidades privadas; aunque sin la necesidad de esta ley de reconocimiento. Y es preciso reiterar, de nuevo, que ni el legislador español ni el eclesiástico han establecido exigencias concretas para determinar este poder creativo establecido en el Concordato y reconocido de modo expreso en la Disposición adicional citada. Así pues, la Iglesia Católica puede establecer universidades privadas sin la necesidad de la ley de reconocimiento exigida para éstas. Esta competencia mantenida sin normativa alguna de desarrollo merece ser considerada, más allá de un privilegio, como una sinrazón, tanto desde una consideración estatal o legal como eclesiástica o espiritual. A continuación se intentará demostrar esta descalificación, basada tanto en el privilegio pactado como en la anómala e incluso innecesaria regulación–desregulación de este Acuerdo.

El primer privilegio establecido del reconocimiento de las universidades ya creadas en España a la entrada del Concordato –que afectaba a las cuatro
universidades católicas mencionadas- y la facultad concedida por el artículo VII. 2 –“podrán optar por su adaptación a la legislación general sobre Universidades no estatales”- resulta tanto anacrónico como innecesario. Y estas calificaciones son procedentes porque la categoría universitaria de estos centros se asentaba precisamente en la dación de títulos de carreras civiles que habían de obligar necesariamente su adaptación a la normativa general de validez estatal de éstos; pues de otro modo sus títulos carecerían de la obligada autorización del órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente o, en su caso, del Estado –previo informe del Consejo de Universidades- para su validez académica, tanto en España como en la Unión Europea. En conclusión, las cuatro universidades nominadas creadas por la Iglesia Católica no necesitan una nueva creación por la Iglesia Católica; pero su adaptación a la normativa general para impartir estos títulos les obliga de inmediato a cumplir las exigencias académicas establecidas y, a la postre, su sumisión a la normativa estatal establecida al respecto por el Real Decreto 557/1991.

4. LA CONFUSIÓN NORMATIVA CONCORDATARIA DEL ESTABLECIMIENTO DE UNIVERSIDADES PRIVADAS POR LA IGLESIA CATÓLICA

Respecto al segundo privilegio, hay que resaltar que la creación de universidades privadas católicas por el Obispo de la Diócesis carece del menor desarrollo normativo respecto a los requisitos y procedimiento a los que debe ajustarse esta decisión del mencionado Prelado. Estos vacíos legales, explicables por una percepción de este privilegio por ambas partes, deja en evidencia tanto al Estado aconfesional español constitucionalizado en el artículo 16 como a la mencionada Iglesia Católica. Sin embargo, esta carencia de desarrollo normativo pronto produciría una situación de conflicto interpretativo de este binomio establecimiento-acomodación; aunque curiosamente esta discordancia se produjo entre dos órganos de la propia Administración estatal y no fue necesario recurrir a la prevista actuación conjunta de los Estados firmantes, establecida en el artículo XVI para la resolución de las dudas que pudieran surgir en la aplicación o interpretación de este Acuerdo concordatario. El Consejo de Estado respondió con suficiente claridad a las dudas interpretativas suscitadas por el Ministerio de Educación y Cultura.

La creación de la Universidad Católica “Santa Teresa de Jesús” de Ávila por decreto de constitución del Obispo de Ávila, de 24 de agosto de 1996, es el detonante de este anunciado conflicto de interpretación del texto concordatario.
Y este conflicto de interpretación no se produce, como ya se ha dicho, entre el Estado Español y la Santa Sede; sino entre las Direcciones Generales de Asuntos Religiosos y del Servicio Jurídico del Estado, de un lado, y, de otro, por el Consejo de Universidades.

La Dirección General de Asuntos Religiosos –DGAR–, en respuesta al escrito consultante formulado por el Obispo de Ávila, le informa que el establecimiento de la Universidad de dicha Diócesis, por acuerdo y a petición de la Fundación Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila, no estaba sometida a procedimiento y no era necesario tramitar expediente alguno para proceder al establecimiento de ésta; aunque si será necesario recabar del Ministerio de Educación y Cultura el reconocimiento a efectos civiles de los estudios realizados en la Universidad de referencia por exigencia del ya citado Real Decreto 557/1991. Posteriormente, le comunica a la mencionada autoridad eclesiástica que dicha Dirección General ha inscrito a dicha Universidad en el Registro de Entidades Religiosas creado por el Ministerio de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1980.

A su vez, el Director General del Servicio Jurídico del Estado -DGSJE-, dejando constancia de la dificultad de interpretar el artículo X del mencionado Acuerdo, y ante la ausencia de desarrollo normativo de éste, opina que el principio de buena fe obliga a considerar en cierto modo el informe emitido por la DGAR como la “autorización” para la creación y puesta en funcionamiento de la Universidad Católica de Ávila, toda vez que es constatable que el Señor Obispo de Ávila se ha atenido en todo momento a lo que en el Informe se le dijo a efectos de crear la entidad, que posteriormente se inscribió en el Registro de Entidades Religiosas. Ante este caso tan singular, considera el DGSJE que el informe de la DGAR debe ser considerado como el texto normativo aprobatorio de las condiciones exigidas para la autorización administrativa.

Finalmente, el Consejo de Universidades manifiesta sus reparos para la emisión del informe preceptivo acerca de la homologación de los Planes de Estudios de esta Universidad, sin haberse previamente sometido a la comprobación y aprobación de las exigencias básicas, establecidas por el Real Decreto 557/1991 para la creación y reconocimiento de Universidades y Centros Universitarios. Esta contrariedad se convierte en el detonante del mencionado conflicto y de la solicitud del dictamen al Consejo de Estado.
5. EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 16 DE OCTUBRE DE 1997

Ante esta discrepante interpretación de la normativa concordataria al respecto y la situación de parálisis en la que se encontraba esta Universidad – creada por la Iglesia y paralizada en su ejercicio por la ausencia del preceptivo informe del Consejo de Universidades–, el Gobierno solicita al Consejo de Estado este dictamen, obligado a emitir en relación con las dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de los tratados, convenios y acuerdos internacionales en los que España sea parte, como sucedía en este caso concreto. El máximo órgano consultivo emite el solicitado Dictamen, aprobado el 16 de octubre de 1997 -número de expediente 3452/1997-. Este documento servirá para conocer la interpretación que éste hace del artículo X.1 del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede; pero también de otras cuestiones planteadas en los antecedentes de la relación entre el Gobierno y la nominada Universidad, a los que se adjunta las alegaciones formuladas también por la Universidad Católica San Antonio de Murcia –UCAM–.

Las dos preguntas concretas formuladas por el Ministerio de Educación y Cultura al Consejo de Estado son éstas.

Primera. “Subsunción de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila bajo el supuesto de hecho del artículo X.1 del citado Acuerdo de 3 de enero de 1979, toda vez que aparece como entidad titular de la Universidad la <Fundación Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila>, y se ha constituido como fundación de derecho privado al amparo y de acuerdo con la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General”.

Segunda. “Valor y eficacia jurídica del escrito de 10 de julio de 1996, de la Dirección General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia, en relación con los que le otorga el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico, de 7 de abril de 1997, ambos en referencia al artículo X.1 del Acuerdo de 3 de enero de 1979”.

Este Informe distingue entre el establecimiento o creación de las universidades católicas –en este caso concreto la de Santa Teresa de Jesús de Ávila y la de San Antonio de Murcia– y el reconocimiento de su actividad docente en titulaciones con efectos civiles, de una parte; y, de otra, la titularidad de éstas entre las respectivas
fundaciones privadas que las promuevan y en su caso gestionen y la propia Iglesia: el establecimiento es competencia exclusiva del Obispo, que la ejerce a través de un decreto expreso de creación, y la titularidad también es de la Iglesia; mientras que se rechaza, en consecuencia, que la titularidad pueda corresponderle a la fundación privada promotora. No obstante, en base también al citado artículo, el reconocimiento de la actividad en los casos de titulaciones oficiales o con efectos civiles es ya una competencia atribuida a la legislación del Estado. En consecuencia, la relatividad y vaciado práctico predicados de este privilegio se debe a que cuando cualquier universidad católica se proponga impartir cualquier título oficial deberá someterse a la verificación y consiguiente dictamen del mencionado Consejo de Universidades, que deberá comprobar la suficiencia material, personal y docente de la respectiva universidad para impartir dicho título con las garantías debidas. En este sentido, la universidad es creada por el Obispo, pero su ejercicio docente a efectos civiles necesita del informe preceptivo del Consejo de Universidades, que examinará si la futura institución se ajusta a las exigencias materiales y personales básicas establecidas por el citado Real Decreto 557/1991.

El Consejo de Estado, en la primera cuestión sometida a su consideración, dictamina con claridad meridiana que “la Iglesia Católica es la titular de la Universidad de referencia, sin perjuicio de la eventual actuación de la Fundación en apoyo de la Universidad y de los fines en ella perseguidos”.

En relación con la segunda cuestión planteada acerca del valor jurídico del Informe de la DGAR, el Órgano Consultivo contesta de manera inequívoca: este Informe carece de la relevancia jurídica para ser considerado como “autorización” para la creación y puesta en funcionamiento de la Universidad. En este sentido, se insiste incluso en su descalificación como resolución jurídica y de su reducción a una simple opinión del DGSJE que, como se comprueba, es equivoca.

De este modo, el conflicto queda resuelto de este modo pacífico y en sede estatal. No obstante, la exégesis realizada impele estas otras consideraciones.

Primera. De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado de 16 de octubre de 1997, el Obispo de Ávila refunda la Universidad Católica de Ávila y acomoda su proyecto, estructuras, y organización al contenido de este Dictamen, a fin de de garantizar su carácter de universidad católica, de fundación episcopal y de dirección y gestión por parte de la Iglesia. En coherencia, el artículo 1 de sus Estatutos declara que “la Universidad católica “Santa Teresa de Jesús” de Ávila tiene la titularidad de la Iglesia Católica.
Segunda. A pesar de la declaración inequívoca de la titularidad de estas dos Universidades a favor de la Iglesia Católica, es preciso señalar que si ciertamente los Estatutos de la Universidad Católica de Ávila de 2001, artículo 1, disponen que esta Universidad es una Universidad de la Iglesia; y del mismo modo, la posterior Universidad Católica de San Vicente Mártir –erigida o creada por el Arzobispo de la Archidiócesis de Valencia por decreto de 8 de diciembre de 2003– establece así mismo en el artículo 1 de sus Estatutos –aprobados por el Arzobispo de Valencia el 8 de diciembre de 2003– que esta Universidad es una entidad de la Iglesia Católica. Contrariamente, el artículo 2 de los Estatutos de la Universidad Católica “San Antonio” de Murcia, aprobados por Decreto 350/2007 de Gobierno autonómico murciano, establece de modo literal que “La titularidad de la Universidad Católica “San Antonio”, así como las facultades de gobierno, gestión y administración corresponde a perpetuidad, a la Fundación Universitaria “San Antonio”, institución reconocida y declarada de interés por el Estado español por virtud de Orden de 27 de junio de 1988”. La declaración expresa de las dos primeras Universidades como Entidades de la Iglesia Católica se atiene fielmente a la interpretación del Concordato dictaminada por el Consejo de Estado; sin embargo, la titularidad de la UCAM atribuida a perpetuidad a la Fundación Universitaria “San Antonio” contradice de modo inequívoco al mencionado Dictamen; pues en éste se impide que la titularidad de una Iglesia Católica creada por el respectivo Prelado se atribuya a fundación alguna, con independencia de que ésta pueda ayudar a gestionarla, y deba atribuirse la titularidad a la propia Iglesia Católica.

Tercera. El alcance jurídico del privilegio concordatario de la creación de una universidad por la Iglesia Católica sólo tiene el valor sustitutivo de la ley autonómica o estatal de reconocimiento de ésta; pero la obligada autorización para su puesta en práctica necesita del informe preceptivo y positivo del Consejo de Universidades acerca de las exigencias personales y materiales establecidas en el Real Decreto 557/1991, así como de la homologación de sus planes de estudio para que se produzca la autorización del gobierno autonómico o estatal. El Consejo de Estado así lo expresa de modo literal con las siguientes palabras: “De acuerdo con la mencionada interpretación del efecto dual del artículo X del Acuerdo de 3 de enero de 1979, no sería precisa ley de creación o reconocimiento en la medida en que la Universidad de la Iglesia Católica ya ha sido establecida por ésta, pero dicha inexigencia no parece que deba alcanzar a la comprobación del cumplimiento de los requisitos mínimos del Real Decreto 557/1991 por la Administración territorial competente, ni al informe no vinculante del órgano de asesoramiento en la materia (el Consejo de Universidades), por cuanto ambos se refieren al modo en que se van a ejercer las actividades universitarias en el
sentido del artículo X.1, primer párrafo del Acuerdo citado. Con mayor claridad aun, la efectiva puesta en funcionamiento de estudios universitarios en ciencias no eclesiásticas por parte de una Universidad de la Iglesia Católica requeriría, de acuerdo con el artículo 15.2 del Real Decreto 557/1991, la comprobación por la Administración territorialmente competente del cumplimiento de los compromisos adquiridos en relación a las exigencias del propio Real Decreto citado y, en caso de que la comprobación fuera favorable, la autorización por aquélla de la puesta en funcionamiento de la Universidad, previa homologación de los títulos por el Gobierno tras la homologación de sus Planes de Estudios por el Consejo de Universidades”. En conclusión, el privilegio creativo no pasa de ser un brindis al sol sin esta obligada e inmediata acomodación a la normativa estatal.

6. LA ILEGALIDAD DE LA CREACIÓN DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN ANTONIO DE MURCIA -UCAM-

La vinculación cronológica e incluso de procedimiento en la elaboración del dictamen del Consejo de Estado impele a establecer otras diferencias jurídicas entre las Universidades Católica de Ávila y San Antonio de Murcia. La primera de éstas se encuentra en la coincidente promoción de la respectiva Universidad por una fundación: la primera se denominaba Fundación Cultural Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila y estaba constituida por el Obispo de Ávila, el Delegado territorial de la Junta de Castilla y León en Ávila, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ávila y el Presidente del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ávila; mientras que la segunda reza con el nombre de Fundación Universitaria “San Antonio” de Murcia, cuyo patronato estaba integrado por siete personas físicas, de las cuales dos –hermanos- figuran como fundadores (Ministerio de Educación y Ciencia, Fundación Universitaria San Antonio, fecha de inscripción 27/06/1988) y, además, son actualmente el presidente y el adjunto al presidente de la UCAM. La segunda nota diferencial evidencia el sometimiento a la interpretación del Concordato de la Universidad Católica de Ávila y la insumisión a sabiendas de ésta por la de Murcia, como así se demuestra en los fragmentos citados de los Estatutos de ambos centros de Enseñanza Superior. La tercera distinción muestra la irregular aprobación de estos Estatutos, pues en la primera son aprobados por la correspondiente autoridad eclesiástica, mientras que la murciana consigue la aprobación decretal del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia, que aun a sabiendas de su incompetencia normativa los aprueba por Decreto 350/2007.

La aprobación por el mencionado Decreto 350/2007 autonómico murciano de los Estatutos de la UCAM –el artículo 2 de éstos dispone que “La titularidad
de la Universidad Católica así como sus facultades de gobierno, gestión y administración corresponden a perpetuidad a la Fundación Universitaria San Antonio”– es ilegal; pues incurre en contradicción con la doctrina inequívoca del Consejo de Estado de negar la titularidad a cualquier fundación y atribuirselas de modo exclusivo y excluyente a la Iglesia Católica.

En este sentido, la predicada atribución ilegal de la titularidad de la UCAM a la mencionada Fundación vendría a ser denunciada por el Obispo de turno de la Diócesis de Cartagena. El Comunicado del Obispado sobre la suspensión de actos de la inauguración del Curso Académico de la Universidad Católica San Antonio de Murcia, de 14 de noviembre de 2008, “reproueba” los Estatutos aprobados por el Gobierno autonómico y los califica de “ilícitos e inválidos”. A su vez, se expresa en éste Comunicado dos actuaciones: la continuidad de las acciones interpuestas ante los tribunales del Estado, de un lado; y, de otro, “se mantiene” a la espera de las decisiones de la Santa Sede en este conflicto. Significativamente, este Prelado es nombrado el 7 de marzo de 2008 –cuatro meses después del Comunicado- Obispo de Alcalá de Henares. La disputa puede considerarse acabada en cuanto que el nuevo Prelado retira esta denuncia y asume los hechos consumados de la ilegalidad de la titularidad de la Fundación sobre la UCAM. Conviene adjuntar en esta controversia entre el Obispo de Cartagena y la Santa Sede, la opinión –cronológicamente intermedia entre las fechas del Comunicado y del cese del Prelado– de Angosto Sáez en la medida que denuncia la ilegalidad, predica la titularidad de la Iglesia sobre la Universidad y en referencia a la aquiescencia de la Santa Sede de renunciar a la titularidad de la Iglesia a favor de la Fundación escribe que “Mi opinión sobre las razones de la insólita decisión vaticana prefiero no explicitarla” (diario La Verdad, de 11 de noviembre de 2008).

Como puede deducirse, las causas escondidas de la ilegalidad cometida por la Fundación, por el Gobierno autonómico y por la Santa Sede no deben ni pueden ser objeto de este estudio; pues pertenecen ya a una materia propia de otra investigación –posiblemente integrada en el género de novela negra– ajena al análisis jurídico.

7. LA REGULACIÓN CONCORDATARIA DE 1979 PERMANECE INALTERADA. UNA ÚLTIMA OPINIÓN –Y PROPUESTA- SOBRE ESTE PRIVILEGIO ANACRÓNICO, DESREGLADO, INCONSTITUCIONAL E INNECESARIO

Sólo resta ya poner de relieve que la Disposición adicional tercera de la LRU de 1983 ha sido derogada y sustituida por La vigente Ley Orgánica 6/2001, de
21 de diciembre, modificada por la 4/2007, de 12 de abril, -LOMLOU- que de modo expreso reitera este privilegio concordatario en su Disposición adicional cuarta con el siguiente dictado: Las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia Católica en España con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de la Ley de reconocimiento

Esta referencia normativa debe ser completada con las exigencias legales establecidas para la creación en España de las universidades privadas. La propia LOMLOU citada mantiene esta competencia a favor del Estado y de las Comunidades Autónomas en su artículo 4: El reconocimiento de las Universidades privadas se llevará a cabo

- a) Por Ley de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse.
- b) Por Ley de las Cortes Generales a propuesta del Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse.

Para el reconocimiento de las Universidades privadas, que tendrá carácter constitutivo, será preceptivo el informe del Consejo de Coordinación Universitaria en el marco general de la enseñanza universitaria.

Asimismo, el artículo 5 dispone la libre creación de Universidades privadas por personas físicas o jurídicas, dentro del respeto a los principios constitucionales y con sometimiento a lo dispuesto en esta Ley y a las normas que en su desarrollo dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

Esta exposición del fragmento concordatario de la creación por la Iglesia Católica de universidades privadas ha demostrado no sólo la desregulación normativa de desarrollo del privilegio concordatario; sino, sobre todo, la improcedencia de su existencia por estas dos razones: la creación eclesiástica se encuentra condicionada de inmediato por la adaptación de la nueva universidad a la legislación estatal; y, sobre todo, la existencia legislada de reconocimiento de universidades privadas por ley autonómica o estatal posibilita a cualquier persona física o jurídica, con independencia de su ideología o credo, crear éstas. Y así se ha venido reconociendo la creación de la mayoría de las nuevas universidades católicas en España, como ya se ha puesto de manifiesto.
La consideración conclusiva acerca de este Acuerdo de 1979, en este tema universitario concreto, manifiesta su contradicción con la Constitución de 1978; pues el artículo 16 de ésta dispone la aconfesionalidad religiosa del Estado español, y esta regulación concordataria difícilmente puede ser considerada integrada en el último párrafo de citado artículo: Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. En consecuencia, atribuir la competencia para crear universidades de esta Iglesia al Obispo y mantenerle la consiguiente titularidad difícilmente puede ser considerada como una relación de cooperación, sino como cesión de la soberanía estatal española en esta materia universitaria. Además, esta facultad eclesiástica resulta ineficaz y anacrónica en el momento presente, tanto para el Estado vaticano, para el español así como para la propia universidad creada; pues disocia la titularidad –competencia de creación, modificación y extinción– con la propia existencia de la gestión docente, económica y de gobierno de ésta en manos del propio Obispo. En este supuesto, incluso, la disputa y en su caso enfrentamiento entre la fundación, asociación o corporación religiosa privada promotora y gestora y dicho Obispo puede surgir en cualquier momento, salvo un escondido acuerdo entre ambos. Este Acuerdo es también anacrónico, y la responsabilidad de este Tratado de privilegio debe serle predicada tanto a la Santa Sede como al Gobierno representante del Estado español firmantes de la referida regulación de este Acuerdo, explicable sólo en esa conservación y mantenimiento de una Iglesia Católica y de un Estado herederos, ambos, de un pasado degenerado y dañoso entre ambos poderes en España.

Esta crítica no debería ser entendida como manifestación anticlerical o rechazo alguno a la creación de universidades privadas católicas; pues se considera un acierto histórico que toda persona física o jurídica, ya tenga carácter religioso o no, tenga garantizada en el artículo 27 de la Constitución, en la LOMLOU, y en las demás legislaciones autonómicas el derecho de crear universidades privadas. Así pues, asumiendo el procedimiento legal establecido para éstas no habría necesidad de recurrir a este Acuerdo de privilegio y de contradicción disfuncional entre la titularidad, la propiedad y actividad de esta reliquia concordataria de un pasado que debería haber sido ya superado. En conclusión, se postula la creación de universidades católicas a través del procedimiento establecido para las universidades privadas, en el que la legislación vigente se limita a un reconocimiento por parte de las Asambleas estatal o autonómica de la nueva universidad creada por personas físicas o jurídicas, independientemente de su credo religioso.
La propuesta no puede ser otra que no sea, en coherencia, la supresión normativa de esta regulación de privilegio, que desprestigia a la propia Iglesia Católica y al Estado constitucional español; y si esto no sucediera, los Obispos españoles deberían rechazar la puesta en práctica de su competencia de creación. De este modo, la existencia y prestigio de las universidades privadas católicas se vería en su caso y dependiendo de cada institución fortalecida incluso, como sucede por ejemplo en muchos casos españoles y en los de otros países, especialmente en Estados Unidos, en los que un gran número de estudiantes buscan junto a su formación académica un complemento de su dimensión religiosa en estas instituciones de enseñanza superior.
concepción
la formalidad de un
la sustantividad a
Sujeto o persona, de
SUJETO O PERSONA, DE LA SUSTANTIVIDAD A LA FORMALIDAD DE UN CONCEPTO

“El derecho constituye un objeto cultural; algo que forma parte del patrimonio cultural de cada pueblo con el mismo título de legitimidad que su lengua, su tradiciones y creencias, su arte, su folclore, etc.”

Alberto Montoro Ballesteros, *Poder y formas de Derecho.*

El Derecho, en tanto que fenómeno cultural, como el resto del conocer, se crea y se Transmite y, en tal medida, constituye una forma de comunicación¹ (como lo son también el lenguaje, el arte o la ciencia). No obstante, el Derecho constituye una forma muy singular y particular de comunicación, pues principalmente no nos Sirve para comunicar conocimientos acerca del saber, con él no comunicamos ideas, su utilidad fundamental no es exactamente esta (si acaso, sólo lo que llamamos teoría del Derecho tiene ese sentido, pero la teoría del Derecho, como sabemos, no es el Derecho, la Teoría del Derecho es solamente saber sobre el Derecho, es sólo un metalenguaje jurídico). El Derecho supone “un hacer” inventado (creado) por el hombre para conservar y comunicar fundamentalmente “bienes”, de modo, que a su través creamos “bienes jurídicos”, los conservamos y los trasmitimos porque resultan beneficiosos a la comunidad. El Derecho, si Sirve fundamentalmente para algo, Sirve para proteger, conservar y transmitir “bienes jurídicos”, de aquí precisamente la importancia que el concepto “bien” adquiere en el Derecho. Potencialmente todo lo que merece ser protegido, por ser bueno para la sociedad, es reconocido por el Derecho como un “bien jurídico”. Por eso todo lo que es digno de protección –como algunos bienes materiales (una casa por ejemplo), o los seres vivos que sirven al hombre (un animal por ejemplo), ciertos institutos (como la familia)– son objeto de amparo o, si se nos permite la expresión, “dignos de defensa”. Es decir, el derecho tiene entre sus principales cometidos indicar (comunicar) qué es lo que jurídicamente se ha de proteger para que una sociedad humana funcione con criterios de justicia, para cuyo cometido distingue, por mediación del saber y del razonar –construyendo, como sabemos, “ficciones jurídicas”²– a los sujetos de derecho (titulares de los bienes) de los objetos de derecho (bienes).


1. SUJETOS DE DERECHO

Como sostenía D. José Arias Ramos en su, más que clásico, manual del Derecho Romano, con el que muchas generaciones de juristas españoles se introdujeron al estudio del Derecho, “el sujeto de derecho es designado, en la terminología de nuestra disciplina, con la palabra *persona*”. Así pues, el sujeto del derecho es la persona; la persona es el ser al que el derecho reconoce la capacidad jurídica para actuar, o dicho de otro modo, persona es quien es susceptible de ser titular de derechos y responsable de obligaciones. Las nociones “persona”, “capacidad jurídica”, “titular de derechos”, etc., no son exactamente realidades, sino que son conceptos jurídicos elaborados por el hombre (los juristas) con la finalidad de crear una serie de instrumentos (jurídicos) que le permitan defender ciertas estructuras sociales y hacer posible, con ello, la convivencia en orden y paz, con arreglo a criterios de justicia. El hombre (ningún otro ser puede hacerlo) a lo largo de su historia ha indagado acerca de cómo resolver los problemas cotidianos que en la sociedad se plantean, buscando las soluciones a tales problemas y creando instituciones mediante las cuales (por experiencia –muchas veces– más empírica que racional), se resuelven aquellas cuestiones complejas que la sociedad plantea cotidianamente.

Volviendo, pues, a la idea de persona, este concepto no es más que un instrumento jurídico creado, transmitido y puesto al servicio del ser humano, para

---


6 Aun hoy ese es el sentido del Derecho. En sociedad, en la vida real, todos necesitamos dormir y habitar “bajo cubierto”, aunque no todos los hombres tienen las mismas posibilidades de hacerlo, dadas las peculiaridades circunstancias de cada uno. Por eso se han desarrollado diversas “ficciones jurídicas” que permiten (de un modo u otro) que podamos satisfacer tal necesidad, sea mediante la propiedad, el arrendamiento, el usufructo, el precario, etc. Al final el hecho es que podamos dormir “a cubierto” o lo que es igual tener un domicilio (aunque esto último sea ya, de nuevo, un concepto jurídico).
que este pueda desarrollarse mejor y vivir con mayor dignidad\textsuperscript{7}. Un concepto que permite la incommunicabilidad jurídica de obligaciones y derechos y que facilita la distribución de roles en sociedad. Kelsen, sin embargo, la definió formalmente como “la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir deberes y derechos que contienen la conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de tal individuo”\textsuperscript{8}. Incluso de una definición tan normativa y formal como esta se deduce que la persona, en tanto que conjunto de normas que regulan, como jurídico, el comportamiento de un hombre, sea una pieza fundamental de estructuración social, puesto que cada persona tiene unos muy particulares deberes y derechos (únicos e inconfundibles)\textsuperscript{9}, o incluso ninguno como, por ejemplo, ocurrió en determinados ordenamientos jurídicos (Roma, por ejemplo) al no atribuir personalidad jurídica a todos los hombres (caso de los esclavos que eran considerado semovientes); “decir que un esclavo no es jurídicamente persona, o no tiene personalidad jurídica, significa que no hay normas jurídicas que califiquen su conducta como deber o como derecho”\textsuperscript{10}.

De este modo se puede tajantemente afirmar que las conductas ordenadas por las normas no pueden afectar más que a las conductas de los hombres, por ser éste (el ser humano) el único ser que las puede entender, aceptar o contravenir. En cualquier caso, lo que parece muy claro es que, a efectos jurídicos, tales acciones humanas (y sólo humanas) deben ser interpretadas bajo el conjunto de normas que delimitan a cada persona, es decir bajo la sombra del estatuto personal.


\textsuperscript{9} No como se pretende con el concepto, más político que jurídico, de “individuo” que iguala en derechos y obligaciones a todos.

El instrumento jurídico ( ficción jurídica) que llamamos persona nos sirve para delimitar “quién” podrá ser “titular de derechos”, o dicho de otro modo, quién podrá ejercitar una acción, si llegado el caso así lo decide (conforme a su libre voluntad, o a la que le sea construida, en este último caso siempre por hombres\textsuperscript{11},) por ser titular de ella.

El Derecho es, pues, un instrumento al servicio del hombre, como lo prueba el significado de la mayor parte de los “artificios” o “mecanismos jurídicos” que presenta. Ejemplo claro de ello lo encontramos en la tutela o en la curatela, ambas instituciones creadas para permitir dotar de voluntad al hombre que por razón de su edad o por sufrir cualquier tipo de enajenación no tiene completa su capacidad de discernimiento. Estas dos “ficciones jurídicas”, mediante las cuales se dota (jurídicamente) de voluntad a quien no la tiene, se explican precisamente porque vienen a dar al hombre lo que por “naturaleza” parece no debe faltarle, voluntad y capacidad de discernimiento, para aquellos casos en los que, excepcionalmente, esto no es así y, claro está, sólo mientras que se mantenga esa situación. Es decir, ambas instituciones son instrumentos jurídicos mediante los que se suplen, por mediación de una “ ficción jurídica” creadas por el ius civile, las carencias de determinados seres humanos, permitiendo conferir voluntad (capacidad de discernir) al que excepcionalmente no la tiene con el objeto de darle su espacio jurídico en sociedad, es decir, atribuirle sus obligaciones respecto a los demás conforme al “bien común”.

Ese mismo cometido, instrumental, tiene la “ ficción jurídica” que conocemos con el término “persona Jurídica”, ficción que permiten dotar de voluntad a asociaciones o instituciones que, compuestas de hombres, persiguen fines de utilidad colectiva y que, sin ese artificio, no podrían operar en defensa de esos intereses colectivos\textsuperscript{12} que ciertos grupos humanos defienden.

Sea como fuere, cualquiera que sea la ficción jurídica a la que nos refiramos o que pueda crear (con más o menos sentido común) el legislador, siempre

\textsuperscript{11} La aparente contradicción que Kelsen plantea en este asunto respecto a la doctrina de Windscheid no adquiere importancia en cuanto a este aspecto. Vid. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtsstaats” traducida al castellano en su segunda edición de 1923 por Wenceslao Roces, Editorial Porrúa, México1987, con el título de “Problemas Capitales de la teoría jurídica del Estado”. Pág. 512.

\textsuperscript{12} “En definitiva, no cabe negar que el Derecho es algo por y para el hombre, el cual, en último resultado, será siempre el verdadero sujeto de derecho, cualesquiera que sean las formaciones que la técnica jurídica construya para su comodidad”. ARIAS RAMOS, J. Derecho Romano, Edersa 1986, Tomo I, Pág. 95.
será necesaria la cooperación de al menos un hombre en el momento de conformar la voluntad que pueda ser posteriormente imputable sea tanto a su persona (la física como la jurídica), como a cualquier otra que precise ser asistida. Por este sencillo motivo el sujeto de derecho no puede ser más que “el hombre” concreto, es decir, aquel hombre con capacidad de discernimiento e investido de responsabilidad que puede ajustar su comportamiento a lo que de él se espera en sociedad (establecido normativamente). Difícilmente ningún otro ser (fuera del hombre) podrá ajustar (o no ajustar) voluntariamente su comportamiento a lo que indican las normas con la pretensión de obtener resultados jurídicos, pues fuera del género humano, de momento que se sepa, no hay posibilidad de discernimiento y por ello de Derecho.

| 2. PERSONA EN LA TEORÍA FORMALISTA KELSENIANA |

No cabe duda que Kelsen considera que el derecho establece comportamientos humanos, pero no deja de ser significativo, que una vez admitido ello, no considere sin embargo que el hombre (como tal) sea precisamente quien goce del protagonismo (como titular de derechos) en el mundo jurídico. Si, antes de dirigir nuestra atención a la doctrina de nuestro autor, para mejor comprender lo que Kelsen opina en torno al sujeto de derecho y a la persona en el derecho, se nos permite poner un ejemplo (muy ilustrativo, creemos) utilizando para ello las reglas de un juego de ajedrez, como tantas veces se ha hecho para ilustrar temas jurídicos, podríamos decir lo siguiente: en el juego del ajedrez todo está sujeto a normas, normas que preestablishen quiénes han de ser los personajes del juego, independientemente de que, materialmente, ciertos “hombres” entren en el juego; de esta forma el ajedrez admite tantas personas en el juego como figuras, con una personalidad muy definida (de modo que cada personaje tiene muy bien atribuidas sus competencias propias y que el resto no puede arrogarse), de este modo para referirnos a ellos siempre llamaremos a cada jugador por su substantivo y por su posición en el tablero (por ejemplo, torre negra: f5) independientemente del hombre (u hombres) que esté realmente detrás.

---

13 Volvemos a recurrir a un ejemplo muchas veces utilizado por los juristas y en particular por existir una fuerte relación entre el mundo del derecho y el de los juegos como Gregorio ROBLES ha puesto de manifiesto en su libro Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos, IIC. México 1988.

14 Ocho peones, dos torres, dos caballos, dos alfiles, un rey y una reina por cada parte del juego.

15 Los movimientos de ajedrez los puede hacer un solo hombre (o un equipo a su servicio). De forma que cada ficha representa una persona individual sujeta a su propio y característico ordenamiento dentro del ordenamiento general.
de esa personalidad jurídica (pues puede ser un solo hombre, o más de uno los que estén pugnando en el juego tras esos personajes del juego). Por otra parte, la voluntad de cada uno de los jugadores vendrá determinada por las reglas de juego y será independiente de la propia voluntad psicológica de quien esté materialmente cumpliendo las pautas de conducta ordenadas por las reglas de juego; nos explicamos, la voluntad de mover una pieza en un sentido u otro no dependerá sólo del deseo psíquico del hombre (o conjunto de hombres) que decide la jugada, sino de que, conforme a lo que está establecido en las normas, la pieza a mover sea un alfil, una torre o un caballo, por ejemplo (lo que no impide que en ocasiones tal voluntad pueda ser coincidente) de modo que una vez que se cumpla la condición establecida en la norma (independientemente de la voluntad psíquica humana) se entenderá que el resultado (previsto por la norma) es la voluntad del sujeto de juego (por ejemplo, la decisión de mover un caballo dos casillas hacia delante y una lateral\(^\text{16}\)). De esta manera los sujetos del juego del ajedrez son las figuras y su voluntad, en parte, vendrá determinada por las normas que establecen las reglas del juego. Cualquier acción que contravenga las normas de juego, se entenderá que no ha existido, y, en consecuencia, no ha de tener relevancia jurídica alguna (estará fuera del derecho, por ejemplo, la ejecución de un movimiento imposible); por eso, no deben confundirse las normas punitivas respecto de las normas constitutivas del juego; las normas punitivas sí forman parte de las reglas del juego, y no tratan de impedir lo jurídicamente imposible (comportamientos no contemplados en el derecho y que, en consecuencia, no han de producir efectos algunos, de ahí la necesidad de reposición del orden jurídico\(^\text{17}\)), las normas punitivas, como sostiene Kelsen, sí forman parte del elenco jurídico y contemplan, por ello, situaciones jurídicas posibles; por ejemplo, si esta previsto, jurídicamente, que ningún jugador (personaje del juego y no hombre) puede dejarse, en el juego del ajedrez, alcanzar en una misma casilla por otro jugador, la norma prevé para este hipotético caso una sanción (consistente en desaparecer del espacio físico del juego), así pues, si esto ocurriera, por estar previsto

\(^{16}\) En el ajedrez la voluntad de cada uno de los personajes viene determinada por el contexto normativo, así, por ejemplo, ha de entenderse que la voluntad de un Alfil es siempre la de desplazarse en diagonal sobre el tablero (aunque el hombre que desarrolla la acción quisiera, o le interesase, otra cosa).

\(^{17}\) En el ámbito del procedimiento tenemos un claro ejemplo en la llamada nulidad de actuaciones, consistente, como sabemos, en la declaración de nulidad (de inexistencia) de todos aquellos actos procesales que se hayan realizado tras el quebrantamiento de cualquier tramite procesal, reponiendo el procedimiento en el trámite donde se produjo la infracción (es decir, materialmente, haciendo desaparecer, como si nunca hubiese existido, todo aquello que no se acomodo a lo establecido).
en derecho, tendrá la correspondiente consecuencia y será castigando con su desaparición del espacio de juego la pieza (sujeto) que, quebrantando la norma, se deja alcanzar. En definitiva, lo que queremos ilustrar con el ejemplo, es la idea de que, según la doctrina kelseniana, si el derecho es orden y todo está ordenado, el hombre, como tal, no asume más que un mero papel de impulsor (como en los juegos) de ciertas acciones que tienen consecuencias jurídicas, pero que, sin embargo, el hombre no es la persona o sujeto titular del derecho. Podemos concluir, entonces, que Kelsen concibe que el derecho establece conductas humanas como condiciones para que se produzcan determinados efectos jurídicos, pero que tales conductas y, sobre todo, sus efectos escapan al ámbito de la voluntad del hombre como tal y que alcanzan tan solo a lo que Kelsen, reduciéndolo también a mero fenómeno jurídico, llama persona, siendo esta última una abstracción jurídica y, en todo caso, la verdadera titular del derecho. Es necesario pues, distinguir con toda claridad que la conducta descrita por el derecho es la conducta humana (aunque no toda conducta humana interesa al derecho), pero que tal conducta descrita (a la que se unen consecuencias preestablecidas) tiene como misión establecer un orden que permita prever las consecuencias de las acciones, que no dependerán ya, así, de la voluntad (o de la libertad del hombre) sino de lo que establezca el propio ordenamiento. El derecho, así concebido, no tiene como misión proteger status jurídicos preexistentes, ni atender a la idea del “bien común”, sino fijar un mero orden social. O dicho

18 “Los sujetos en el Derecho son las personas. Tradicionalmente se distinguen las personas físicas y las personas jurídicas, señalándose que las primeras corresponden al reconocimiento de una realidad natural (el hombre) previa a la existencia del orden jurídico, mientras que las segundas carecen de tal soporte, siendo producto de la creación de las reglas. Esta posición, como ya ha demostrado la concepción normativista del Derecho, es inaceptable, pues desconoce el carácter jurídico de la llamada persona física, que no puede ser entendida sino como una construcción que el orden jurídico realiza, exactamente igual que en el supuesto de la llamada persona jurídica. La confusión de la doctrina tradicional –de progenie iusnaturalista- proviene de la creencia de que el sujeto natural del Derecho es el hombre y que el orden jurídico no puede sino reconocer tal realidad jurídica previa” G. ROBLES, Las Reglas del Derecho... Op. Cit. Pág. 56. Nosotros matizaríamos, solamente, el hecho de que es la titularidad más que la sujeción lo que se discute, por lo demás el razonamiento puede ser trasladable al tema que nos ocupa.

19 “Desde el punto de vista de un conocimiento enfocado en el objeto de las normas, el hombre entra en consideración no como un ser viviente específico, sino que se está poniendo énfasis sólo en un comportamiento de los hombres perfectamente determinado, y sólo en referencia a este comportamiento perfectamente determinado está el hombre “sometido” a un orden normativo, en calidad de sujeto de una obligación, de una autorización o un permiso positivo. No es el hombre mismo quien corresponde o contradice a una norma —como suele decirse—, sino un muy específico comportamiento del hombre”. Kelsen, H. Teoría General de la Normas. Editorial Trillas, México D.F., 1994. pág. 100.
con toda claridad, no tiene como misión proteger derechos, privilegios o libertades preexistentes a la norma, sino establecer un orden que puesto en relación con el comportamiento de los hombres, indique cuáles han de ser las consecuencias de tales acciones, de manera que, a efectos jurídicos, poco importará por qué se hizo la acción (cuál fue la razón psíquica para la acción, si se corresponde con una obligación del sujeto respecto a la sociedad) sino como informa la norma (única fuente de deber en Kelsen) de cuál ha de ser su resultado.

De ahí que Kelsen afirme que el hombre es una realidad biológica, fisiológica y psicológica, pero en modo alguno una noción jurídica, de modo que el derecho solo le recoge o se refiere a él en tanto que describe comportamientos que pueden ser objeto de su ámbito de actuación. En modo alguno piensa, nuestro autor, que puedan ser identificados los conceptos de hombre y persona, pues estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes\(^\text{20}\). Efectivamente para nuestro autor es un error partir de la equiparación entre persona física y hombre; este error lo comete, denuncia Kelsen, entre otros el propio Austin, al definir la persona jurídica como “un ser humano en cuanto titular de derechos y sujeto de obligaciones”\(^\text{21}\). El error se comete al considerar como homogéneos dos conceptos enteramente distintos, pues mientras que el hombre es, como ya hemos dicho, un concepto de la biología y la fisiología (es decir, de las ciencias de la naturaleza), la persona es un concepto de la ciencia jurídica y, en consecuencia, una noción enteramente jurídica. Tal noción “es que la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes o el objeto de tales derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes. Formulado con mayor exactitud: la persona física (o natural) es la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir deberes y derechos que contienen la conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de tal individuo”\(^\text{22}\). Como ya hemos sostenido anteriormente Kelsen considera que las conductas ordenadas por las


normas no afectan más que a los hombres, ahora bien, lo que sí parece claro es que los efectos de tales acciones humanas deberán ser interpretados bajo el conjunto de normas que precisan su persona. Así, formalmente, explica Kelsen que un mismo acto realizado por dos individuos puede tener distintos efectos jurídicos dependiendo de su persona (el conjunto de normas que regulan su comportamiento individual), de modo que si uno es incapaz (conforme a derecho) la acción de un acto de compraventa podrá ser nula, no teniendo tal efecto, y en consecuencia será inválido, mientras que el mismo acto realizado por un individuo declarado por el derecho capaz tendría plena validez. “La persona física o natural no es pues una realidad natural, sino una construcción del pensamiento jurídico”.

Todo esto permite afirmar, a juicio del austriaco, que el hombre, como única entidad física existente de hecho, es un mero cumplidor de normas, sujeto al orden jurídico, al cual queda vinculado en todas sus acciones (incluso cuando supuestamente esta ejercitando un derecho, como es disponer en venta de un inmueble, lo único que hace es sujetar su comportamiento a normas preestablecidas, es decir adecuar su comportamiento a la forma “en que es debido” vender y cobrar el precio de venta) mientras que en el mundo del derecho pueden existir las personas (entidades jurídicas no reales o fácticas) que son a las que formalmente se les atribuyen las facultades o los derechos (bajo condiciones protocolarias, por ejemplo una persona física puede vender si cumple ciertos protocolos, como es tener capacidad de obrar, ser titular del derecho, no tener el bien carga alguna, etc. O una persona jurídica puede disponer de un bien, también mediante el cumplimiento de ciertos protocolos, como es haber reunido al órgano que la rige, que el bien esté exento de cargas, etc.). Es decir, que frente a algunas opiniones hasta ahora vertidas por otros autores, consideramos que lo que mantiene Kelsen es precisamente, que el hombre, como ser fáctico (metajurídico), es quien

---

23 A los efectos de ilustrar la teoría kelseniana podemos poner un claro ejemplo. Dos situaciones idénticas separadas por el plazo de 50 años en la sociedad española. La mujer casada antes de la reforma del 58 necesitaba del consentimiento del marido para disponer de sus bienes, tras la citada reforma, tal consentimiento ya no fue necesario. No puede decirse que la mujer (psíquicamente) cambiara de capacidad, sino que en ese aspecto jurídico cambió su persona, es decir su capacidad jurídica.


está sujeto a las normas jurídicas (sujeto de derecho\textsuperscript{26}), es decir quien tiene que acomodar sus acciones a la norma, si quiere que tengan consecuencias jurídicas, pero que en realidad los titulares de facultades y derechos son las entidades jurídicas establecidas por el propio ordenamiento (las personas) que, esas sí, son entidades del derecho.

\textsuperscript{26} En este sentido manifiesta Kelsen que: al expresar que un individuo es sujeto de una obligación jurídica, o que tiene una obligación, no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico, es decir, que la conducta contraria es convertida en condición de una sanción (mecanismo en razón del cual surge la obligación), y que con la expresión de que un individuo es sujeto de (esta sujeto a) un poder jurídico no se dice más sino que, según las normas del orden jurídico, actos determinados de ese individuo producen (como efecto) normas jurídicas, o que determinados actos de ese individuo participan en la producción o aplicación de normas jurídicas. KELSEN, H. \textit{La Teoría Pura del Derecho}. 2\textsuperscript{a} ed., Traducida al castellano por R. Vernengo, UNAM, México, 1979. Pág. 179.
Significación y funciones de la promesa en el derecho

Rosa Mª Montoro Rueda
Universidad de Murcia
SIGNIFICACIÓN Y FUNCIONES DE LA PROMESA EN EL DERECHO

1. NOCIÓN DE PROMESA, ELEMENTOS Y EFECTOS DE LA MISMA

1. Noción y efectos de la promesa

Ante todo la promesa se configura como una institución religiosa y moral consistente en el ofrecimiento voluntario que una persona hace a Dios o a sus santos de ejecutar una obra buena o piadosa con el fin de obtener una gracia\(^1\). Obtenida la gracia la promesa genera la obligación religiosa y moral de su cumplimiento. Siendo esto así, la significación y alcance de la promesa no se circunscribe a los ámbitos religioso y moral sino que penetra y despliega su eficacia vinculante en el campo del Derecho, tanto público como privado, apareciendo así la promesa como institución jurídica.

Desde el punto de vista del Derecho, la promesa puede definirse como una declaración unilateral de voluntad, seria y definitiva, mediante la cual una persona expresa libremente, la intención o deseo de, en un tiempo futuro y mediando por lo general ciertas condiciones, dar a otra persona alguna cosa o realizar en su favor (o en el de un tercero) cierto acto, prestación o servicio. El reverso de esa declaración de voluntad puede consistir en no dar o no hacer algo a favor de otro. Desde el punto de vista estrictamente jurídico el problema fundamental y más discutido es el de dilucidar si la promesa puede configurarse en el ordenamiento jurídico como fuente de obligaciones. En este sentido hay que advertir que la doctrina e incluso la misma legislación han experimentado una evolución.

La doctrina tradicional más generalizada rechazaba la hipótesis de que la declaración unilateral de voluntad de una persona pudiese generar una obligación. Lo más común era la tesis de que la declaración de voluntad de una persona no genera obligación alguna hasta que ésta no es aceptada por otra persona. Así sucede en el ámbito del Derecho canónico con la promesa de matrimonio. La promesa unilateral de matrimonio no genera obligación alguna si no hay aceptación de la otra parte. Cuando se produce la aceptación surge la obligación en virtud del acuerdo de voluntades en que consisten los espousales (sponsalia)\(^2\). Similar posición es la mantenida por A. Reinach al ocuparse del

---

\(^1\) ROYO MARÍN, A., Vº “Promesa” (Teología Moral), Gran Enciclopedia Rialp, T. XIX, Madrid, 1974, págs. 240 y 241.

tema de la promesa. Según Reinach la promesa genera obligación cuando ella es conocida y aceptada por el destinatario. Desde una perspectiva histórica Reinach expone algunas teorías, a veces ingeniosas, que tratan de explicar las condiciones y requisitos que deben darse para que la promesa genere obligaciones. En este sentido Reinach estudia la teoría nominalista de David Hume, la teoría psicológica de Theodor Lipps y la teoría de la consecuencia de W. Schuppe.

Sin tanto artificio la doctrina jurídica más actual se ha manifestado a favor del reconocimiento de la declaración unilateral (y por tanto de la promesa) como fuente de obligaciones. Pasos decisivos han supuesto en este sentido las aportaciones de Ossorio Morales, Díez-Picazo, Hernández Gil y Lalaguna. Con todo, la posición más clara y abierta, en la consideración de la promesa como fuente de obligaciones, es la representada por Beltrán de Heredia, quien comenta la proximidad entre las posiciones de Lalaguna y Díez-Picazo, pero apunta más allá de ellas. Su comentario es el siguiente: “Ciertamente, las consideraciones de Lalaguna y Díez-Picazo en torno a la causa como elemento importante en la fundamentación de la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad son importantes, pero no descarta en esta finalidad de fundamento, como hace Lalaguna, ni el poder de una voluntad autónoma, ni la declaración de voluntad

---

3 REINACH, A., Los Fundamentos Apriorísticos del Derecho Civil, Barcelona, 1934, págs. 55 y ss. y 62 y ss.
4 Ibid., págs. 56, 58, 62 a 65.
5 Ibid. págs. 72 y ss.
6 Ibid., págs. 77 y ss.
7 Ibid, págs., 83 y ss.
al ser emitida.”\textsuperscript{12} Añadiendo que en su opinión “se complementan y refuerzan el argumento causal, que es más jurídico” con el poder de la voluntad autónoma y la declaración de voluntad al ser emitida\textsuperscript{13}.

Beltrán de Heredia, dando por comúnmente admitido que el art. 1089 enumera sin criterio de \textit{numerus clausus} las fuentes de las obligaciones, defiende la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad sea fuente de obligaciones en los siguientes términos: “No nos engañemos, la cuestión hay que plantearla en sus términos exactos y claros: la declaración unilateral de voluntad ¿es fuente de obligaciones?. Hay que repetir por última vez una opinión muy generalizada: A) El artículo 1089 no impone un sistema de \textit{numerus clausus} en materia de fuentes de obligaciones; B) No hay ningún artículo en el que expresamente se admita esta nueva fuente de obligaciones; hay artículos, el 1901 y el art. 1, en los que el intérprete puede encontrar un punto de partida inicial; C) Hay numerosos casos concretos que la doctrina admite como supuestos de fuentes de obligaciones nacidas por vía de declaración unilateral de voluntad; D) La realidad social ofrece, e irá aumentando, los supuestos hasta ahora contemplados y ya admitidos. Ante esta panorámica, –se pregunta Beltrán de Heredia– ¿se puede admitir con carácter de generalidad y no meramente enunciativa de algunos supuestos, la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones? (Y añade:) Se observa en la doctrina como un cierto deseo –coexistiendo con un cierto temor– a contestar rotundamente en sentido afirmativo. La solución al problema que estoy estudiando –añade Beltrán de Heredia– no tiene que venir necesariamente por la vía de una admisión legislativa. Hay una jurisprudencia, ciertamente vacilante, confusa e intermitente, pero apunta tendencias y deseos. Hay una investigación científica y, en consecuencia, una corriente proclive a admitir la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones para dar respuesta a una realidad social”\textsuperscript{14}.

El silencio del artículo 1089 y la posible laguna legal se puede suplir acudiendo al sistema de fuentes del Derecho. Yo no veo ningún inconveniente –continúa Beltrán de Heredia– en entender la palabra \textit{ley} del artículo 1089 en un sentido amplio como comprensiva del total ordenamiento jurídico y como comprensivo de nuestro sistema de fuentes del Derecho donde se encuentra la

\textsuperscript{12} BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., \textit{La obligación (concepto, estructura y fuentes)}, Madrid, 1990, pág. 127.

\textsuperscript{13} Ibíd. pág. 127.

\textsuperscript{14} Ibíd. pág. 128,129.
fundamentación positiva de la admisión de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones"\textsuperscript{15}

Para concluir y para poner de relieve la coherencia de la consideración de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones con nuestro ordenamiento jurídico, Beltrán de Heredia se remite a la ley 521 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, que dice: “Toda promesa sobre cosa y bajo condición lícita obliga al que la hace desde que es objeto de publicación suficiente, aunque nadie haya notificado su aceptación. Si el promitente no hubiere fijado plazo, se entenderá mantenida la oferta durante el tiempo que parezca necesario según arbitrio del Juez. Si una persona determinada hubiere notificado al promitente su aceptación antes de caducar la oferta, ésta se entenderá mantenida respecto al aceptante durante un año y un día, a no ser que en el momento de la aceptación se hubiere convenido otro plazo”\textsuperscript{16}

En sentido análogo al Prof. Beltrán de Heredia y de forma más contundente y lacónica se manifiesta el Prof. C. Rogel Vide quien afirma: “En clave de negocio, cabe plantearse si –con el Código civil en la mano– es posible crear una relación obligatoria por obra y gracia de un negocio jurídico unilateral, mediante una declaración unilateral de voluntad, pensando, sobre todo, en la promesa pública de recompensa, instituto conocido desde Roma. Los autores, aquí, están divididos. Para unos, la respuesta es negativa por entender imprescindible, para que la obligación surja, la aceptación del destinatario de la promesa, aunque sea tácita o presunta; ni siquiera –dicen, con los artículos 618 y 629 del Código civil en la mano– la donación obliga al donante en tanto que no concurre la voluntad del donatario aceptando. Para otros –puede que los más atinados–, la respuesta ha de ser afirmativa por entender que, excepcionalmente, cabe predicar la eficacia de las promesas unilaterales sin necesidad de que medie aceptación alguna, dado que la promesa –que vincula a quien la hace– no busca tanto una declaración de voluntad de aceptación cuando la efectiva ejecución de los actos queridos, del resultado apetecido por aquél, incluso aunque tal resultado se haya logrado, tales actos se hayan llevado a cabo sin tener en cuenta la promesa o incluso sin tener conocimiento de ella, con lo cual mal podría hablarse de aceptación, ni siquiera tácita.”\textsuperscript{17}

\textsuperscript{15} Ibid., págs. 128 y 129.

\textsuperscript{16} Ibid., pág. 131.

\textsuperscript{17} ROGEL VIDE, C., Derecho de obligaciones y contratos, Barcelona, 1997, págs. 15 y 16.
Por último nos encontramos en el Derecho Comunitario Europeo, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos* (versión revisada y completada de 1998) los cuales en su Capítulo II, Sección 1, y en relación con las promesas vinculantes sin aceptación, dispone en su art. 2107: “Una promesa realizada con la voluntad de quedar legalmente vinculado sin aceptación es vinculante”\(^\text{18}\).

### 2. Forma, elementos y requisitos de la promesa

La promesa jurídica puede revestir dos formas: la incondicionada y la condicionada. La promesa jurídica incondicionada consiste en una proposición asertiva o aseverativa mediante la cual una persona, en virtud de su libre declaración de voluntad, se compromete sin más a dar a otra persona alguna cosa o a realizar en su favor (o en el de un tercero) cierto acto, prestación o servicio. Por ejemplo: “Prometo nombrarte heredero de todos o parte de mis bienes”. En la promesa jurídica condicionada la eficacia de la libre declaración de voluntad de dar una cosa a una persona o realizar en su favor determinada prestación aparece supeditada al cumplimiento de una condición (hecho futuro e incierto). Por ejemplo: te nombraré mi heredero cuando concluyas tus estudios de Derecho o si contraes matrimonio antes de cumplir cuarenta años. Por lo que se refiere a su forma, la promesa puede ser oral o escrita, pública o privada.

Los elementos constitutivos de la promesa están en función de la forma que adopte la misma. Así, en la promesa incondicionada su elemento constitutivo esencial es la libre declaración de voluntad mediante la cual se promete algo. En la promesa condicionada sus elementos constitutivos son dos: la libre declaración de voluntad del promitente y la condición, de cuyo cumplimiento se hace depender el nacimiento de la obligación del promitente de cumplir lo prometido.

Para que la promesa jurídica sea válida, y por tanto produzca el nacimiento de una verdadera obligación jurídica, ésta ha de reunir además de sus elementos esenciales constitutivos, determinadas notas o requisitos que son exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica en cuanto fines del Derecho. En este sentido, y en cuanto exigencia de la justicia, la promesa debe reunir, entre otros requisitos: 1º Que lo prometido sea éticamente lícito. Esto es, que no sea contrario a la moral, a las leyes, ni a las buenas costumbres; y 2º Que la declaración de voluntad en que consiste la promesa no esté afectada por los

vicios del consentimiento que recoge el art. 1265 C.civ. según el cual: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Respecto de la seguridad jurídica, en cuanto fin del Derecho, ésta exige entre otras cosas: 1. Que la promesa sea hecha con seriedad y firmeza; 2. Que sea cierta y segura, expresada de forma clara e indubitible en cuanto a su contenido. En este sentido la seguridad jurídica requiere que la promesa se haga de forma clara y escrita. La escritura permitirá constatar fácilmente su existencia; 3. Que su contenido sea físicamente posible; 4. Alguna promesa (como la de recompensa a persona indeterminada) ha de hacerse públicamente, y 5. Debe determinarse con claridad el periodo de vigencia de la promesa bien expresamente al formularla y, en su defecto, mediante un sano y recto juicio prudencial.

Ello supone la fijación clara y precisa de circunstancias, entre las cuales se encuentran: Momento de nacimiento de la promesa que, mientras no se diga otra cosa, hay que entender que es el de la fecha del escrito, privado o público en el que se hace constar la promesa. Ámbito de validez temporal (vigencia). Por la propia naturaleza de la promesa ésta debe ser mantenida durante el tiempo preciso para que, según su naturaleza y contenido, pueda razonablemente cumplir su finalidad. En el supuesto de la promesa condicional la vigencia de la misma viene marcada por el plazo que supone la condición. El momento de extinción de la promesa viene señalado, en primer lugar, por el cumplimiento de la promesa por el promitente. A ello hay que añadir el cumplimiento del plazo en las promesas condicionadas y el concurso de otras circunstancias como son las causas de extinción de las obligaciones, entre las que cabe destacar, la revocación hecha de acuerdo con el Derecho, la renuncia del destinatario de la promesa, la imposibilidad sobrevenida, como por ejemplo, la pérdida o la destrucción de la cosa prometida, la muerte del promitente, etc.

2. NATURALEZA JURÍDICA, EFECTOS, FUNCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA PROMESA

1. Naturaleza jurídica

La promesa jurídica, en cuanto libre declaración de la voluntad de una persona de dar o hacer algo, en tiempo futuro, a favor de otra persona (física o jurídica) constituye un negocio jurídico unilateral (en aquellos supuestos en los que su validez no requiere la aceptación de otra persona) o bilateral o contrato (cuando se precisa la aceptación de otro –promesa receptica–) que opera en el tráfico jurídico como fuente de obligaciones.
En el supuesto de que la promesa sea condicional el negocio jurídico constituido por la misma tendrá un carácter aleatorio. Cuando la promesa requiera para su validez la aceptación de otra persona (supuesto de la promesa de matrimonio) la promesa da lugar al nacimiento de un contrato. De este modo puede afirmarse que promesa y contrato son dos instituciones diferenciadas, cada una de las cuales posee su naturaleza e identidad propias, si bien, por la dinámica misma de la vida jurídica, en determinados supuestos promesa y contrato se encuentran orgánicamente vinculados, configurándose la promesa, en determinados supuestos, como la raíz o el germen del contrato.

2. Efectos jurídicos de la promesa

Desde el punto de vista jurídico el efecto fundamental de la promesa es el de generar el nacimiento de una o varias obligaciones jurídicas a partir del momento en que se fija la declaración de voluntad o en que se cumpla la condición impuesta por el promitente en el caso de las promesas condicionadas

Ello significa, como ya se ha advertido, que las fuentes de las obligaciones no están determinadas mediante una fórmula cerrada, como aparentemente establece nuestro Código Civil es su art. 1089, sino que dichas fuentes han de deducirse del conjunto de las disposiciones del Código, en particular, y del Ordenamiento jurídico, en general. En este sentido entendía el Prof. F. Candil Calvo: “Los actos jurídicos, en sus dos formas bilaterales y unilaterales son las fuentes más abundantes de obligaciones”, de éstos destacan los contratos como fuentes de obligaciones y junto a ellos “ciertas promesas de carácter unilateral obligatorio”, que regula el Código Civil Alemán, y entre las que se encuentra “la promesa de recompensa a persona indeterminada” (§657 a 661)\(^{19}\).

Con el fin de perfilar y precisar los efectos jurídicos de la promesa, especialmente en relación con la promesa de contrato, el Prof. Castán Tobeñas ha formulado las siguientes reglas: “1ª. El que resultó obligado (promitente) no podrá a su arbitrio sustituir el cumplimiento de la prestación con el resarcimiento, porque su obligación es simple, no alternativa. A su vez, el acreedor (promisario) tampoco podrá pedir ese resarcimiento mientras sea posible la celebración del contrato definitivo. 2ª. Puede estimarse que los derechos derivados del contrato preliminar son, en principio, transmisibles, salvo que se hubiese celebrado este contrato en

consideración de las personas (*intuitu personae*) o el acreedor de la promesa haya de asumir, por su parte, obligaciones en el contrato definitivo; pero el punto es muy discutido 3º En la promesa no rige la regla de que la cosa perece para el acreedor, porque de ser aplicable tal norma más bien que una promesa habría un contrato aleatorio. 4º. La promesa sólo produce efectos de carácter personal: no concede al acreedor derecho real de ninguna clase, ni es inscribible en el Registro de la Propiedad, a menos que esté garantizada con hipoteca”

### 3. Función de la promesa en el tráfico jurídico

Dentro de la estructura y dinámica del tráfico jurídico la institución de la promesa (bajo las distintas formas y especies) constituye uno de los principales motores y arterias de la vida del Derecho, ya que como indicó Federico de Castro, casi todos los contratos ser objeto de promesa. En el Derecho la promesa cumple, ante todo, la función de constituir una fuente de obligaciones y de operar como supuesto de una clase, de una pluralidad de situaciones jurídicas y de negocios jurídicos, tanto unilaterales como bilaterales.

Debe subrayarse además que la promesa puede y debe operar como una garantía, moral y jurídica, del cumplimiento del Derecho y de las obligaciones generadas dentro del mismo, según la tesis formulada por G. Jellinek, al ocuparse de las garantías de los derechos, distinguiendo entre garantías jurídicas, políticas y sociales (donde entraría en juego la promesa en su dimensión moral).

### 4. Fundamentación de la promesa

La promesa, en cuanto fuente de las obligaciones, posee una fundamentación plural. Entre los supuestos en los que se fundamenta la promesa cabe destacar:

#### a. La buena fe y el Derecho consuetudinario

El fundamento de la promesa hay que buscarlo en la buena fe, asentada en el valor tradicionalmente otorgado a la “palabra dada”, así como en el

---


Derecho consuetudinario, en el que palpita la convicción de que la promesa formalmente hecha, y sobre todo si se ha hecho en público y consta por escrito, debía cumplirse. En el ámbito del Derecho Mercantil el Prof. J. Garrigues opina en relación con la promesa de contrato, que “la posibilidad de hacer una oferta a persona ausente y después revocarla sin responsabilidad alguna antes de que el destinatario tuviera tiempo de aceptarla, iría contra los principios de la buena fe y de la seriedad que deben imperar en el tráfico.”

b. El principio de autonomía de la voluntad

Sobre todo a partir de la Revolución Francesa y del triunfo del Derecho Civil Liberal, el principio de la autonomía de la voluntad constituye uno de los fundamentos más claros y radicales de la validez de la promesa como fuente de obligaciones. Desde estos supuestos la promesa, cuando no precisa para su validez de la aceptación de su destinatario, se configura como un negocio jurídico unilateral que, entre sus efectos, cuenta con el de la virtualidad de generar obligaciones jurídicas.

c. El Derecho legal

Desde la aparición del Estado moderno soberano, y en especial, a partir de la Revolución Francesa, la ley, expresión de la “voluntad general” (Rousseau), constituye la forma suprema de manifestación del Derecho y, simultáneamente, la fuente primaria de las obligaciones jurídicas, en la cual encuentra plenamente su legitimación la promesa como fuente de obligaciones.

3. ÁMBITO DE VALIDEZ DE LA PROMESA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

El Derecho, en cuanto sistema normativo (Ordenamiento jurídico), tiene como función ordenar y perfeccionar un sector del orden de la vida (orden social). Ese sector del orden social que el Derecho regula, ordena y perfecciona, cuando alcanza el momento de su eficacia constituye lo que denominamos orden jurídico.

---

En la ejecución de esa tarea ordenadora el Derecho se sirve de múltiples instituciones y técnicas, entre las cuales se encuentra la institución de la promesa.

La función de ordenación y perfeccionamiento del orden social por parte del Derecho es plural y compleja puesto que implica el reconocimiento y la asignación a cada persona, a cada cosa y a cada relación jurídica intersubjetiva de una situación o status, del lugar que por su naturaleza y función le corresponde dentro de la economía de la vida total del orden jurídico\textsuperscript{24}.

Desde esta perspectiva cabe distinguir los siguientes aspectos o dimensiones constitutivas del orden jurídico:

1. **Situación jurídica de las personas y de algunos de sus actos**

El Derecho y concretamente la institución de la promesa jurídica contribuye a fijar y definir el \textit{status} o situación de las personas dentro del orden jurídico, tanto público como privado.

Así, en el \textit{ámbito del Derecho Público} podemos distinguir:

En primer lugar, la promesa de autoridades y cargos públicos.

Aquí cabe destacar la promesa solemne (como alternativa al juramento) que la ley exige a las autoridades políticas, judiciales y funcionario públicos en general, como requisito necesario para tomar posesión de su cargo. Dicha promesa constituye una declaración u ofrecimiento solemne, que compromete el honor pero no la fe, a diferencia del juramento, y de la que nace para el promitente la obligación de cumplir estricta y fielmente los deberes del cargo o función que va a ejercer\textsuperscript{25}


\textsuperscript{25} La mencionada promesa, o juramento, en su caso, (dejando aparte la exigida al Rey antes de su proclamación) aparece regulada en el Real Decreto de 5 de Abril de 1979 (B.O.E. de 6 de Abril de 1979, núm. 83). Su tenor es el siguiente: "Artículo 1\textsuperscript{0} En el acto de toma de posesión de cargos o funciones públicas en la Administración, quien haya de dar posesión formulará al designado la siguiente pregunta: «¿Juráis o prometéis pro vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo … con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución (R. 1978, 2836), como norma fundamental del Estado?» Esta pregunta será contestada por quien haya de tomar posesión como una simple afirmativa. La fórmula anterior podrá ser sustituida por el juramento o promesa prestado personalmente por quien va a tomar posesión, de cumplir fielmente las obligaciones del cargo con lealtad al Rey y de guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado. Artículo 2\textsuperscript{0} Los Vicepresidentes, Ministros
En segundo lugar, y respecto a la promesa en el Derecho penal, nos encontramos con la promesa como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, por un lado, y como elemento constitutivo de ciertos tipos penales, por otro lado.

Efectivamente, la intervención de la promesa ha sido considerada tradicionalmente por el Código Penal como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. En este sentido, y en la línea de pensamiento de una larga tradición político-criminal, el anterior Código Penal (Texto Refundido conforme a la ley 44/1971, de 15 de Noviembre), establecía en su art. 10: “Son circunstancias agravantes: (...) cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa”. El vigente Código Penal (Ley orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre) también considera la promesa como circunstancia agravante (art. 22.3).

Respecto a la promesa para delinquir, entiende la doctrina que ésta está integrada por todo estímulo monetario o de cualquier otra índole que se ofrezca seria y eficazmente para cometer un delito constituye circunstancia agravante para el autor que lo comete y para el inductor que formula la promesa.

Hay que hacer mención de la promesa como elemento constitutivo de ciertos tipos penales. De este modo, encontramos diversos supuestos en nuestro Derecho positivo. Así, respecto al tipo penal del asesinato establecía el anterior C.P., art. 406, que “es reo de asesinato el que mate a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes”, entre las que enumera (2ª) el haber dado muerte a otra persona “por precio, recompensa o promesa”. Esta línea de pensamiento se mantiene en el vigente C.P., el cual en su art. 139 dispone que “será castigado con la pena de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que mate a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguiente: (...), 2ª por precio, recompensa o promesa”.

Otro caso es el tipo penal del estupro que ha desaparecido del vigente C.P., apareciendo en él diferentes tipos penales, entre los que destacan los abusos sexuales, tal como aparecen tipificados en los arts. 181 y ss. En dicho tipo tiene cabida también la promesa engañosa como medio para conseguir el acceso carnal con mujer menor de edad en determinados supuestos. Así dispone su art. 183.1: “El que interviendo engaño (una especie de engaño sería la falsa promesa de matrimonio), cometiese abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinte meses”

La promesa se configura también como un elemento constitutivo del tipo penal consistente en maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 539 C.P anterior). Dicho delito bajo el título “De la alteración de precios en concursos y subastas públicas” aparece tipificado en el art. 262 del vigente C.P. que también hace referencia expresa a la promesa26. Respecto del delito de cohecho, la promesa aparece como elemento constitutivo tanto en el anterior C.P, arts. 385 y 38627, como en el vigente, en su art. 41928. Igualmente la promesa

26 Dispone dicho precepto: “Artículo 262. 1. Los que solicitaran dádivas o promesa para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas o promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena prisión de uno a tres años o multa de 12 a 24 meses, así como inhabilidad especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratarán de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilidad especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones oficiales por un periodo de tres a cinco años.
2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”

27 Dichos artículos prescribían: “385. El funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, será castigado con las penas de prisión menor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa 386. El funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de prisión menor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva; si el acto injusto no llegare a ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva.”

28 El art. 419 dispone: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilidad especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”. Véanse los arts. 420 y ss.
aparece como posible ingrediente del delito de tráfico de influencias. En este sentido tenemos lo dispuesto en el art. 430 del vigente C.P. 29

Pasando al ámbito del Derecho Privado, la promesa cumple una función instrumental cuya eficacia se despliega en relación con la situación jurídica de las personas y de las cosas, así como en la constitución y desenvolvimiento del tráfico jurídico negocial. En este ámbito, la virtualidad de la promesa se pone de manifiesto, por ejemplo, en las siguientes promesas:

En primer lugar, la promesa de matrimonio.

Aqué hay que distinguir dos supuestos: el matrimonio canónico y el matrimonio civil. En el primer caso, la promesa de futuro matrimonio aparece contemplada en el anterior Código de Derecho Canónico (promulgado por Benedicto XV en 1917), pudiendo ser, según el canon 1017, unilateral y bilateral. Ésta supone aceptación por una de las partes de la promesa de matrimonio hecha por la otra y da lugar al contrato de esponsales. Como comenta F. Della Rocca, “El contrato de espousales, válidamente concluido, obliga a realizar el matrimonio (obligatio ad faciendum; pactum de contrayendo). Sin embargo, en caso de incumplimiento, la parte perjudicada no tiene acción para constreñir a la otra parte a la celebración del matrimonio, ni mucho menos para impedir el matrimonio de quien no cumplió, con una tercera persona; y esto en virtud del principio de la libertad del consentimiento matrimonial. La parte perjudicada sólo puede actuar en juicio para obtener el resarcimiento de los daños (c. 1017, §3)”. 30

El vigente Código de Derecho Canónico de 1983 (Juan Pablo II), parte del supuesto de que “el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir” (canon 1057.1, párrafo 1º). Desde esta base entiende el Código que “la promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se llama espousales, se rige por el Derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las

29 El mencionado art. 430 dispone lo siguiente: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.”

30 DELLA ROCCA, F., op. cit., págs, 346 y 347.
leyes civiles si las hay” (c.1062 §1), En su §2 añade el mencionado precepto: “La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo; pero sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido.”

En el caso del matrimonio civil, el Código Civil dispone en su art. 42 que la promesa cierta de matrimonio “no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de no celebración”. Añadiendo que “no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.” No obstante lo prescrito, establece el art. 43 que “el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.”

En segundo lugar, la promesa de adopción.

Es la que realiza, por ejemplo, una persona amiga a un padre o a una madre gravemente enferma y con un hijo menor o incapacitado, o la promesa de una persona mayor y sin familia que hace a una persona joven con el fin de que conviva con ella y le auxilie. La adopción es objeto de una específica y estricta regulación jurídica, dando lugar a un especial procedimiento jurídico en el que interviene la autoridad judicial. La adopción (arts. 175 y ss. CC) constituye un negocio jurídico de Derecho de Familia que hace nacer una relación de filiación entre adoptante y adoptado que surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza. Para su validez, la promesa de adopción puede hacerse en documento privado o público.

En tercer y último lugar, hay que recordar el papel de la promesa en el Derecho sucesorio.

Aquí se configura la promesa como instrumento jurídico adecuado para instituir heredera o legataria a una determinada persona.

También existe la promesa de mejora a alguno o algunos de los herederos (arts. 823 y ss. CC). Para su validez estas promesas pueden estar recogidas en documento privado y, en última instancia, en escritura pública. En el supuesto de que fuesen recogidas en testamento, que es lo más seguro, desaparecería ya la institución de la promesa.

---


32 Ibid., pág. 475.
2. Situación jurídica de las cosas

La promesa posee también un amplio margen de posibilidades en el ámbito de los derechos reales. En este sentido cabe mencionar la promesa de constituir una servidumbre predial o personal sobre determinado predio; de constituir un usufructo sobre una finca rústica o urbana a favor de determinada persona o de gravar un determinado bien con hipoteca o prenda como garantía de un préstamo\textsuperscript{33}. Para la validez y eficacia de estas promesas basta que se hagan constar en documento privado aunque lo más seguro y efectivo es su elevación a escritura pública.

3. Tráfico jurídico privado

Como recuerda Federico de Castro, casi todos los contratos pueden ser objeto de promesa (compraventa, cesión, arrendamiento, préstamo, depósito, mutuo, constitución de sociedad, promesa de acciones, de arbitraje, etc..)\textsuperscript{34}. Con todo en el ámbito contractual la institución de la promesa presenta un destacado perfil y significación en algunas instituciones como la promesa de contrato, la promesa de hecho ajeno y la promesa de recompensa a persona indeterminada.

La promesa de contrato o precontracto es una figura que crea un vínculo obligatorio entre las partes del que nace la peculiar facultad de que, en un momento posterior, puedan los interesados poner en vigor y en funcionamiento el proyectado contrato. Pero en ese momento todavía no pesan sobre las partes los deberes ni les son cedidos los derechos que constituyen el contenido típico del contrato planeado\textsuperscript{35}. Se trata, en definitiva, como explica Castán de “una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere, o no se puede, celebrar como definitivo”\textsuperscript{36}.

\textsuperscript{33} Ibid., págs 267 y ss., 327 y ss. y 337 y ss.

\textsuperscript{34} CASTRO Y BRAVO, F. de, “La promesa de contrato”, cit., págs. 1171 y ss; CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., págs. 40 y ss.

\textsuperscript{35} DÍEZ-PICAZO,L., y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, vol, II, Madrid, 1976, págs. 53 y 54.

\textsuperscript{36} CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., pág. 28.

En relación con la significación del precontracto tienen una especial relevancia las obras de:
HILSENRAD, A., Las obligaciones precontractuales, prólogo de R. Demogue, trad. esp. y apéndice relativo al Derecho español por F. Menéndez Pidal, Madrid (El prólogo de Demogue lleva fecha de 1932); CASTRO Y BRAVO, F. de, “La promesa de contrato” cit., págs, 1133 y ss.
La promesa de hecho ajeno consiste en un contrato mediante el cual una persona (promitente) se compromete frente a otra persona con la que previamente está unida por otro contrato (promisario), a que un tercero entregue a éste una cosa o le preste un servicio. Si no se consigue que el tercero acceda a cumplir la prestación prometida, de ello se siguen dos consecuencias: Primera, el tercero no podrá ser obligado a realizar la prestación, ya que el contrato no le vincula a él; Segunda, el destinatario de la promesa no cumplida deberá ser indemnizado por el promitente.

La promesa de recompensa a persona indeterminada consiste en una declaración unilateral de voluntad mediante la cual una persona, promitente, se dirige al público en general ofreciendo una recompensa o gratificación a quien o quienes realicen un acto o consigan un resultado. Uno de los principales estudiosos de esta institución en España fue el Prof. F. Candil Calvo quien entiende por promesa de recompensa a persona indeterminada la traducción más exacta del término alemán Auslobung que constituye una institución diferente de la oferta de contrato a persona indeterminada, en virtud del contenido típico especial que aquélla posee. A la hora de fijar la noción de promesa de recompensa a persona indeterminada Candil se apoya en la definición de Windsheid y del BGB (§657) cuando dispone: “El que por anuncio público, promete una recompensa por la realización de una acción, especialmente para obtener un resultado, está obligado a pagar la recompensa al que la realizó, así cuando éste no haya obrado en consideración a aquella recompensa”.


38 CANDIL CALVO, F., op. cit.
Posteriormente se ha ocupado de dicha promesa MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, La promesa pública de recompensa, 1974Barcelona, 1985

39 CANDIL CALVO, F., op. cit., pág. 283 y 284.
La protección de los discapacitados a través de la publicidad en la nueva Ley del Registro Civil

Juan Roca Guillamón
Universidad de Murcia
LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD EN LA NUEVA LEY DEL REGISTRO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

La promulgación a escasos meses del fin de la pasada legislatura de una nueva Ley reguladora del Registro Civil en España (Ley 20/2011, de 21 de julio, BOE del 22) ha puesto en evidencia el consenso político sobre la necesidad de renovación de un sistema que sustancialmente se mantenía vigente desde la primera Ley “provisional” de Registro Civil de 1870, luego sustituida por la de 8 de junio de 1957. Y efectivamente, la renovación ha sido profunda y adecuada en su concepción al inmenso campo que, en aras de un mejor servicio público, ofrecen hoy las modernas tecnologías de la información. El esfuerzo que ello supone, y quizás no sea el menor el presupuestario, pero tampoco el único, se refleja en el amplio periodo de vacatio legis habilitado, de tres años, salvo para la inmediata entrada en vigor de la modificación del artículo 30 del Código Civil, a través de la Disposición Final 3ª. También esta es una importante concesión al sector doctrinal que venía defendiendo que dicho precepto estaba derogado de facto por distintos tratados internacionales suscritos por España. En síntesis, se han suprimido para el reconocimiento de la personalidad al recién nacido los viejos requisitos de viabilidad natural (que tuviere figura humana) y de la viabilidad legal (y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno), de manera que en adelante «la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». Por lo demás, caracterizan al nuevo Registro Civil su administrativización y desjudicialización pero, sobre todo, su concepción como un registro individual, de modo que a todo recién nacido se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el DNI.

Desde otro punto de vista, la nueva Ley del Registro Civil incorpora una serie de reglas, hasta cierto punto novedosas, acerca de la publicidad de determinados instrumentos y mecanismos de protección jurídica del interés de los discapacitados, adecuados a la regulación que en los últimos años se han venido incorporando a nuestro Ordenamiento jurídico. Me ocuparé aquí de las cuestiones que suscita la constancia registral en el nuevo Registro Civil de los patrimonios protegidos, de la autotutela y de los apoderamientos preventivos.

2. LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS: CONSTANCIA REGISTRAL DE SU CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

La institucionalización de determinados patrimonios separados como patrimonios protegidos al amparo de la L. 41/2003, de Protección Patrimonial

1 Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 20873.
de las Personas con Discapacidad hizo reavivar en su momento ciertas dudas que sobre la función última del Registro Civil español ya se planteaban desde bastante antes. Quizás influido por tal debate el autor del Preámbulo de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la LRC 1957, se sintió en la obligación de volver a insistir en la función y utilidad del Registro Civil como medio de prueba y como título de legitimación del ejercicio de los derechos que resulta de cada condición o estado civil concreto de la persona en la forma que reflejan los propios asientos del Registro.

La propia L. 41/2003 ya previó en su artículo 8 (reformado por L. 1 / 2009, de 25 de marzo) la constancia en el Registro Civil de la representación legal que el administrador del patrimonio protegido ostenta, siempre, naturalmente, el administrador no sea el propio beneficiario ni sus padres, tutor o curador. Asimismo se refiere el precepto a la publicidad de distintos extremos del patrimonio protegido que se constituye, pero no de éste mismo como tal, por ser innecesario ya que su existencia es presupuesto de todo lo demás. El mismo citado art. 8. 3 contempla la constatación registral de la salida del patrimonio protegido de alguno (o de todos en caso de extinción) de los bienes integrados que pierde así su afectación al mismo, lo que permite solicitar a quien tenga interés legítimo la cancelación de las respectivas menciones registrales.

Bajo la LRC 1957 seguramente hubiera sido más útil la creación de un Registro específico de patrimonios protegidos que articular la publicidad de estos nuevos patrimonios separados en la institución del Registro Civil. En todo caso, debe notarse que dicha publicidad se apartaba del esquema tradicional por cuanto, de una parte, aparece reforzada al ordenar que se lleven al Registro Civil Central los libros formados por los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, mecanismos de guarda, tutela y representación de presuntos incapaces o menores y la “constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales bajo la denominación de Libro de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios protegidos” (cfr. artículo 18 IV LRC 2009). Además, la DF 5ª de la propia Ley de reforma de la del Registro Civil fijó un plazo de seis meses al Ministerio

---

2 Indicación en el Registro de la Propiedad de los inmuebles y derechos reales que se integran en el patrimonio protegido, así como en el Registro de Bienes Muebles cuando igualmente se aporten bienes allí registrables. Asimismo, en el Registro Mercantil si se aporta un establecimiento de esta clase, con indicación de quien sea su administrador (cfr. art. 87.2, 4. y 5. RRM).
de Justicia para que determinara el procedimiento y fases de intercambio de información y coordinación en materia de resoluciones judiciales de incapacidad y patrimonios protegidos entre el Registro Civil central y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y entre los citados organismos y el Consejo General del Notariado.

Por lo demás, el artículo 8.1 se refiere a la inscripción en el Registro Civil de la representación legal establecida por el artículo 5.7 de la L. 41/2003. La regulación adolece de claridad porque mientras que este último precepto se refiere solo a la inscripción del administrador cuando no se trata ni del propio beneficiario ni de sus padres, tutores o curadores, en la LRC la referencia a los libros formados con los duplicados de las inscripciones menciona expresamente la constitución de los patrimonios protegidos, con lo que da pie a pensar que estos deben ser globalmente objeto de inscripción como tales. Aunque no se haya aclarado en la norma, seguramente por dar por hecho que es innecesario hacerlo, conviene recordar que la trascendencia de tales inscripciones no es más que meramente declarativa y nunca constitutiva, de acuerdo con el sentido general de la publicidad del Registro Civil. Otra cosa es que en una norma específica se hubiere dotado de un efecto más contundente a la inscripción potenciando así la función protectora de la nueva figura para la defensa de los intereses del las personas con discapacidad.

3. MECANISMOS JURÍDICOS DE AUTOPROTECCIÓN ANTE LA FUTURA DISCAPACIDAD

El legislador del Registro Civil de 2011 ha introducido en el artículo 4.13 y en el artículo 77 una acertada referencia a la autotutela y a los llamados apoderamientos preventivos, que debe ponerse en relación con el artículo 77 de esta misma ley donde se especifica que es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil.

---

3 La misma L.1/2009 añadió además un último párrafo al artículo 3.3 de la L. 41/2003 diciendo que “Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución. // El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico.
Conviene notar que el sistema de asiento / inscripción, propio de nuestro ordenamiento jurídico registral, se concreta en que lo que se lleva al Registro no es la trascripción del título sino un extracto que recoja los datos sustanciales del contenido del mismo, lo que no es incompatible con una técnica de encasillado impreso para simplificar y facilitar la función. Sin duda habrá que esperar al futuro Reglamento para concretar ciertos aspectos técnicos, pues es posible que en algunos casos sea más rápido e incluso más útil no la trascripción sino la simple reproducción fotográfica del título mediante la técnica del scanner, especialmente en aquellos supuestos en que no sea preciso un juicio de valor o calificación material o sustantiva por parte del Encargado del Registro, sino, simplemente, la mera constatación de la existencia del hecho, acto o título, según se recoja en el documento incorporado al registro individual, del cual se da noticia.

La relativa novedad de ambas figuras cuyo acceso al Registro ahora se prevé, las convierte, junto a la incapacitación a instancias del propio presunto incapaz, en mecanismos de protección personal cuya admisión en nuestro ordenamiento jurídico es todavía reciente y de limitada difusión, debido a su incardinación en la práctica profesional de la justicia preventiva, lo que acaso aconseja incorporar aquí algunas resumidas consideraciones sobre las mismas.

| 4. LA AUTOTUTELA |

La perspectiva de una probable incapacitación en cierres, motivada por el diagnóstico de alguna enfermedad de curso previsible, convierte a la delación voluntaria de la tutela mediante la designación del tutor futuro en un instrumento preventivo de gran interés.

En efecto, hoy es ya un lugar común la existencia constatada de cada vez más numerosas personas mayores, que encontrándose físicamente bien sin embargo empiezan a advertir signos de decadencia intelectual, que a su vez pueden ser indicativos de graves enfermedades degenerativas del sistema nervioso: en general, demencias seniles de diversa etiología que constituyen patologías asociadas al envejecimiento cerebral; enfermedades actualmente bien conocidas como los males de Alzheimer, Pick, Tau, Parkinson, Huntington o

---

la enfermedad de Cuerpo de Lewy difusa, y síndromes asociados como las tauopatías y las synucleinopatías.

Conscientes de tan oscuras perspectivas y en uso todavía de sus facultades mentales, puede que convenga a tales personas decidir su propia incapacitación, con objeto de poder intervenir en el nombramiento del tutor, es decir, en la designación de quien, en definitiva, ha de encargarse de su representación y del cuidado personal y de los bienes cuando llegue el momento, inexcusable, en el que ya no puedan gobernarse a sí mismas. Posibilidad ésta última que hoy se ofrece a través de la nueva redacción del artículo 757. 1 LEC, por la que se legitima activamente al presunto incapaz para promover su propia incapacidad y que no debe ser confundida con la facultad, que la ley rituaria ya venía reconociendo a cualquier persona – en principio también, por tanto, al propio interesado – para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que determinen una posible incapacitación; lo que, por cierto, constituye un deber cuando se trate de autoridades o funcionarios que, por razón de su cargo, conozcan una posible causa de incapacitación de una persona (cfr. artículo 757. 3 LEC).

Sin embargo también es posible que una persona, intuyendo el futuro que le espera cuando avance la enfermedad que sabe que ha contraído, lo que pretenda no sea su incapacitación actual, sino que simplemente lo que quiera sea excluir de su tutela a determinadas personas en cuyas manos no quisiera caer. Y ningún camino mejor para ello que la designación por el mismo futuro discapacitado de la persona a cuyo cuidado prefiere quedarse encomendado.

Debe tenerse en cuenta que las disfunciones seniles que pueden afectar a la capacidad de obrar no siempre son consecuencia de la edad, aunque la edad sea en sí misma un factor de riesgo de contraer determinadas enfermedades, como ocurre con el mal de Alzheimer. Pero no es el único factor de riesgo: también lo es el sexo - mucho más elevado en el femenino- o determinados componentes genéticos familiares en los que existe un patrón de herencia autosómico dominante, con un comienzo de la sintomatología clínica de la enfermedad muy temprano – entre los 40 y los 50 años- y que representa sobre el 5% de los casos. Y la cuestión es que, por ejemplo, los avances en el diagnóstico precoz de la enfermedad de Alzheimer, cuya fisiopatología se conoce hoy muy bien, y especialmente para estos casos de predisposición genética familiar, posibilita ya que los familiares afectados por la mutación genética predisponente puedan, si quieren, conocer sus posibilidades reales de desarrollar la enfermedad y adoptar las previsiones que estime convenientes. En este sentido se manifestaba, hace ya casi diez años, el Dr. Molinuevo, neurólogo del programa de diagnóstico genético del Hospital Clínico de Barcelona a propósito del suceso que representó la notificación de la enfermedad a varios miembros de una familia que la sufrirán antes de cumplir los sesenta años. El Cultural. Ciencia, 10.7.2002, 54 ss. ROCA GUILLAMÓN, Juan, La protección de los mayores por el Derecho Civil, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Murcia, 2004, 94 ss, una parte de cuyo capítulo X, actualizada, se reproduce aquí.

Artículo 757. 1 LEC 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 41/ 2003 de 18 de noviembre: “La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quién se encuentre en situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz".
En el Derecho alemán la protección al mayor de edad que no pueda valerse por sí mismo, parcial o absolutamente, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de un impedimento físico o espiritual, se realiza a través de la asistencia prevista en los §§ 1896 ss BGB\(^7\). Se trata de un órgano ad hoc, que aunque de naturaleza tutelar, es distinto de la tutela propiamente dicha (§§ 1773-1895) y de la curatela (§§ 1909-1921, modificados por la Ley de Curatela de 4. 12. 1997), que se reservan para la guarda de los menores de edad.

Es característico del sistema alemán que el nombramiento del designado para asistir al incapacitado lo puede realizar el tribunal tutelar, y ello tanto de oficio como a petición del propio interesado\(^8\), lo que obviamente permite que una persona, al adquirir la convicción del estado a que se pueda ver abocado en el futuro, inste por sí misma la designación judicial de quién habrá de ser su cuidador o “asistente” (Betreuer) según la terminología del BGB\(^9\).

Tampoco en Suiza está expresamente prevista la autotutela en el sentido de facultar al incapaz para la designación de su futuro tutor. Pero lo que sí hace el ZGB es prever la posibilidad de que una persona capaz, de manera voluntaria, solicite que se le nombre un tutor que le asista en la gestión de sus asuntos, por hallarse mentalmente debilitado por la edad, por alguna enfermedad o por su falta de experiencia. No se trata en realidad, pues, de una previsión de designación de tutor ante la hipótesis de una futura incapacitación, sino de una simple legitimación para que se constate su falta de capacidad en el grado que se determine y su consiguiente sometimiento al mecanismo de guarda y representación que ejercerá el tutor. Se trata pues de una estricta delación voluntaria de la tutela\(^10\).

---


\(^8\) Dice el § 1896. 1 BGB que en caso de que un mayor de edad no pueda valerse por sí mismo, bien parcialmente, o de modo absoluto, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de un impedimento corporal, espiritual o psíquico, el tribunal tutelar le nombrará, a petición suya o de oficio, un asistente. La petición podrá ser presentada igualmente por un incapaz de obrar. En la medida en que el mayor de edad resulte impedido para valerse por sí mismo a causa de un impedimento físico, el asistente solo podrá ser nombrado a petición suya, salvo que no sea capaz de expresar su voluntad.


\(^10\) TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Bern, 1969, § 372: “Cualquier persona mayor puede solicitar ser sometida a tutela si lo estima preciso para la conveniente gestión de sus asuntos, ante su situación de debilidad senil, enfermedad o inexperiencia”.

En Derecho español, como es sabido, el mecanismo de protección que representa la tutela ha sido, y sigue siendo, común tanto para los menores que lo precisen como para los incapacitados. En consecuencia, básicamente, las vías para montar el órgano de tuición son las mismas, sin que acaso por ello, se hubiera previsto hasta hace muy poco la posibilidad de que fuera el propio futuro incapacitado el que dispusiera a quien querría tener como tutor cuando fuere necesario que se le nombrara alguno. Legitimación activa para instar su propia declaración de incapacidad que hoy reconoce al presunto incapaz el artículo 757. 1 LEC, modificado por el artículo 14 L. 41/2003, lo que conduce a una previsión muy parecida a la antes descrita del Derecho suizo.

Tras un infructuoso intento parlamentario de introducir un mecanismo de este tipo en la ley 13/1983, de 24 de octubre, la incorporación de la así llamada autotutela11 a un ordenamiento jurídico positivo en España habría de esperar todavía más de doce años y se produjo, una vez más, a través del Derecho catalán, con ocasión de la reforma de las instituciones de guarda y representación que tuvo lugar por la L. 11/1996, de 29 de julio, para ser más tarde recogida en el artículo 172 del derogado Código de la Familia de Cataluña [L. 15.07.1998, sustituido por L. 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que incorpora la figura en su artículo 222.-4 12, mientras que en el ámbito del derecho común su aceptación

11 PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, “La autotutela como medio de protección de los mayores” en Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores, Córdoba, 2000, 235 ss, atribuye la creación del término “autotutela” en España al Abogado del Estado D. Eloy Sánchez Torres, si bien probablemente el mayor defensor de la figura fue Crehuet del Amo, que la denominó “tutela fiduciaria” proponiendo que fuera considerada como una forma más de tutela, a añadir a las ya existentes: testamentaria, legítima y dativa. Sin embargo ha sido la denominación de “autotutela” la que, utilizada también por otros autores (MARTINEZ GARCÍA, Apoderamientos preventivos y autotutela, Madrid, 2000; FERNANDEZ GONZALEZ, “La autotutela”, AC, 41, 2002) 1276, ha terminado por imponerse, acaso por su expresividad y sencillez. La expresión finalmente hizo fortuna al ser acogida por la nueva regulación legal, ciertamente que no en el propio Código Civil, pero sí en la ley que lo reformó en este punto, ya que el artículo 9 de la Ley 41/2003, se encabeza con el siguiente epígrafe: “Modificaciones del Código Civil en materia de autotutela”. Es igualmente la palabra autotutela vuelve a ser utilizada en la nueva LRC 2011.

12 Ley 25/ 2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Artículo 222. 4 «Delaciones hechas por uno mismo.1. En el supuesto de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares. También puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona. // 2. El otorgamiento de un acto de delación tutelar posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o resulte incompatible. // 3. Son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre su capacidad o el ministerio fiscal inicia las diligencias preparatorias.» Sobre la experiencia catalana respecto a la auto previsión de la tutela, BONE PINA, “La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña”, AC, 1-2000, 9.
por el Código Civil ha sido todavía más reciente, pues solo a propósito de una ley sectorial, la de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre) se introdujo la posibilidad que nos ocupa mediante la adición de tres nuevos párrafos al artículo 223 del Código civil.\(^\text{13}\)

Ello sentado, es claro que, cuando el párrafo 3\(^\circ\) del artículo 223 CC prevé que el juez, en los procedimientos de incapacitación, haya de recabar certificación no solo del Registro civil, sino también, en su caso, del Registro de Actos de Ultima Voluntad, se está refiriendo, por lo que a este último organismo respecta, a la hipótesis del número 1\(^\circ\) del propio artículo 223 y no a este supuesto, de nueva previsión legislativa, de la autotutela.

Por lo demás, la autotutela es un acto jurídico que participa de las notas características propias de esta clase de manifestaciones, al integrarse de una declaración unilateral de voluntad, naturalmente receptiva, \textit{intervivos} y sometida a la solemnidad de la escritura pública. Al mismo tiempo se trata de un evidente acto personalísimo y, por último, esencialmente revocable.\(^\text{14}\)

Consecuencia necesaria de la incorporación de la autotutela a nuestro derecho positivo es la modificación del párrafo 1\(^\circ\) del artículo 234 CC por cuanto, respecto del nombramiento del tutor, se pasa a otorgar preferencia al designado por el propio tutelado frente al resto de las personas (cónyuge, padres, tutor designado por estos en sus disposiciones de ultima voluntad o parientes).

\(^{13}\) Dice el artículo 223 II del Código Civil en la nueva redacción recibida, según el artículo 9 de la ley 41/2003, y tras prever en su párrafo 1\(^\circ\) que los padres podrán en testamento o documento público notarial, entre otras cosas, nombrar tutor a sus hijos menores o incapacitados, que: “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a sus propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. // Los documentos públicos a que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.// En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará la certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de actos de ultima voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.

\(^{14}\) Notas que señala PEREZ DE VARGAS, cit., 237 - 239, quien se muestra partidario de un concepto de autotutela en sentido amplio, de manera que, siguiendo la distinción propuesta por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE entre autotutela positiva y autotutela negativa, sea posible incluir en su definición tanto los aspectos positivos como el efecto simplemente excluyente que a veces se busca y cuyo fundamento legal se encuentra en la alusión al beneficio del incapacitado que se hace en los artículos 224 y 233 CC, y muy especialmente en el artículo 234 2\(^\circ\), que facultad al juez para prescindir de las personas que vinieran llamadas al ejercicio de la tutela. Y por analogía, del artículo 245 CC que permite a los padres excluir de la tutela de sus hijos a determinadas personas, ya que si pueden vetar los padres, con mayor razón deben poder hacerlo los propios interesados.
que el precepto ordena, de forma que en atención a dicha preferencia legal puede afirmarse que para el nombramiento de tutor el juez está vinculado por la designación que realizó el propio incapacitado\(^{15}\).

La designación del tutor en la escritura pública no supone en realidad más que una indicación que el futuro incapaz hace al juez respecto de la persona que desea que sea nombrado tutor. Pero ello, en principio, no puede impedir que el órgano judicial adopte una decisión distinta cuando no sea posible cumplir con las instrucciones al respecto; lo que puede ocurrir por distintas razones, que van desde que el designado no reúna las condiciones de capacidad necesarias (se designó a un sobrino menor de edad, pero el curso de la enfermedad se precipita y hay que incapacitar al interesado antes de que el sobrino alcance la mayoría) a que, simplemente, el juez considere que el designado no es persona adecuada para el desempeño del cargo, pues debe jugar aquí, ante todo, el beneficio del menor o del incapacitado.

El beneficio del incapacitado, como el del menor, es el criterio que el propio Código Civil aplica al facultar al juez para alterar el orden de llamamientos a la tutela contenido en el artículo 234, autorizándole incluso a prescindir de todas las personas allí mencionadas nombrando a otra distinta. De forma que, por la misma razón, el juez puede, en resolución igualmente motivada, como exige el mencionado precepto, apreciar que el beneficio del tutelado exige que la tutela no sea desempeñada por quién él designó, y nombrar a persona distinta.

Pero la cuestión es si podrá el juez nombrar tutor a quién el incapacitado quiso excluir expresamente de la función de tutelarle ("autotutela negativa") por considerar que es lo más beneficioso para él, acaso por entender que lo es la integración en la vida familiar del tutor: argumento *ex* artículo 234 *in fine*, según el cual se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.

En mi opinión, el juez ha de respetar la voluntad del incapacitado y no debe nombrar a quien aquel excluyó, porque no es lo mismo verse obligado a

\(^{15}\) Vinculación del juez que en Cataluña encontraba apoyo legal en el derogado artículo 178 del Código de Familia, y hoy en el artículo 222-10 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, según el cual «1. La designación corresponde a la autoridad judicial si no existe ninguna persona designada por un acto de delación voluntaria, si no procede su nombramiento o si se excusa o cesa por cualquier causa.»
no nombrar a quien fue designado, por tener que admitir alguna excusa (cfr. artículo 251 CC) o concurrir causa de inhabilidad (artículos 243 –246 CC) o, simplemente estimar que no sería beneficioso para el tutelado, que nombrar a quién, cuando todavía era plenamente capaz, expresamente consideró el propio interesado que no era persona adecuada para el cuidado de su persona y bienes. Conviene notar que en este punto no debe jugar consideración positiva alguna de la existencia de beneficio para el incapacitado, habida cuenta que la presunción que se establece en el párrafo final del artículo 234 se refiere solo al menor y no al incapacitado.\footnote{Recuérdese que el mayor de edad, hasta tanto no se declare judicialmente incapacitado podrá ser quizás un discapacitado, al verse incurso en una enfermedad que afecte a su capacidad para gobernarse a sí mismo, e incluso administrativamente ser tenido por tal; pero jurídicamente y desde el punto de vista de su capacidad de obrar, cuenta a su favor con la presunción de ser plenamente capaz. Al respecto, y aún referidos a la situación anterior a la reforma introducida por la LEC 2000, vide ROCA GUILLAMÓN, “Comentarios a los artículos 199 a 205” en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, I, 629 ss. GARCIA- RIPOLL MONTIJANO, La protección civil del enfermo mental no incapacitado, Madrid, 1992. Más recientemente, NADAL Y OLLER, La incapacitación, Barcelona, 2000. O ´CALLAGHAN MUÑOZ “La declaración de incapacidad”, en La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. GETE-ALONSO CALERA “Capacidad-Incapacitación” en AAVV, La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental, (dir.: Gete- Alonso) Valencia, 2003, 28 ss. Tras la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención de Nueva York, de 13.12.2006) y de su Protocolo Facultativo se ha abierto una nueva perspectiva de debate, por ahora doctrinal, acerca de la consideración que merecen los actuales mecanismos de representación legal y su sustitución por un sistema de apoyos. V. CABRA DE LUNA, M. A. / BARIFFI, F./ PALACIOS, A.: Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas, c. La Llave, Madrid, 2007. RUBIO TORRANO, E.: “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Aranzadi Civil, 2008, núm. 14, 11 Vid. STS 1ª 29.04.2009 (ponente: Roca Trías).}

Puede decirse, pues, que el arbitrio judicial, al que sin duda hay que reconocer todo el amplio margen que requiere un sistema de tutela de autoridad, como lo es el nuestro desde 1983, resulta modulado en esta materia por el respeto al interés y beneficio del incapacitado, por lo que queda aquí hasta cierto punto supeditado a la existencia de esa declaración de voluntad del propio incapacitado. Pero, según me parece, no hasta el extremo de impedirle llegar a contradecir aquella voluntad, en el improbable supuesto de que resulte imposible el nombramiento de otra persona, incluso jurídica, de manera que, ineludiblemente, el juez se viera obligado a nombrar tutor a aquella persona no deseada.

En conclusión, considero que por las razones aludidas, el juez puede, excepcionalmente, en resolución motivada, no seguir las instrucciones positivas del incapacitado y proceder al nombramiento del tutor que considere idóneo,
de acuerdo con el fin último de la búsqueda del beneficio del tutelado. Mientras que si las instrucciones son simplemente negativas o excluyentes, el juez no podría nombrar al excluido sino en defecto, incluso, de que no fuera posible encomendar la tutela a una persona jurídica, lo que en la actualidad será especialmente extraño por las razones que inmediatamente apuntaré. Advierte, además, que en tal situación el Juez habrá de valorar igualmente que no exista una enemistad manifiesta que quepa deducir de la pretendida exclusión o de las circunstancias concurrentes y que sea susceptible de calificar como causa de inhabilidad, incluida en el artículo 244. 2º CC que le impida el nombramiento de ese tutor.

Y respecto a la tutela desde una persona jurídica, ciertamente, la ley 41/2003 ha añadido, asimismo, un tercer párrafo al artículo 239 CC en cuya virtud, cuando ninguna de las personas mencionadas en el artículo 234 CC sea nombrado tutor, se encomienda, por ministerio de la ley, la tutela de los incapaces a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada semejante función. Tal referencia supone explicitar una suerte de tutela automática, similar a la que respecto de los menores en situación de desamparo se prevé en el artículo 172 CC. Ello significa que, en rigor, nunca será imposible respetar la voluntad del tutelado de que su tutor no sea determinada persona, porque siempre será factible recurrir a la situación de desamparo en que quedaría para justificar que sea la entidad pública de referencia quien asuma la tutela.

| 5. AUTOCURATELA |

A diferencia de lo hecho por el legislador catalán, la reforma del Código Civil por la L. 41/2003 no incorporó referencia expresa alguna a la posibilidad de

---

17 Aunque, en rigor, no elimina las posibles dudas que en la situación anterior podían surgir respecto de si era posible que la designación de tutor recayera en una persona jurídica cualquiera, pública o privada, con tal de que cumpliera las condiciones que le exige el artículo 242 al admitir que puedan ser tutores las personas jurídicas, es decir, que carezcan de finalidad lucrativa y a que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados. Vide las consideraciones de Sancho Rebullida en LACRUZ- SANCHO, Elementos de Derecho Civil, IV, II, Barcelona, 1984, 292, que hace suyas RAMS ALBELSA en la nueva edición de la misma obra, Madrid, 2002, 445. Asimismo las opiniones contrapuestas de LETE DEL RIO, en su comentario al artículo 242, en Comentarios EDERSA, ob. cit., IV, Madrid, 1984 y de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., en su comentario al artículo 242 en Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela, Madrid, 1986, acerca de si las personas jurídicas mencionadas en el artículo 242 son exclusivamente las privadas con fines no lucrativos, y en particular las de fundación eclesiástica, o se incluyen también las dependientes del Estado de las Administraciones públicas. Cuestión que, como ha quedado dicho en el texto, ha aclarado hoy la reforma del artículo 239 CC por la L. 41/2003 al añadir el nuevo párrafo 3º.
designación de curador para el caso que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 287 CC, sea esta la forma que el juez acuerde como mecanismo de protección, en atención al grado de discernimiento del incapacitado. Así, mientras que ya el derogado artículo 239.1 CF cat\(^\text{18}\) dejó previsto que la persona que ha de ejercer la curatela pueda ser designada por la misma persona interesada, si es que es ésta la forma de guarda acordada al incapacitado por entender que en ese concreto caso no sea adecuada la constitución de la tutela, (como claramente decía el art. 238. c, del derogado CF cat), la mención que se hace en el artículo 223 II CC es exclusivamente al tutor. Sin embargo los términos amplios en los que se expresa el legislador (... podrá adoptar... cualquier disposición relativa a su persona y bienes...) acaso autorizan a pensar que no existe inconveniente en una designación de curador hecha en las mismas circunstancias que la de tutor, siempre que se haga advertencia expresa de dicha previsión, con lo que estamos admitiendo la posibilidad de una “auto curatela”. No obstante, tal nombramiento de curador futuro me parece que solo debería ser admisible para los supuestos en que efectivamente el interesado llegue a ser incapacitado pero que en función de su grado de discernimiento, no se le constituya la tutela sino la curatela, pues es claro que quien puede lo más, puede lo menos.

Pero desde luego no me parece tan clara su admisibilidad en aquellos casos en los la constitución de la curatela sea consecuencia de la declaración de prodigalidad, ya que ésta no es una situación que pueda ser instada por el propio pródigo (art. 757.5 LEC 2000) a diferencia de lo que, según se indicó al principio, ocurre hoy con la incapacitación (cfr. artículo 757.1 LEC 2000, reformado por el artículo 14 de la L. 41/ 2003) y no parece por ello que, dada la naturaleza de los motivos que pueden dar lugar a la prodigalidad, deba permitirsele decidir el nombramiento de su curador.

| 6. LOS APODERAMIENTOS PREVENTIVOS |

Con anterioridad a la L. 41/ 2003 en la práctica notarial\(^\text{19}\) ya se habían venido autorizando escrituras de designación de propio tutor futuro o de previsión de la propia tutela, a la par que se generalizaron ciertas cláusulas que, en función

\(^{18}\) Artículo 239 CF cat.: Delació. 1. La designació de la persona que ha d'exercir la curatela pot fer-la la mateixa persona interessada, el pare i la mare o judicialment, en les mateixes circumstàncies de la tutela. Y el artículo 223-2. del Libro segundo del Código Civil de Cataluña de 2010 dice: 1. Les persones obligades a instar la constitució de la tutela han de demanar la de la curatela, si escau.

\(^{19}\) MARTINEZ DÍE, La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Madrid, 2000.
de la protección de personas mayores y discapacitados, han sabido extraer las posibilidades que ofrece una adecuada interpretación de preceptos como el artículo 1713 CC en cuanto a la extensión del mandato y apoderamiento o la utilización de la condición resolutoria expresa en función de garantía del cumplimiento de obligaciones asumidas a cambio de transmisiones de inmuebles.

Los llamados apoderamientos o mandatos preventivos que a menudo carecen de autonomía documental al insertarse como cláusulas en otros instrumentos que formalicen algún acto jurídico, o incluso dentro de la propia escritura de apoderamiento, buscan algún tipo de protección ante un probable deterioro de la salud, y se caracterizan porque su eficacia toma como punto de partida precisamente ese momento de disminución de la capacidad, que por el contrario constituye el punto de inflexión respecto de la subsistencia del poder – y del mandato que a menudo subyace– ya que ordinariamente se entiende revocado entre otras causas, por incapacitación del dominus negotii (cfr. art. 1732 2º CC).

La nueva redacción del art. 1732 II por la L. 41/2003 introdujo como causa de extinción del mandato la incapacitación sobrevenida, pero excepcionando aquellos casos en que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado precisamente para el caso de incapacidad del mandante.

Dichas determinaciones suponen una declaración de voluntad que tras la nueva redacción dada al artículo 223 CC por la L. 41/ 2003 necesariamente ha de ser recogida, dice dicho precepto, en documento público notarial. El sistema pergeñado por éste se cierra con un procedimiento de constancia registral de tales disposiciones, cuya finalidad es que, llegado el caso de la incapacitación, el Juez pueda asegurarse de que efectivamente existen o no, y puedan así ser tenidas en cuenta en su resolución. Tal finalidad sigue sin duda vigente y además, ahora, expresamente recogida al efecto en la nueva legislación registral civil tanto en este artículo 4. 13 como en el artículo 77 LRC, a cuyo comentario remitimos.

El artículo 223 III CC se refiere a la publicidad de tales documentos diciendo que será comunicados de oficio por el Notario para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado, lo que a partir de ahora habrá que entender referido a su registro individual. En el mismo sentido, la reforma de la LEC 1957 por la L. 1 / 2009 introdujo un nuevo artículo 46 ter que impone en todo caso al notario autorizante el deber de notificar al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra

20 Lo que ya había establecido como consecuencia necesaria la Sala 1ª en STS 11.10.2000 (Ar. 6502).
relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante.

Acaso convenga significar que, como expresamente se reconoce en el precepto arriba citado, la referencia a los apoderamientos preventivos lleva implícita también la existencia posible de un mandato preventivo, si es que este verdaderamente se configura como la relación jurídica básica o subyacente a la que se acompaña la concesión de un poder de representación dirigido a obtener el resultado querido. De que ello es así no hay duda aunque la Ley no lo dijera; pero ya que el legislador del Registro lo dijo una vez, en 2009, no hubiera estado de más que lo hubiere especificado en este artículo 4.13 de la nueva LRC o al menos en el artículo 77 que lo desarrolla.

Debe notarse que la genérica referencia al documento público notarial en la práctica se reduce a la escritura pública, por ser éste el vehículo adecuado para plasmar las declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen consentimiento y contratos de todas clases (cfr. artículo 144.2 RN). Desde luego no pueden entenderse incluidas aquí las actas, por ser un tipo de documento inadecuado para ello, ni cualesquiera de los testamentos notariales comunes, abierto o cerrado, y esto último tanto porque cuando el legislador quiere permitir esa vía de delación testamentaria lo hace expresamente, como ocurre con la facultad que se reconoce a los padres, en el párrafo 1º de este mismo precepto, de nombrar tutor a sus hijos, distinguiendo que lo hagan en testamento o en documento público notarial, cuanto porque el supuesto es, en sí mismo, absurdo 21.

| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 1986 “Comentario al artículo 242” en Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela, Madrid.
CABRA DE LUNA, M. A. /BARIFFI, F./PALACIOS, A. 2007: Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas, c. La Llave, Madrid.,

21 Sobre la cuestión, ROCA GUILLAMÓN, La protección de los mayores… cit., 99-100.
FERNANDEZ GONZALEZ, 2002 “La autotutela”, AC, 41,
GARCIA- RIPOLL MONTIJANO, 1992 La protección civil del enfermo mental no incapacitado, Madrid,
GARCÍA- RIPOLL MONTIJANO, 1999 “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia a los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo” AC, -2, 553 ss
GETE-ALONSO CALERA 2003 “Capacidad- Incapacitación” en AAVV, La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental, (dir.: Gete-Alonso) Valencia,
MARTINEZ DÍE, 2000 La formulación notarial del Derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Madrid.
MARTINEZ GARCÍA, 2000 Apoderamientos preventivos y autotutela, Madrid.
NADAL Y OLLER, 2000 La incapacitación, Barcelona.
O´CALLAGHAN MUÑOZ, “La declaración de incapacidad”, en La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales
PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, 2000 “La autotutela como medio de protección de los mayores” en Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores, Córdoba,,
ROCA GUILLAMÓN, 1991 “Comentarios a los artículos 199 a 205” en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, I, 629 ss.
ROCA GUILLAMÓN, Juan, 2004, La protección de los mayores por el Derecho Civil, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Murcia.
RUBIO TORRANO, “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Aranzadi Civil, 2008, núm.14, 11
TUOR, 1969, “§ 372” Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Bern.
Censura digital y protección de derechos. ¿Hacia una restricción de contenidos y derechos en internet?

Rafael Rodríguez Prieto
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
CENSURA DIGITAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS. ¿HACIA UNA RESTRICCIÓN DE CONTENIDOS Y DERECHOS EN INTERNET?

1. PODER E INTERNET

Identificar el poder, las relaciones de poder o el dominio no es una tarea fácil. Cuando uno otea desde el puente de Waterloo los nuevos rascacielos erguidos sobre el vetusto paisaje del antiguo Londres, entiende cómo los procesos construyen la realidad. Las manifestaciones añejas del poder como la Torre de Londres o el propio edificio del parlamento han dado paso a edificios de cristal de formas innovadoras, construidos durante la era de los productos financieros derivados\(^2\). Lo apabullante de la nueva arquitectura londinense es proporcional a la influencia de la city en las políticas de sus gobiernos. En diciembre de 2011 David Cameron se negó a suscribir los cambios en el tratado de Lisboa porque no consiguió garantías de que el sector financiero local no se vería afectado por la futura regulación financiera que se apruebe en Bruselas. Este hecho no debería pasar inadvertido y muestra la influencia de las entidades financieras en las políticas de Downing Street\(^3\).

Pero no siempre es tan sencillo identificar la influencia de poderes y la posibilidad que relaciones de poder pasen a ser de dominio. Podemos seguir la descripción de Weber de los tipos de dominación y el estudio de aquella fundamentada en un conjunto de reglas abstractas creadora de un orden impersonal de carácter racional o la que inventa un panóptico donde interiorizamos la necesidad de identificarnos con un orden a través de la evaluación constante de nuestros actos y los de los otros\(^4\). Las cosas no parecen


\(^{3}\) http://www.eleconomista.es/economia/noticias/3613382/12/11/la-city-se-divide-anteel-veto-de-cameron.html

\(^{4}\) Bravo, V. (1997): Figuraciones del poder y la ironía, Monte Ávila Editores, Caracas, p. 33 y 42.
ser del todo claras. Al contrario. El grado de complejidad que alcanza el poder, sus dinámicas y el establecimiento de relaciones de dominio y su análisis no es una tarea fácil.

Cuando el objeto de nuestro estudio es Internet y los desafíos que presenta en el campo de la siempre difícil protección de Derechos Fundamentales, todo parece hacerse más complejo. Desde el comienzo de Internet hemos escuchado tanto las voces de aquellos que denunciaban sus peligros y áreas oscuras como los que se situaban en el polo opuesto y lo sublimaban como el medio de comunicación que arreglaría poco más o menos que todos los problemas del mundo. A esta realidad alternativa a la real y cotidiana se ha denominado la promesa de lo sublime.

En este segundo grupo están los optimistas tecnológicos para los que Internet no sólo es una herramienta tecnológica que facilita la vida de los ciudadanos y ayuda al comercio y al desarrollo económico, sino también un instrumento contra las dictaduras y difusor de la democracia. Con motivo de la denominada por los medios de comunicación "Primavera árabe", se ha subrayado el poder de convocatoria de las redes sociales a través de Internet y el impacto político que han tenido en la movilización. Al mismo tiempo, en Siria la represión del régimen y su bloqueo informativo ha sido superada a través de vídeos de móviles colgados en Yotube. Sin embargo para los pesimistas estos acontecimientos no son tan halagüeños como parece.

Morozov, considera que es necesario llevar a cabo una evaluación seria de Internet como instrumento contra el autoritarismo. El autor pone varios ejemplos, entre los que destaca Irán. Es necesario cuestionar tanto el ciberutopismo, como la centralidad de Internet. Es más: Internet puede aumentar el control de regímenes autoritarios. Un exceso de fetichismo de la tecnología como modo de cambio del mundo es peligroso para la promoción real de la democracia. Es imprescindible analizar un objeto de estudio en ciencias sociales contextualizándolo. Nuestra visión será fragmentaria si no nos cuestionamos las condiciones, económicas, políticas, culturales o sociales en las que se producen, en las que se desarrollan.


El mundo de la tecnología o de la sociedad de la información es un reflejo de la sociedad material. Para los que cuestionan el optimismo tecnológico Internet podría convertirse en la materialización tecnológica del poder en red, cuyo fin es vertebrar los procesos de dominación y control social propiciados por la racionalidad política y económica del capitalismo. Este poder en red es defendido de acuerdo a algunas características originales y otras tradicionales del poder soberano, consistente en reprimir resistencias e imponer una cierta idea de orden global; además está conectada con la comunicación sin comunicabilidad de Agamben o las críticas que McChesney realiza a la organización de las estructuras de comunicación regidas por grandes oligopolios.

La veracidad de esta visión se ha visto favorecida por una estrategia de concentración empresarial a nivel mundial auspiciada por la desregulación estatal y la fijación de agenda e información digital. Según Mariana Velorio, esta estrategia cuenta con tres etapas: una primera se sitúa en la década de los ochenta, la segunda en los noventa y la tercera comienza en el siglo XXI. Al comienzo de los ochenta los grupos eran monomedia y con una baja diversificación. Aunque existían alianzas y colaboraciones cada empresa trabajaba por cuenta propia. Esta situación cambió en los 90 con la fusión entre Time y Warner y la configuración de cuatro conglomerados que dotan de contenidos informativos y de entretenimiento al mundo: Westinghouse Electric Corp compra CBS, Walt Disney compra Capital Cities y ABC, Time Warner compra Turner Broadcasting System, propietaria de CNN, Viacom compra Paramount, Blockbuster y CBS y amplían las cadenas de News CO. La tercera etapa se define por la compra de AOL por Time Warner y de Seagram Universal por Vivendi. La tendencia que acompaña la concentración de estos capitales es presionar a las autoridades nacionales para reglamentar y tarifar el ancho de banda, limitar la capacidad de diseminar información y de tráfico según el pago que se haga del servicio.

Amabas posiciones deben ser analizadas. Probablemente encontraremos en cada una de ellas argumentos para el optimismo o el pesimismo. Internet, aunque atravesado por corrientes privatizadoras evidentes, es aún un campo

de batalla entre diversas tendencias: aquellas que privilegian lo plural, diverso, abierto, horizontal y común o las corrientes proclives a limitar el acceso y la neutralidad de la red o privilegian la concentración y la restricción en la libertad de los ciudadanos. Junto con las concentraciones mencionadas y las amenazas como Echelon o Carnivore\(^{10}\), coexisten también prácticas con resultados muy relevantes. Iniciativas que aportan creatividad como guifi.net o la influencia de diversas redes sociales en la emergencia de movilizaciones sociales como las acaecidas en el norte de África o en España, Israel o EE.UU. Sería igual de apresurado decir que todo es represivo, privatizador y disciplinario, como liberador, abierto y creativo. Lo que no dudamos es que Internet es ahora mismo un gran campo abierto donde conviven diversidad de tendencias y donde los ciudadanos actúan y se implican cada vez más.

Como consecuencia de todo ello emergen una serie de desafíos que afectan al proceloso campo de la seguridad jurídica o la censura de contenidos. En este trabajo presentaremos algunos de los desafíos más relevantes que inciden en la protección de Derechos Fundamentales con el auge del uso de Internet en la vida cotidiana de los ciudadanos. Los objetivos de este trabajo son modestos: pretendemos identificar los principales desafíos que Internet plantea a la protección de Derechos Fundamentales y tratar de contestar la pregunta del encabezamiento del artículo: ¿Caminamos hacia una restricción de contenidos y derechos en Internet? En este trabajo no nos ocuparemos de los problemas concernientes a la propiedad intelectual. Es un campo de investigación que requiere de una atención muy detenida y cuidadosa. Debates como el del copyright frente al copyleft son buena muestra de ello. Tampoco trataremos aquellos comportamientos que por su propia naturaleza son objeto de consideración penal como aquellos contenidos que implican la protección de la infancia o las calumnias e injurias. Nos centraremos en las consecuencias que para la libertad de expresión pudieran tener determinados desafíos que plantea actualmente Internet y los poderes que plantean tales retos. Finalizaremos con algunas ideas a modo de conclusión de un trabajo que está abierto y en construcción.

2. IDENTIFICAR DESAFÍOS. INTERNET Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No diremos nada nuevo ni original si afirmamos que la tecnología es un instrumento con el que podemos comunicarnos, defender ideas, desarrollar el

\(^{10}\) Echeson o Carnivore son softwares de rastreo en Internet.
tejido socioeconómico, romper barreras que nos aíslan de los otros, abriremos al mundo creando comunidades virtuales y reales que luchen por un mundo más justo. O también puede convertirse en un instrumento de control y manipulación que privilegie el poder de unas pocas empresas que traten de erosionar la libre competencia o se alíen con el aparato represivo de gobiernos capaces de introducir troyanos en los ordenadores de sus ciudadanos para espiarlos o limitar un derecho fundamental como la libertad de expresión. Como se ha encargado de poner de manifiesto la ciencia ficción en obras como Brazil de Terry Guillian o 1984 de George Orwell o Un mundo feliz de A. Huxley, la tecnología puede jugar una carta totalitaria. Una revisión desenfadada de esta literatura fue realizada por los supervivientes del grupo británico Queen en el musical We will rock you. El musical trata de una sociedad en la que los individuos están conectados a Internet y carecen de cualquier emoción real, entre ellas la creatividad musical. Es una sociedad Ga-Ga en la que los individuos han sido homogeneizados gracias al uso de Internet. Aunque pueda parecer descabellado o exagerado, el periódico Metro de Londres publicaba el 26 de abril de 2012 los resultados de una encuesta a 800 niños y adultos en EE.UU. y Gran Bretaña. En ella la mayoría de los niños creía que la parte más importante de su vida social es lo que hacen a través de Internet. El 59% de los niños nacidos desde 1995 consideraban que su vida social se desarrollaba on line y el 48% creían que el mundo virtual era más divertido que el exterior. Para ellos perder acceso a sus sitios web favoritos sería peor que perder la oportunidad de viajar, ir al cine o no llevar dinero encima.

Este tipo de estudios debe tomarse con precaución. De todas formas, lo que comienza a ser evidente son los peligros que para el desarrollo de la personalidad tiene un uso de Internet sin una atención educativa en las nuevas generaciones. Expertos como Nicholas Carr nos advierten de los peligros que tiene Internet en la capacidad de concentración de los usuarios. El famoso multitask (multitarea) puede ser positivo, pero siempre dentro de unos límites y

---


12 La encuesta fue realizada por la agencia creativa JWT. Metro, April 26, 2012.

---

Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros
sin afectar a cuestiones tan sensibles como la difusión de la lectura entre niños y adolescentes.

Si nos situamos en el plano de la movilización política, también debemos ser cautos. Es cierto que existe una gran potencialidad movilizadora en las redes sociales, pero no deja de ser menos verdadero que estas redes son empresas privadas, donde los usuarios firman un contrato que en la mayoría de las ocasiones ni siquiera leen y cuyos servidores suelen estar fuera de las fronteras del país. Algunos críticos de ensalzar demasiado el protagonismo de las redes sociales han señalado que se corre el riesgo de quedarse en lo virtual y convertir a Twitter en un moderno muro de los lamentos, cuya acción termina a la vez que comienza un partido de fútbol\(^\text{13}\).

Los servicios que ofrece y ofrecerá Internet pueden ser una magnífica oportunidad para fortalecer derechos como la libertad de expresión, la participación en política o la educación, entre otros. Sin embargo, tantas innovaciones y mejoras no tienen lugar en el vacío. Todas estas transformaciones se insertan en un contexto específico y determinante: el mundo de principios del siglo XXI. Las sociedades distribuidas por todo el planeta se encuentran más interconectadas que nunca gracias a la tecnología a la que hemos hecho referencia. Esta tecnología permite que las dictaduras tengan cada vez más difícil hurtar información al pueblo que someten o que en los poblados de zonas desérticas de África se puedan seguir las series y telenovelas que relatan historias de lujo, sexo y violencia que animan a los individuos que habitan tales parajes a intentar el sueño europeo en un cayuco o una patera.

En este mismo mundo persisten dictaduras que de acuerdo con grandes corporaciones censuran contenidos en la red o una desigualdad planetaria entre individuos que no deja de crecer, lo que dificulta el acceso de ingentes porciones de la población no sólo a los avances tecnológicos, sino a las más elementales bases para la subsistencia (comida, agua, salud, educación). No hace mucho, se asomaban a las pantallas de nuestros televisores las manifestaciones y protestas en Siria. Gracias a las nuevas tecnologías se pudo burlar la censura y mostrar al mundo la crueldad de su régimen dictatorial. También sucedió lo mismo en el caso de Birmania, cuando ciudadanos de diversas partes del planeta pudieron observar horrorizados desde sus hogares la brutalidad con que unos gobernantes

\(^{13}\) [http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2012/04/16/twitter-propaga-la-protesta-ciudadano-o-acaba-con-ella-96028/]
reprimían las protestas de la población civil apoyada por los monjes budistas. No obstante, semanas después casi nadie recordaba Birmania. Ha desaparecido de los televisores o de la mayoría de los periódicos y nada parece haber cambiado. En Siria puede suceder algo semejante. El mero conocimiento de una situación no es suficiente para cambiarla.

Pero junto a las posibilidades que ofrecen las redes sociales de burlar la censura de los gobiernos podemos identificar un lado oscuro y preocupante. Empresas privadas como Google, Facebook, Youtube o Twitter censuran contenidos para llegar a acuerdos con gobiernos totalitarios. La decisión más reciente ha sido la de Twitter, quien decidió restringir los tweets en países específicos si infringían las leyes locales, lo que suscitó acusaciones de censura por parte de los miembros de IFEX Reporteros sin Fronteras (RSF), el Centro de Bahrein por los Derechos Humanos (BCHR) y la Egyptian Organization for Human Rights (Organización Egipcia por los Derechos Humanos, EOHR). Antes, Twitter tenía que eliminar un tweet de toda su red si recibía una solicitud de retirada de un Gobierno. Pero la empresa dijo en una publicación en su blog el 26 de enero que ahora tiene la capacidad de bloquear selectivamente un tweet para que no aparezca para los usuarios de un país14. El ejercicio de un netpower o poder en red por parte de corporaciones privadas debe ser objeto de análisis. A través del mismo pueden arrogarse facultades que tradicionalmente eran patrimonio de los gobiernos y sujetas a los tribunales de justicia. La censura selectiva en redes sociales, el rastreo e intromisión en cuentas personales, el bullying o el trolling constituyen graves ataques además a la privacidad de los ciudadanos15. La consolidación de redes sociales que son usadas como si fueran públicas, pero cuya titularidad es privada, conlleva la aceptación de cláusulas abusivas que implican problemas de seguridad jurídica que afectan a los Derechos Fundamentales. Una persona puede verse censurada sin tener medios efectivos para reparar su derecho a la libertad de expresión.

En otro orden de cosas, un usuario puede querer retirar contenidos de una red social, pero por causa del contrato no puede hacerlo, por cláusulas abusivas que otorgan la propiedad a la empresa de todos los contenidos subidos por sus clientes. Este problema se ha denominado como “derecho al olvido”. Este

---

14 Publicado por http://www.periodistas-es.org/libertad-de-expresion/censura-en-internet-politica-de-twitter-que-restringe-tweets-suscita-indignacion

derecho se hace todavía más importante si tenemos en cuenta que muchos departamentos de recursos humanos de empresas están usando Internet en sus selecciones de personal.

En lo que se refiere a la regulación española sobre Internet la situación es al menos preocupante. Como señala Germán Teruel Lozano, aunque la ley Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) no regule directamente la libertad de expresión en la red, sí que puede afectar al desarrollo de este derecho fundamental, pudiendo en algunos aspectos establecer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet, lo que conduciría a plantearse si no hubiera sido necesario el uso de la ley orgánica de acuerdo al artículo 81 de nuestra Constitución

Otro problema, no menos graves, que afectan directamente a la tutela judicial efectiva, como servidores situados en el extranjero o los abusivos contratos de uso de determinados servicios ofertados por grandes empresas como Facebook o Youtube sitúan Internet en una cierta paralegalidad preocupante. En este sentido, el caso del robo de datos a PlayStation Network es paradigmático y ejemplifica con claridad nuestro argumento. En abril de 2011 unos ciberdelincuentes robaron los datos de más de setenta millones de clientes del servicio de Sony Playstation Network. Entre los datos sustraídos se encontraba información tanto personal como bancaria. Los más de tres millones de usuarios afectados por el ataque al servicio PlayStation Network padecieron además un grave menoscabo en sus derechos, ya que no pudieron interponer una demanda a Sony. Esta compañía almacena toda la información en servidores estadounidenses por lo que la Agencia de Protección de Datos (AEPD) no pudo investigar el caso porque toda la información se encontraba en servidores extranjeros. Esta deslocalización del elemento material o corpóreo de la red es un aspecto al que debemos prestar atención con desarrollos como la “nube”. El cloud computing que ofrecen algunas empresas implica desafíos de orden jurídico muy importante y que además pueden afectar al derecho a la protección de


17 http://www.publico.es/ciencias/373265/sony-reconoce-el-robo-de-datos-de-tres-millones-de-spanoles
datos\textsuperscript{18} o a la jurisdicción donde se resuelvan los conflictos y los costes que pueda tener para el usuario\textsuperscript{19}.

Pero los peligros de control y mal uso de Internet no sólo implica a las grandes corporaciones o a regímenes totalitarios. Hace unos meses los principales medios europeos recogían en sus boletines de noticias que el gobierno de Alemania estaba espiando a sus ciudadanos gracias a un troyano con que infectaban los ordenadores. El colectivo de Hackers denunciante analizó un programa, supuestamente utilizado por funcionarios de las administraciones alemanas, para espiar las comunicaciones a través de Internet de los ciudadanos\textsuperscript{20}. Los sistemas de filtrado y cribado de información son un elemento preocupante al que pocas veces se presta atención y suponen una erosión muy grave del Estado de Derecho. Alemania es el último de algunos ejemplos que implican un aprovechamiento de gobiernos de las posibilidades disciplinarias y represivas de Internet. Redes como Echelon, dirigida por oficinas de espionaje de EE.UU., Gran Bretaña, Canadá o Australia, Enfopol –un sistema de interceptación de comunicaciones de la UE–, Carnivore –un software espía desarrollado por el FBI, compatible con Windows, u OSEMINTI –un software espía desarrollado por España, Francia e Italia, suponen amenazas ciertas a la privacidad de las personas\textsuperscript{21}. En prolías ocasiones, las autoridades gubernamentales acuden a la seguridad interior del país para justificar este tipo de comportamientos. El problema reside en la falta de control judicial de dichas actividades, lo que pone en una situación muy difícil a la protección de los derechos de los ciudadanos.

En esta parte del trabajo hemos identificado las principales amenazas o desafíos que plantea Internet en el ámbito de la libertad de expresión y las conexiones que este derecho fundamental tiene con otros como el de la privacidad y el derecho a la tutela judicial efectiva. De no poner remedio, la contestación a la pregunta que nos hacíamos al comienzo del trabajo (¿hacia una

\textsuperscript{18} Sobre este tema resulta muy ilustrativo el informe elaborado por el Consejo de la Abogacía Española sobre el uso del \textit{cloud computing} por despachos de abogados. En este sentido resulta muy útil el siguiente estudio: V. http://www.abogados.es/portalABOGADOS/archivos/ficheros/1340036756670.pdf

\textsuperscript{19} Una norma de muy dudosa constitucionalidad en España como la \textit{Patriot Act} podría ser aplicable si los usuarios tienen que litigar ante la jurisdicción estadounidense.

\textsuperscript{20} http://www.spiegel.de/international/germany/0,1518,790944,00.html

restricción de contenidos y derechos en Internet?) no tendrá otra respuesta que la afirmativa. De hecho, como defendíamos al comienzo del trabajo, la tensión entre tendencias privatizadoras y liberadoras es una de las grandes características de la red de hoy.

En el siguiente epígrafe analizaremos este proceso de restricciones de contenidos y justificaremos nuestra respuesta afirmativa mediante el trabajo sobre el poder y la economía política de la comunicación de autores como Foucault, Lukes y Mosco. Finalizaremos con unas breves conclusiones.

3. RESTRICCIÓN DE CONTENIDOS, PODER Y ECONOMÍA POLÍTICA DE LA COMUNICACIÓN

Foucault insistió en obras como Vigilar y Castigar o La voluntad de saber en la no omnisciencia del poder; en que el poder busca y ha tratado de desarrollar diversas estrategias de control y disciplina. Es precisamente el autor francés el que con su análisis del poder (“el poder transita por los individuos, no se aplica a ellos”)22, nos ofrece una descripción más aguda de las posibilidades que ofrece la red. La dominación en red, linkdomination, es deudora de esta tradición que si bien pudiera tener algunas insuficiencias, tiene su mayor virtud en complejizar un análisis que había sido demasiado simplista incluso desde posiciones críticas. La genealogía es el método que usa Foucault para el análisis del poder. En el contexto de Internet y de la sociedad del conocimiento, el uso de Foucault es de enorme pertinencia. El filósofo francés vincula el poder con el conocimiento y apuesta por un saber genealógico, que frente a un saber jerarquizador y formalizador se sitúa como un saber circulante, autónomo, específico y sin pretensiones de verdad absoluta23. En estos saberes fragmentados se intuye la presencia del poder y de las resistencias.

El poder es una tecnología que atraviesa las relaciones sociales, produciendo relaciones de dominio a través de un conjunto de estrategias24. El poder se transmite mediante prácticas sociales que establecen relaciones asimétricas, “constituyen los efectos inmediatos de las particiones, desigualdades,

24 Id., p. 144.
desequilibrios que se producen\textsuperscript{25}, que en el caso de Internet se materializan en la velocidad de subida/capacidad de comunicar contenidos y velocidad de bajada. Si en el futuro existe una gran asimetría entre ambas reduciendo la velocidad de subida, Internet se convertiría en una especie de televisión, por lo que se conculcaría el fin con el que nació\textsuperscript{26}.

El problema de la tesis de Foucault es que resulta difícil entender que el poder no sólo atraviese a individuos e instituciones. Consideramos que además se localiza en los mismos. Tal y como señala Héctor Ceballos, el reivindicar la visión foucaltiana de que el poder se ejerce y es cambiante no tiene por qué conducirnos a la idea de que el poder no pueda adquirirse, poseerse y perderse\textsuperscript{27}. Éste sería el poder de grandes empresas de acceso a Internet como Comcast o Verizon, capaces de profundizar en la asimetría a la que hacíamos referencia. Su influencia está directamente vinculada a lo que denominamos neutralidad de la red. Esta neutralidad es esencial para proteger derechos como la universalidad de acceso, la igualdad o no discriminación.

Internet representa muy bien la idea foucaltiana y compleja del poder al mismo tiempo que sus insuficiencias. En Internet podemos comprender muy bien que nadie sea propietario absoluto del poder, de su movilidad y transitoriedad, pero también podemos intuir que a través de las evidentes tendencias privatizadoras y de concentración empresarial pueda darse ejemplos concretos de lo que denominamos como linkdomination. Aquellos que tienen la posibilidad de ostentar un dominio cierto en la red y ponerlo en práctica a través de determinadas estrategias capaces de generar un ejercicio desigual de fuerzas, pueden llegar a ser una amenaza cierta para los Derechos Fundamentales. Existen individuos, instituciones y corporaciones que hacen efectivo dicho dominio y esta afirmación no tiene por qué ser contradictoria con la visión compleja, dinámica y reticular del poder que nos ofrece Foucault de forma acertada.

Probablemente habrá algún lector que se plantee que a nadie se le obliga a abrir un perfil en Facebook o a buscar información en Google. Aunque existen algunos problemas recientemente generados, como por ejemplo el


\textsuperscript{26} Esta diferencia es lo que se denomina neutralidad en la red e implica una discriminación en la red que favorecería a unos pocos frente a la inmensa mayoría.

\textsuperscript{27} Ceballos Garibay H. (2000): \textit{Foucault y el poder}, Coyoacán, México DF, p. 36.
derecho al olvido, habrá voces que estimen que no se puede decir que los usuarios de los nuevos medios de comunicación sientan directamente un dominio evidente.

Steven Lukes, en su enfoque radical del poder, sostiene frente a enfoques unidimensionales o bidimensionales que los propios deseos de los hombres pueden ser producto de un sistema que va contra sus propios intereses. El enfoque tridimensional critica el behaviorismo y se centra en el análisis del conflicto observable o latente, de los problemas actuales o potenciales y de la adopción de decisiones o no decisiones y del control del programa político. Foucault olvida que las disciplinas son impuestas por sujetos cuya conexión con la naturaleza está mediada por relaciones de producción históricas y sociales. Los efectos individualizantes de las disciplinas son impuestos sobre sujetos individualizados y encuadrados en antagonismos por relaciones de producción capitalistas. Aunque el acierto de Foucault fue entender el poder como una técnica, como productor, abandonando una comprensión del poder en términos negativos exclusivamente (el poder reprime, rechaza, censura), esta visión debe completarse con la idea de Ceballos de que el poder se adquiere y se pose. Por ejemplo: si se permite la flexibilización total de la legislación antimonopolio –auspiciada en EE.UU. por la FCC (Comisión Federal de Comunicaciones)– el resultado será que los grandes conglomerados no sólo poseerán los grandes medios de comunicación, sino que además podrán hacer suyos los medios de información locales que se presentaban como alternativos a este reinado. Ejemplos concretos y recientes de esta situación los encontramos en las grandes empresas de distribución de contenidos por banda ancha (Verizon, Comcast y ATT). Estos grandes conglomerados empresariales se están reservado el derecho a cortar, censurar informaciones que los usuarios comparten por Internet y por sus teléfonos móviles. Otra de las acciones de estas empresas ha sido bloquear la expansión de la banda ancha en ciudades como Filadelfia oponiéndose activamente a la creación de municipal networks (redes de conexión a Internet

29 Id. p 27.
municipales)\(^{33}\). Estas acciones suponen un menoscabo en las posibilidades de desarrollo económico y de creatividad de las sociedades. Los colectivos deben poder defenderse de este desequilibrio entre intereses de unos pocos y los de la inmensa mayoría de una sociedad y para ello propiciar el cambio social.

La Economía Política de la comunicación permite entender mejor cómo se da el cambio social, los procesos y las relaciones sociales en el contexto de Internet y complementa lo estudiado por Foucault o Lukes para el campo específico de la comunicación. El enfoque que usa Mosco para la economía política de la comunicación es el que se entiende como el estudio de las relaciones sociales, particularmente las relaciones de poder, que mutuamente constituyen la producción, distribución y consumo de los recursos de comunicación\(^{34}\). Los tres procesos que, según Mosco, constituyen los principales puntos de partida para la investigación en la Economía Política de la comunicación son la mercantilización, la especialización y la estructuración. La mercantilización es el proceso de transformar cosas valoradas por su uso en productos comercializables que son valorados por lo que de ellos se puede obtener en un intercambio. La especialización es el proceso de trascender los límites del espacio geográfico a través de, principalmente, los medios masivos y las tecnologías de la comunicación. Estructuración es el proceso de crear relaciones sociales, principalmente aquellas organizadas alrededor de la clase social, el género y la etnia\(^{35}\). Por ejemplo, en lo que respecta a la clase social, la economía política describe cómo el acceso a Internet está influenciado por las desigualdades en el ingreso y la riqueza, que permiten que algunos puedan acceder y otros queden fuera. Ejemplos de ello serían la brecha digital entre el campo y la ciudad y entre aquellos con mayor poder adquisitivo o menor. Es más: situaciones de privilegio y de dominio de compañías en el mercado han ocasionado que el desarrollo de países como EE.UU. en la banda ancha sea muy inferior a lo que por su tradición debería ser. Las compañías que tienen esa posición carecen de incentivos para invertir en mejorar las comunicaciones, ya que prácticamente carecen de competidores. Mosco considera que el ritmo de la concentración se ha acelerado de forma radical en los últimos años. Es más: existe una diversificación nueva que implica relaciones de las industrias de la comunicación con otros sectores, lo que puede comprometer la independencia de los medios.

---


La manifiesta tendencia a la concentración es uno de las grandes consecuencias del proceso desregulatorio habido desde los años 80. La concentración y la falta de normas antimonopolio fueron decisivas para que se diera la situación que aludo. Aún peor: después de la crisis financiera de estos años la concentración empresarial ha crecido como nunca antes en la historia. Todo ello en un contexto donde la economía neoclásica y sus modelos de análisis de la sociedad se extienden a otras parcelas del conocimiento. Una de las parcelas afectadas es la de Internet y como señala Lawrence Lessing de una forma más acusada. Lessing sostiene que las grandes compañías están criminalizando y cercenando la creatividad de toda una generación de jóvenes. El control que sobre la red ejercen las grandes corporaciones suministradoras de servicios en la red, que lograron su posición dominante en el mercado gracias a concesiones del Estado es abrumador. En Europa, son empresas que eran antiguos monopolios públicos que fueron privatizados durante la puesta en práctica de las políticas neoliberales que condujeron al debilitamiento del Estado del bienestar. En los Estados Unidos las empresas que controlan hoy Internet fueron suministradores de servicios de cable y telefonía y se beneficiaron de enorme cantidad de subsidios. El libre mercado que postulan ha sido extraño para estas empresas que apoyaron fervientemente en los 90 el proceso de desregulación por la razón de que en el mismo encontraron una oportunidad para ampliar aún más su poder monopolista y fortalecer su posición contra cualquier nuevo actor que se introdujera en el mercado. Por un lado se han hecho más grandes y poderosas y por otro los controles se han relajado. Las consecuencias para el desarrollo del banda ancha en EEUU son nefastas, como he dicho anteriormente. La falta de competencia real en el suministro del servicio tiene consecuencias también en la propia idea de la neutralidad en la red. Una concatenación de intereses entre grandes empresas y gobiernos que quieran controlar a sus ciudadanos aprovechando las herramientas que les brindan la tecnología puede ser una corriente muy lesiva para los Derechos Fundamentales. El problema es que se trata de un desafío real al que se enfrenta la humanidad.

Como hemos señalado en este epígrafe, existen amenazas que justifican políticas activas de protección de los derechos de los ciudadanos en Internet. Los procesos de control o de restricción de contenidos o acceso a los que


37 Id.
nos hemos referido pueden significar una erosión clara de derechos como la libertad de expresión, el derecho a la protección de datos personales, la igualdad o la tutela judicial efectiva.

| CONCLUSIONES |

En este trabajo hemos identificados los principales desafíos a los que se enfrenta el Estado de Derecho en el contexto de Internet y los nuevos medios de comunicación. Internet supone una revolución radical de las comunicaciones que aportan muchos elementos positivos. La conectividad entre las personas o los procesos de movilización y de construcción de alternativas democráticas. Las propias estrategias para burlar la censura o el desarrollo económico a través de la red. Son muchas las posibilidades que nos ofrece en ámbitos como el educativo, el político o el socioeconómico. Pero ello no es óbice para ignorar las amenazas que afectan a los Derechos Fundamentales, que son conquistas a las que no debemos renunciar.

El problema reside en que la forma de menoscabo o erosión de los mismos es diferente. Los servidores en el extranjero, con el consiguiente problema para proteger derechos, la posibilidad de limitar el acceso a Internet – la neutralidad en la red– por parte de las grandes empresas de comunicación, el software espía, la falta de control judicial o la protección de datos personales figuran como las principales preocupaciones identificadas.

Si se desea resolver un problema, lo primero es ser consciente de que existe. La restricción de contenidos y acceso, así como la censura digital, es un problema que el legislador debe afrontar tanto a nivel nacional como a nivel global. Existen instituciones como los parlamentos nacionales o la UE que deben asumir su responsabilidad en este tipo de temas que afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos. Sólo así podremos establecer las medidas adecuadas para preservar derechos fundamentales irrenunciables y disfrutar de las grandes ventajas de Internet.

| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |

Ceballos Garibay, H. (2000): Foucault y el poder, Coyoacán, México DF. 


Notas para la elaboración del concepto de derecho desde una perspectiva hermenéutica

Pedro Serna Bermúdez
Universidad de A Coruña
NOTAS PARA LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA

1. PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y PLANTEAMIENTO GENERAL

Entre los absurdos que pueden calificarse como mayores en la universidad actual destaca el de los profesores que no profesan nada. Y, sin embargo, abundan en estos tiempos; al parecer, siempre los hubo. El autor de estas páginas reconoce otras muchas carencias, pero no esa; antes bien, profesa una concepción de la filosofía jurídica que cabría caracterizar sin demasiada imprecisión como hermenéutica, aunque abierta a la ontología; más precisamente, a una ontología metafísica.

En el seno de esa concepción, la filosofía del derecho es, al menos en su núcleo íntimo, filosofía teórica, porque se orienta a la comprensión de lo jurídico. El saber jurídico es un saber práctico, y resulta obvio que muchos de los problemas filosóficos que plantea el derecho pertenecen al ámbito de la filosofía práctica; pero no por ello la comprensión filosófica deja de ser teoría, lo cual no es óbice para que posea proyecciones prácticas. Además, la filosofía del derecho es también filosofía de la cultura o del espíritu, porque el derecho es un artefacto, una realidad cultural e histórica.

La tarea principal de la filosofía del derecho así concebida consiste en ofrecer una comprensión global del derecho, un concepto de derecho. El objeto del presente estudio es ofrecer algunas reflexiones acerca de tres cuestiones previas relacionadas con el concepto de derecho que cabe ofrecer desde esta particular perspectiva hermenéutica: en primer lugar, cuál es el modo más adecuado de acceder a dicho concepto (epígrafes 2 y 3); en segundo lugar, qué perfil o carácter revestirá dicho concepto (epígrafe 4); y, finalmente, qué elementos o dimensiones de la realidad jurídica han de ser descritos y explicados para su elaboración (epígrafe 5) y cómo puede articularse su visión unitaria (epígrafe 6).

1. El autor agradece los comentarios y sugerencias de los profesores José Antonio Seoane, Óscar Vergara y Gustavo Arosemena, que han leído el manuscrito de este trabajo.

2. LA NECESIDAD DE SUPERAR EL MERO DESCRIPCIONISMO

Desde un enfoque meramente descriptivo no es posible justificar un concepto de derecho, sino sólo adoptarlo en forma acrítica, porque antes de describir es preciso acotar, seleccionar, lo cual presupone un criterio, es decir, una pauta de valoración para la selección de los datos\(^3\). Por eso, cuando desde posiciones epistemológicas como la del positivismo, o la de las teorías “descriptivas” del derecho, se ofrece un concepto de derecho, se falta al rigor metodológico y a la coherencia, se yerra tomando la parte por el todo, y se pierde de vista que los problemas a este nivel son de naturaleza filosófica en sentido estricto. El problema del concepto del derecho es filosófico, y no se puede resolver descriptivamente sin la previa selección de un cuadro que sólo posteriormente cabe describir.

Lo que se acaba de afirmar no equivale a despreciar el esfuerzo de claridad que supone una teoría del derecho concebida en términos de descripción y análisis. Antes bien, ésta permite, entre otras cosas, plantear la esencial apertura de los problemas del derecho al horizonte de la filosofía; tal teoría del derecho debe caracterizarse, en consecuencia, como propedéutica de la filosofía jurídica, en la medida en que se abre necesariamente a ella. Cabe un estudio de la realidad jurídica en términos descriptivos, pero lo que parece una renuncia innecesaria e injustificada es la interrupción del proceso del pensar: no es necesario, ni razonable, limitar el estudio de la realidad jurídica al ámbito de lo que puede abordarse desde la mera descripción; ello equivaldría a convertir la pregunta por el “cómo” en la última pregunta de la teoría jurídica. Y la pregunta por el “cómo” no puede ser la última pregunta si el objeto por el cual se pregunta es un artefacto, una construcción humana. Si el objeto descrito fuese una entidad natural, por ejemplo un árbol, sería posible detener el estudio en la mera descripción o análisis. Pero cuando se trata de realidades construidas por el hombre no sólo resulta legítimo, sino necesario, interrogarse acerca de su por qué y su para qué, esto es, intentar acceder a una comprensión de la finalidad o propósito para el cual han sido creadas. El porqué y el para qué de un objeto construido explican el cómo: en definitiva, no cabe dar cuenta acabada de qué es un artefacto sin hacerse cargo de los fines o funciones que cumple,

de su razón de ser⁴. Ello significa que el mero análisis o la pura descripción, en el caso de los artefactos o entidades creadas por el hombre, proporcionan sólo un conocimiento parcial del objeto que describen. La comprensión no es sustituible por el análisis. Antes bien, éste requiere de aquélla.

La comprensión de la que aquí se habla apunta, pues, al fin o los fines del derecho. La realidad del derecho, lo que el derecho es, no se determina únicamente por aquello en lo que el derecho consiste, sino por su finalidad y por el reflejo de ella en su estructura. La perspectiva teleológica permite entender mejor las determinaciones concretas de lo jurídico⁵. Pero hablar de finalidad supone referir el derecho a la vida social y, en último extremo, a la existencia humana. La comprensión de lo jurídico sólo es posible, pues, desde la totalidad de sentido que proporciona este punto de vista global⁶.

Sólo esa perspectiva de comprensión es capaz de acceder al “por qué” o al “para qué” que completan la imagen formal y estructural aportada por la descripción. Más aún, es la comprensión la que nos muestra la conexión interna entre lo formal y lo sustantivo. La descripción formal y estructural no es, en consecuencia, más que un momento de la indagación teórica acerca del derecho, que al completar sus resultados con los elementos procedentes de la comprensión global sobre el sentido se abre a un saber más acabado, que ya no es meramente descriptivo, ni meramente formal o estructural, sino integrativo de lo formal y lo sustantivo. A ese saber lo ha llamado Montoro “teoría fundamental del derecho”⁷.

---


⁷ Cfr. A. MONTORO, “Significado y función de la Teoría fundamental del Derecho”, cit., p. 239.
La comprensión de la realidad jurídica es, pues, el resultado de articular sus elementos particulares –accesibles mediante la descripción– con el horizonte significativo configurado a partir de la indagación sobre el sentido del derecho. Por su parte, dicha indagación acerca del sentido, del fin o del papel del derecho toma necesariamente como punto de referencia el análisis descriptivo del fenómeno jurídico y la descripción sociológica de las funciones que desempeña el derecho en la vida social, del modo como las desempeña y de los medios que emplea para ello. Por tanto, la descripción del derecho como institución, como conjunto de hechos institucionales, o como práctica social constituye el punto de partida de la comprensión filosófica de base hermenéutica que aquí se propone. Obviamente, a la descripción debe suceder lo que Cotta denomina la indagación explicativa, que se pone en marcha al preguntarse por qué la práctica social es como es morfológica o estructuralmente. Ello supone ya adentrarse en el propósito perseguido, y hace posible, por una parte, la integración de los datos procedentes de la descripción, y por otra, una primera valoración de la adecuación de los elementos de la práctica a dicho propósito. Sólo a partir de estas dos indagaciones, descriptiva y explicativa, es posible desarrollar la indagación más propiamente filosófica, que apunta a establecer la idea concepto del derecho.

Puede parecer que lo que acaba de exponerse resulta contradictorio, pues primero se ha dicho que para saber lo que es el derecho hay que disponer de una comprensión global, no bastando la mera descripción, y después se ha añadido que a dicha comprensión se accede desde la descripción del fenómeno jurídico, lo cual parece exigir que se acote previamente el “objeto” cuyas funciones han de estudiarse. Se trata, no hay por qué soslayarlo, de la circularidad que entraña el punto de vista hermenéutico o, lo que es igual en este caso, el conocimiento

9 Cfr. S. Cotta, El derecho en la existencia humana, cit., pp. 21 ss.
10 Cfr. Ibid., pp. 21-22.
humano. Pero tal circularidad no supone necesariamente una descalificación. Para comprenderlo basta con reparar, en el plano metodológico, en que ese concepto o imagen del derecho que se presupone es el prejuicio desde el que toda comprensión parte; prejuicio que sufre modificaciones en el transcurso de la indagación, y cuya vigencia es, por tanto, provisional. Además, no se trata en sentido estricto de un concepto, sino de una imagen general y previa sobre los fenómenos que se asocian a lo jurídico.

Lo que sí resulta claro es que el vehículo a través del cual se manifiesta ese prejuicio es el lenguaje. Éste apunta a un determinado campo de experiencia, que viene designado por la expresión “derecho” en ese lenguaje. El lenguaje constituye un punto de arranque aceptable, pero únicamente como vehículo de la experiencia humana y social que se nombra a través de él, como expresión o indicio de la “forma de vida”, no como objeto último de estudio. Considerarlo como objeto último de estudio es ya una tesis ontológica (la que afirma “el derecho es lenguaje”), pero eso no puede ser, en todo caso, sino el fruto de una determinada indagación, y nunca un punto de partida.

Si bien la filosofía jurídica que aquí se propone no rechaza el análisis del lenguaje, sino que lo considera útil para la comprensión global del derecho, también juzga imprescindible la descripción de los fenómenos sociales. En consonancia con lo anterior, esta filosofía jurídica adopta un punto de partida histórico, en el sentido de contingente, y no sólo por constituirse a partir de una crítica a las limitaciones e insuficiencias de modelos teóricos precedentes. Como constructo que es,

---

13 En este sentido, Arthur Kaufmann ha mostrado certeramente que la práctica totalidad de las corrientes iusfilosóficas incurren en razonamientos circulares al formular sus principales doctrinas. Así, puede hablarse de una circularidad iusnaturalista, de una circularidad positivista, de una circularidad en la jurisprudencia conceptual, en la jurisprudencia de intereses, en el movimiento del Derecho Libre, en la Teoría Pura, etc. Ello le lleva a concluir que existen motivos suficientes “para no considerar el razonamiento circular simplemente –al menos no en todas las circunstancias– como un producto evitable de un pensamiento negligente, sino que, en cierto modo, pertenece a la naturaleza misma de nuestro pensamiento”. En su opinión, la razón está en que las argumentaciones circulares sólo podrían evitarse si se cumpliesen dos condiciones: “en primer lugar, si solamente se usaran términos que sean explícita y absolutamente definidos, lo cual supone que los términos utilizados para su definición deben ser de igual naturaleza… y, en segundo lugar, que no se aleguen afirmaciones cuya veracidad no se haya comprobado, lo cual supone que la prueba de veracidad sólo ha de apoyarse en argumentos que, a su vez, también aparecen previamente demostrados como veraces…”. Para Kaufmann es obvio que “este método –por Pascal llamado “el más perfecto de todos”– no debería llevar sino a interminables recursos, por lo que resulta irrealizable”. Cfr. “Sobre la argumentación circular en la determinación del Derecho”, en A. KAUFMANN, Hermenéutica y Derecho, edición a cargo de A. Ollero y J. A. Santos, Granada, Comares, 2006, pp. 134-135.

como parte de las realidades culturales, el derecho es histórico, y también lo son sus manifestaciones, estructuras y contenidos. En este sentido, es una filosofía del derecho contemporáneo, no de todo derecho posible. Ello no es óbice para que algunas de sus afirmaciones puedan poseer un valor transcultural o metahistórico, porque la historia de las objetivaciones del espíritu humano es la historia de un ser que tiene historia, y cuya naturaleza se manifiesta en la historia, no de un ser que se reduce a pura historia, que es historicidad pura. No abraza, por tanto, el historicismo\textsuperscript{15}.

Lo anterior permite comprender que esta filosofía jurídica tampoco aspira a ninguna forma de pureza metódica, pues no pretende ver el derecho \textit{desde sí mismo} –tarea ciertamente imposible– sino el derecho \textit{en sí mismo}, a la luz de los datos que aporta la perspectiva de la existencia del hombre en sociedad. Esto significa que entre el análisis y la descripción, por una parte, y la comprensión que se inicia con la indagación explicativa mencionada más arriba, por otra, se entabla una suerte de interdependencia o retroalimentación: así, la descripción no puede renunciar a la luz que arrojan los elementos proporcionados por la perspectiva de la comprensión, que origina una integración sustantiva de lo formal y de lo estructural\textsuperscript{16}; pero la comprensión sólo es posible a partir de la descripción.

A propósito de esto último, conviene apuntar finalmente la necesidad de adoptar, para el logro de nuestro propósito, una perspectiva dinámica, no sólo estructural. En este sentido, las expresiones “constructo” o “artefacto”, empleadas para hacer referencia al derecho, no deben entenderse en el sentido de “cosa”, sino en el sentido de “creación humana” o “producto cultural”. En rigor, el derecho, en la perspectiva aquí adoptada, no es ninguna cosa, sino más bien un proceso o, si se quiere, una actividad, una práctica social\textsuperscript{17}, donde lo estructural


\textsuperscript{16} Esta perspectiva coincide en lo fundamental con la propuesta de teoría fundamental del derecho efectuada por Montoro, con la diferencia de que el derecho globalmente considerado no se reduce aquí a la condición de sistema normativo, como veremos más adelante.

se ve afectado permanentemente por la praxis. Ello resulta particularmente
importante, porque obliga a repensar nociones como la de positividad: la
positividad de las normas jurídicas es más bien un resultado que un punto de
partida; más aún, es un resultado siempre provisional\(^1\). Algo semejante cabría
decir a propósito de otras nociones, como la de validez, por ejemplo\(^2\).

3. LA NECESIDAD DE SUPERAR LAS APROXIMACIONES
UNILATERALES

Uno de los aspectos más criticables del positivismo jurídico (kelseniano,
excepto no sólo él) es, por una parte, haber pretendido construir el concepto
de derecho a partir de los elementos comunes a los diferentes ordenamientos
jurídicos o sistemas normativos existentes, sin cuestionar previamente si
necesariamente hay que identificar el derecho con el sistema normativo; y, por
otra, haber excluido la referencia a la justicia, que es uno de esos elementos
comunes, como el propio Kelsen reconoce\(^3\).

Frente a este modo de proceder, el concepto de derecho debe hacerse cargo de
la realidad total del derecho, y no sólo de alguna(s) de sus dimensiones. Esto apunta
da la necesidad de superar el normativismo, a la identificación del derecho con el
sistema normativo, para adoptar una perspectiva más global, como la representada
por la noción de práctica social, que otorga cabida al sistema normativo, pero
 también a las relaciones que éste regula o configura, es decir, a la dimensión del
orden social que contribuye a crear o mantener, a los fines o ideales conforme
da los cuales se establecen dicho orden y dicho sistema, y a los procedimientos y
actividades que lo ponen en práctica. El concepto de derecho debe, pues, obtenerse
a partir de los datos de la experiencia, pero de una experiencia indudablemente
mucho más amplia que la consignada en el planteamiento kelseniano.

En pro de esta ampliación de la experiencia de inicio aboga, además, la
pluralidad de usos de la palabra “derecho” en el lenguaje ordinario, que no permite

Ollero, *¿Tiene razón el derecho?...*, cit., pp. 474-494; y G. Zaccaria, “Sul concetto di positività del
344-347.

\(^2\) Cfr. A. Ollero, *¿Tiene razón el derecho?...*, cit., pp. 135 ss.

pp. 61-63.
apuntar exclusivamente a un referente único, como presupone el planteamiento positivista. Esta pluralidad de usos ha llevado a algunos autores, concretamente a Nino, a entender que el concepto del derecho constituye un problema si y sólo si se adopta una posición esencialista. A tal esencialismo respondería, a su juicio, la polémica entre iusnaturalismo y positivismo, que quedaría disuelta simplemente abandonando el esencialismo en aras de una solución convencionalista\textsuperscript{21}, la cual se traduciría en aceptar ambos conceptos de derecho (el del iusnaturalismo y el positivista), empleándolos en el contexto apropiado y advirtiendo en cada momento cuál de ellos se emplea\textsuperscript{22}. No es posible desarrollar ahora una crítica exhaustiva a la posición de Nino; bastará, para nuestro propósito, llamar la atención sobre dos extremos. En primer lugar, que Nino vuelve a plantear la cuestión del concepto de derecho en términos similares a los de Kelsen, aunque con una vinculación y respeto por los datos de la realidad aún menor que los que se detectan en el planteamiento del jurista checo, a juzgar por su afirmación de que son posibles y aceptables diferentes conceptos de derecho incompatibles entre sí\textsuperscript{23}. En segundo lugar, que un planteamiento como este afronta la cuestión de la unilateralidad y parcialidad de un concepto de derecho oponiéndole múltiples conceptos, igualmente unilaterales y parciales, con el costo añadido que ello implica, a saber, la renuncia a que tales conceptos de derecho puedan ser examinados desde el punto de vista de su verdad o falsedad o, si se prefiere, de su mayor o menor adecuación a la realidad.

En rigor, los conceptos de derecho descriptivo-unilaterales resultan falsos no tanto por lo que afirman cuanto por lo que omiten. Tan incorrecto es, por ejemplo, un concepto de derecho “iusnaturalista” que identifique el derecho con lo justo y prescinda de la dimensión institucional de lo jurídico, como un concepto positivista que afirme que el derecho es el conjunto de normas que componen el sistema normativo positivo, identificable recurriendo sólo a criterios de orden fáctico, institucional, y nada más, sin incluir referencia alguna a la pretensión de corrección o justicia que todo ordenamiento contiene implícitamente. Algo análogo sucede con las concepciones del derecho que presentan como independientes a entidades que no lo son realmente, como sucedió durante la...
modernidad con las nociones de ley y derecho subjetivo\textsuperscript{24} y, anteriormente, con la separación entre cosa y facultad o derecho sobre la cosa\textsuperscript{25}. En todos estos casos, la senda trazada entre los árboles acaba impidiendo ver el bosque, la unidad esencial de ese complejo de fenómenos que asociamos al derecho.

El ámbito de la descripción, es decir, el punto de partida, ha de venir dado por la experiencia ordinaria de lo jurídico tomada en su mayor amplitud posible\textsuperscript{26}, es decir, por la experiencia del derecho como práctica social, que se refleja en los usos lingüísticos, pero no únicamente en ellos. A los elementos o dimensiones que integran dicha práctica se hará referencia más adelante.

| 4. EL CONCEPTO DE DERECHO COMO IDEA DEL DERECHO |

A la luz de lo anterior es preciso concluir que el concepto de derecho que buscamos no puede ser el que se encierra en una definición que lo identifica con una o varias de las entidades particulares que forman parte de la práctica social del derecho. No puede ser un concepto expresable a través de una definición, sino más bien una idea en el sentido hegeliano del término, una concepción de totalidad. Al respecto, escribe Hegel, en el frontispicio de su \textit{Filosofía del Derecho}: \textit{“La ciencia filosófica del derecho tiene por objeto la Idea del Derecho, es decir, el concepto del derecho y su realización”}\textsuperscript{27}. A continuación, precisa: \textit{“La filosofía trata con ideas, y no con lo que se suele llamar meros conceptos. Ella muestra, por el contrario, la unilateralidad y la falta de verdad de estos últimos, así como que el concepto (no lo que con frecuencia recibe este nombre y no es más que una determinación abstracta del entendimiento) es lo único que posee realidad, pues se la da a sí mismo. Todo lo que no es esta realidad puesta por el concepto mismo es existencia pasajera, contingencia exterior, opinión, apariencia inesencial, falsedad, engaño, etcétera. La configuración que se da el concepto en su realización es, para el conocimiento del concepto mismo, el momento esencial de la idea, que difiere de su forma de ser sólo como concepto”}\textsuperscript{28}.

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{25} G. de Ockham, \textit{Opus nonaginta dierum}, 6, 4; y 65, 7, entre otros.
\item \textsuperscript{26} Cfr., en sentido análogo, F. Viola, \textit{Il diritto come pratica sociale}, cit., p. 159.
\item \textsuperscript{28} Ibidem. Énfasis en el original.
\end{itemize}
La idea o concepto es, en Hegel, obra de la Vernunft, de la razón global, general y totalizadora. También en el pensamiento kantiano las ideas eran los productos regulativos de una razón unificadora, aunque desvinculada por completo de los fenómenos. Por su parte, lo que en el texto transcrito se denominan “meros conceptos” son los juicios parciales, o abstracciones conceptuales singulares, construidos por el entendimiento judicativo (Verstand). En su singularidad individual radica su carácter abstracto —en el sentido hegeliano—, su desvinculación de lo real y verdadero, que para Hegel es siempre la totalidad: Das Wahr ist das Ganze. La realidad se nos presenta siempre como totalidad, y la realidad de las cosas singulares no puede apreciarse sino en la contemplación del todo o, para decirlo dentro de las coordenadas hegelianas, en la construcción o manifestación racional de la idea, de la totalidad: “Lo verdadero es el todo. Pero el todo es sólo la esencia que se acaba y completa a través de su desarrollo. De lo absoluto ha de decirse que es, esencialmente, resultado, y que hasta el final no es lo que es en verdad, y en esto justamente consiste su naturaleza: en ser algo efectivo, ser sujeto, o en llegar a ser él mismo.”

Este pensamiento ha producido frutos notables para el estudio filosófico de la cultura, como la noción de espíritu objetivo. Las realidades culturales analizadas en sí mismas, por obra de un entendimiento puramente judicativo, que se limite a unir sujetos y predicados parciales, sólo pueden dar lugar a meros conceptos, en el sentido aludido arriba: abstractos, particulares, sectoriales y, por ello, falsos en última instancia. Por el contrario, la realidad plena de dichas realidades se nos muestra al contemplarlas globalmente, en el horizonte definido por el conjunto de las creaciones humanas, en referencia necesaria a la existencia del hombre, al sujeto que es su autor y al cual sirven. Los objetos culturales —el derecho o la obra de arte, por citar dos ejemplos que permiten percibir rápida e intuitivamente lo que se pretende afirmar— son en verdad objetivaciones, entidades que adquieren

30 Cfr. I. Kant, Crítica de la razón pura, B 672.
31 Cfr. G. W. F. Hegel, Enciclopedia de las ciencias filosóficas, § 40.
33 Ibid., p. 75. Énfasis en el original.
una existencia separada e independiente de la de sus autores. Pero a la vez son espíritu, creaciones de hombres singulares o de grupos humanos, y por ello no pueden ser comprendidas en todo su alcance sin ponerlas en conexión con el mundo al que pertenecen, porque no dan cuenta plenamente de sí mismas desde sí mismas, es decir, fuera de ese horizonte.

A mi juicio, este enfoque es correcto, al menos en el plano de la filosofía de la cultura o del espíritu objetivo, y puede ser admitido sin necesidad de aceptar las bases del sistema filosófico del idealismo hegeliano. En el caso del derecho, las normas jurídicas y el orden que conforman, el conjunto de textos que denominamos doctrina o ciencia jurídica, el proceso judicial, la noción de deber jurídico o derecho subjetivo, son creaciones humanas que forman parte de un “universo”, de un plexo de relaciones en el cual desempeñan una función, con una finalidad a la que sirven. Y esa finalidad guarda, a su vez, relación con la obtención o preservación de un bien o unos bienes relevantes para la existencia humana, en virtud de los cuales existe precisamente ese plexo construido, socialmente construido. La realidad más profunda de las mencionadas “entidades” (conductas, usos, expresiones lingüísticas) resulta perceptible sólo tomando ese plexo en su conjunto, es decir, haciéndose cargo de la “posición” relativa de todos esos elementos y de la finalidad o finalidades que cumplen, y refiriendo finalmente esa finalidad a la existencia humana. Esa es la aproximación al concepto de derecho que ha de considerarse más satisfactoria.

Ahora bien, si esto es así, va de suyo que el concepto de derecho no se sitúa en el comienzo, en el punto de partida del discurso filosófico sobre el derecho, sino precisamente en el final. En rigor, el concepto o idea del derecho constituye el más acabado fruto de la filosofía jurídica, no su primer resultado.

5. LA DESCRIPCIÓN Y EXPLICACIÓN DEL DERECHO COMO PRÁCTICA SOCIAL, PUNTO DE PARTIDA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Si la obtención del concepto de derecho se sitúa al final, y no al principio, de la reflexión iusfilosófica, el punto de partida lo constituye la descripción y explicación de la práctica social, como se ha anticipado.

Esta tarea inicial no se limita a describir, sino que le compete también el segundo de los pasos propuestos por Cotta, a saber, el de explicar, esto es, el de dar cuenta de por qué los elementos estructurales o morfológicos del universo
jurídico son los que son. La indagación explicativa apunta, pues, a los fines, objetivos o funciones que cumplen los elementos que cabe detectar en el plano descriptivo. En esa tarea la indagación histórica resulta indispensable, pues aporta la perspectiva genética y, con ella, la explicación de por qué han surgido las instituciones y estructuras que hoy conocemos, y a qué responde su evolución.

Corresponde ahora ofrecer algunas indicaciones sobre las líneas generales de la descripción y explicación propuestas.

Por lo que respecta al momento descriptivo, no debe perderse de vista que también pretenden ser descriptivas la teoría general del derecho en muchas de sus variantes, y algunas versiones de la teoría del derecho actual. La ampliación del campo de la experiencia y el abandono de las visiones unilaterales suponen ante todo, en nuestro contexto específico, desechar el reduccionismo normativista. La Modernidad ha sido la época de la monopolización de la creación del derecho por parte del Estado, con el consiguiente predominio de la ley, no sólo como fuente exclusiva o, al menos, principal, del derecho, sino también como entidad que viene identificada sin más con él. Entre otras cosas, ello ha traído consigo un cambio en la percepción de este último, que ha pasado a considerarse casi de modo exclusivo como una técnica de control social.

Resulta obvio que el sistema normativo forma parte del universo jurídico, pero éste no se reduce a aquél. Conviene recordar ahora algunas de las diferentes vías que conducen a la superación del normativismo. En primer lugar, dicha superación se opera pasando de la perspectiva estática a la dinámica, lo cual obliga a admitir la presencia de lo valorativo en la práctica del derecho. En segundo lugar, se puede alcanzar también tomando en cuenta la transformación operada en los modernos sistemas constitucionales, en los cuales el juicio sobre la validez de las normas y su contenido no depende en exclusiva de datos de hecho, sino de juicios éticos. Ambos itinerarios conducen a admitir la dimensión ideal del derecho. Por otra parte, la perspectiva dinámica no sólo nos muestra la presencia de valoraciones, sino que nos ofrece la imagen de lo jurídico como una realidad procesual, como una actividad en permanente desarrollo llevada a cabo por diferentes actores dentro de un marco institucional, lo cual ha de llevar a considerar la positividad como un resultado, más que como un punto de

---

partida\textsuperscript{36}. Como toda actividad, ésta se orienta a la obtención de determinados objetivos, que se hacen presentes de diferentes maneras; y se sirve de medios diversos, cuya toma en consideración se proyecta sobre la actividad entera. En resumen, la superación del normativismo se efectúa tomando como objeto de descripción la práctica social del derecho.

¿Cuáles son los elementos que se deben tomar en cuenta para describir la práctica? Como punto de partida, la caracterización que parece más completa y atractiva, la que deja menos elementos fuera del cuadro, es la elaborada por Roscoe Pound\textsuperscript{37}. En opinión del jurista norteamericano, el derecho ha sido concebido históricamente de tres formas principales: como un orden (\textit{legal order}), como un conjunto de directrices o criterios vinculantes en la resolución de los conflictos sociales (\textit{body of authoritative grounds or of guides to determination}), y como procesos en los que resultan operativas esas directrices o criterios (\textit{judicial and administrative processes})\textsuperscript{38}. El aludido conjunto de directrices estaría compuesto, a su vez, por preceptos de diverso tipo (Pound distingue reglas, principios, conceptos y estándares), ciertas técnicas para su aplicación, y determinados ideales a los que se orientan los preceptos y las técnicas. Para él, la reducción del derecho a uno solo de estos elementos, que es lo que sucede más frecuentemente, implica dejar fuera realidades que deberían comparecer en la definición del mismo; con otras palabras, Pound considera posible contemplar el derecho en los tres sentidos simultáneamente, para lo cual propone unificarlos bajo la noción de control social\textsuperscript{39}.


5.1. El orden jurídico

Pound entiende que desde un punto de vista lógico, la idea de orden (legal order, Rechtsordnung, ordre juridique) es el primer sentido de la expresión “derecho”40. La paternidad de esta acepción se remonta, a su juicio, a Kant, quien habría sido el primero en aplicar el término “derecho” no tanto a las reglas o leyes como “la condición que se persigue o que resulta de la aplicación de ese conjunto de preceptos”41.

No se puede compartir por completo esta apreciación histórica. En rigor, la idea de orden está presente en el pensamiento griego sobre la sociedad y el derecho. Para no multiplicar los ejemplos, Platón concibió la justicia como la aceptación de la función y el papel que corresponde a cada uno en el seno de la sociedad de acuerdo con una concepción orgánica de la misma, como es sabido42. Y Aristóteles desarrolló una teoría de los “lugares naturales”, por ejemplo, que en parte trasladó a la política, al considerar la polis y su orden como una realidad natural determinada con un fin específico que impone un orden en las relaciones entre sus miembros43. De igual modo, en la experiencia jurídica romana el ius o derecho no se identificaba con la ley44, sino que era concebido precisamente como la posición justa en el seno de las relaciones sociales, posición que nacía precisamente del orden natural de esas relaciones, de los officia o funciones desempeñados por cada uno de los actores en el interior de esas relaciones. El derecho brotaba para los romanos de la relación, del orden razonable de las cosas, en cuya configuración las leyes ejercían una incidencia limitada y parcial. Por eso la función judicial era concebida por los antiguos como iuris-dictio, esto es, como una actividad de naturaleza declarativa consistente en “decir el derecho”, en indicativo, como en su día insistió enfáticamente Michel Villey45. Y lo mismo podría decirse de los medievales, para quienes incluso

41 R. Pound, ”More About the Nature of Law”, cit., p. 527.
42 Cfr. Platón, República, I, 353 b-354 c; II, 368 b-371 e.
44 Cfr. A. d’Ors, Derecho Privado Romano, cit., § 35.
la ley era producto de una ordenación racional, que no hace sino concretar determinativamente el orden natural de las cosas y las personas\textsuperscript{46}.  

Lo que sí es cierto es que, a partir de la baja Edad media la idea de un orden social natural comenzaría a decaer y que en el iusnaturalismo moderno el “estado natural” del hombre es contemplado más bien como un caos. La sociedad es vista como un artificio, dotado de un orden creado por vía de legalidad. Razonablemente, la idea de derecho se desplaza entonces hacia la ley, hacia el sistema normativo, no porque se abandone la referencia a la idea de orden, sino porque se empieza a pensar que la ordenación de las relaciones sociales es fruto del pacto, o de la ley positiva, como se advierte con claridad en el pensamiento de Hobbes, Locke o Rousseau, por señalar sólo a algunos de los autores más destacados\textsuperscript{47}. El derecho no pierde, pues, la referencia al orden social, sino que el acento se traslada a la ley como causa del orden y como agente armonizador del peligroso caos y anómia que caracterizan al estado de naturaleza. En cierto sentido, el derecho deja de ser en la modernidad la \textit{expresión} de un orden, el fruto de un orden, para convertirse en un ordenamiento, es decir, en la \textit{causa} del orden de las relaciones sociales.  

Por tanto, la idea de orden está presente en la concepción del derecho a lo largo de toda la historia, y no sólo a partir de Kant, como piensa Pound. El derecho tiene su expresión más acabada en un orden de las relaciones sociales que hay que preservar o recomponer (planteamiento griego, romano y medieval); o crear (planteamiento moderno). En ambos casos se trata de un orden dotado de normatividad: ni las reglas que expresan el orden natural en el mundo antiguo y medieval, ni las que lo definen creativamente en el moderno aparecen como meras normas técnicas, sino como reglas vinculantes, con fuerza obligatoria. La normatividad del orden jurídico es, pues, otro de los aspectos básicos que se deben incluir en la descripción y explicación del derecho.  

Por otra parte, y volviendo a Pound, el orden jurídico no es un orden estático\textsuperscript{48}, sino que en su interior hay acción, y se compone o recoloca siempre mediante la acción, ya sea de los magistrados que se ocupaban de

\textsuperscript{46} Cfr. Tomás de Aquino, \textit{Summa Theologiae}, I-II, q. 90, a. 1, q. 95, a. 1 y a. 2.  


recomponerlo cuando este orden era pensado como un orden natural, ya del legislador, que se ocupa de crearlo en la modernidad, antes y después de Kant. Es en virtud de este carácter dinámico como podemos hablar precisamente de “práctica social” para referirnos al derecho.

Esta dimensión dinámica remite también a las ideas de conflicto social y de cooperación social, pues la necesidad de preservar un orden o de crearlo sólo puede percibirse si dicho orden puede romperse, generando así un conflicto, y en todo caso si resulta necesario para la obtención o preservación de ciertos bienes o fines cualesquiera que éstos sean. En este sentido, la idea de orden social exige hacerse cargo explicativamente del conflicto entre las personas, y de la cooperación, así como de las funciones o fines de lo jurídico en relación con lo uno y lo otro, y del modo específico de cumplir tales funciones, porque las relaciones sociales, tanto en su dimensión de conflicto como en la vertiente de cooperación, no aparecen ordenadas sólo por el derecho, sino también por otras normatividades o “agencias de control social”, por emplear la expresión de Pound.

La dimensión “orden” remite, pues, en perspectiva dinámica, a las otras dos dimensiones o sentidos de “derecho”: por una parte, al derecho como actividad o como proceso, que puede revestir la forma de actividad o proceso de adjudicación o resolución judicial de conflictos, y la de actividad o proceso legislativo; por otra parte, remite también, sobre todo a partir de la Edad moderna, al derecho como ordenamiento o sistema normativo.

La concepción del derecho como orden exige describir y explicar al menos las siguientes cuestiones:

a) Los elementos que integran ese orden: las relaciones sociales y, dentro de ellas, las relaciones jurídicas, así como lo que constituye la especificidad de éstas últimas.
b) Las causas de que tal orden sea necesario, es decir, los fines que cumple, los objetivos a los que se dirige.
c) La especificidad del orden jurídico respecto de otras formas de ordenación de las relaciones sociales.
d) La relación entre orden jurídico y orden político, así como, en conexión con esto, entre derecho y poder.

Las cuatro cuestiones expuestas involucran las que pueden considerarse características básicas del derecho en la tradición del pensamiento moderno y contemporáneo: su normatividad, su carácter institucional, y su índole coactiva\(^5\).

**5.2. El conjunto de directrices que permiten preservar o instaurar el orden jurídico**

Según Pound, el segundo de los sentidos de “derecho” sería el más común, y el que prevalece entre los juristas y científicos del derecho; por eso se refiere a él también como “derecho en el sentido del jurista” (*law in the lawyer’s sense*)\(^5\). En este segundo sentido la expresión “derecho” se refiere a las directrices conforme a las cuales se resuelven los conflictos sociales. En su opinión, tales directrices no se pueden reducir únicamente a las normas, sino que conforman un todo orgánico integrado por elementos de tres tipos: un conjunto de preceptos, una técnica o conjunto de pautas para la aplicación de tales preceptos, y un elemento ideal o conjunto de valores que orientan la creación y aplicación de los preceptos y, consiguientemente, inspiran también la técnica. Globalmente considerada, esta imagen supone un avance en orden a hacerse cargo de la dimensión dinámica del derecho, pues la técnica y el elemento ideal aludidos operan en esa dinámica, que no puede, en consecuencia, ser comprendida cabalmente sin referencia a ellos, y el catálogo de los preceptos muestra también el valor normativo de las valoraciones sociales (*standards*) y de las elaboraciones doctrinales (conceptos, principios), que se manifiestan también en el momento aplicativo, o dinámico, sin perjuicio de que en muchas ocasiones acaben incorporándose a las normas generales, como ciertos aspectos de la técnica (necesidad de motivación de las sentencias, reglas de interpretación, etc.) o los ideales (principios y valores constitucionales, legales, etc.).

Por lo que se refiere a los preceptos, Pound menciona cuatro tipos: las reglas jurídicas (*rules*), los principios (*principles*), los conceptos (*legal conceptions*) y los estándares (*standards*)\(^5\). Esta clasificación puede ser perfeccionada, pero conserva

---


interés porque permite ver con cierta claridad algo que no siempre se hace explícito en las teorías del ordenamiento inspiradas en el derecho europeo continental, a saber, que las relaciones entre las fuentes normativas dotadas de autoridad explícita (jurisprudencia y legislación) y las elaboraciones de la ciencia jurídica, por una parte, y los modelos de comportamiento socialmente admitidos como exigibles, por otra, no siguen una secuencia unívoca: la legislación no siempre precede a la ciencia jurídica, ni a la conducta socialmente aceptada.

En la descripción del elemento preceptivo no sólo interesa prestar atención a la estructura de cada uno de los tipos de preceptos, sino también explicar cómo se han originado históricamente, las razones que explican la pluralidad de preceptos, es decir, la necesidad de tal pluralidad, así como la estructura que conforman a partir de sus relaciones recíprocas y el modo como inciden sobre las relaciones sociales, esto es, la forma en que se manifiesta su normatividad. El punto de vista de las relaciones entre los preceptos apunta a la idea de ordenamiento o, más ampliamente, sistema, y con ella a la distinción entre normas primarias y secundarias; mientras que la indagación sobre la incidencia del sistema normativo en las relaciones sociales introduce los conceptos de deber jurídico, derecho subjetivo, hecho y acto jurídico, acto ilícito, responsabilidad y sanción, es decir, los denominados conceptos jurídicos fundamentales.

Pero Pound no sólo añade los conceptos y los estándares a la imagen del ordenamiento que suele ser clásica en la teoría general del derecho continental, sino que también incluye la técnica jurídica y los ideales o valores jurídicos.

La técnica, que Pound denomina “el arte del oficio del jurista” (the art of the lawyer’s craft), es el conjunto de hábitos mentales de los operadores jurídicos que preside no sólo la elaboración, sino también la aplicación de los preceptos; varía según el tipo de ordenamiento (en rigor, constituye el elemento distintivo de los diferentes tipos de sistemas jurídicos, en opinión de Pound), resulta tan vinculante como los preceptos mismos, y se distingue netamente de éstos, pues aunque puede

---

53 Sobre este tema, cfr. L. García Ruiz, Derecho, intereses y civilización, cit., pp. 78-87, y los textos de Pound allí citados.


formularse bajo la forma de una o varias reglas o principios, no opera como lo hacen aquellas ni estos\textsuperscript{57}. Parece claro que la caracterización y comprensión dinámica del derecho requiere hacer referencia a la técnica empleada en el proceso de aplicación o determinación de las consecuencias concretas de los preceptos.

Finalmente, el tercer componente del derecho como conjunto de directrices son los ideales que actúan como presupuesto (background) para la interpretación y aplicación de las normas\textsuperscript{58}. Ellos están presentes no sólo en la base de los diferentes tipos de preceptos, en su contenido, sino que también son el fundamento de la técnica jurídica en el sentido de Pound\textsuperscript{59}. Por ello, comparecen necesariamente en la actividad jurídica (legislativa, jurisprudencial, administrativa, científico-doctrinal), en el derecho como proceso; y guardan también una estrecha relación con el derecho como orden, pues vienen a ser los fines de dicho orden.

Piensa Pound que cuando más fácilmente se observa la presencia de los ideales en el derecho es cuando la técnica o los preceptos no proporcionan una respuesta indiscutida a una controversia\textsuperscript{60}. En tal caso se hará preciso elegir entre diferentes puntos de partida para el razonamiento (principios), y dicha elección dependerá de los ideales jurídicos imperantes en ese tiempo y lugar. Para Pound, esto explica que en muchas ocasiones los ideales resultan más determinantes y significativos en la decisión sobre los casos concretos que el texto de los propios preceptos aplicados a la luz de ellos\textsuperscript{61}.

El origen de los ideales es siempre la conciencia jurídico-moral colectiva, la moral vigente dominante en una sociedad o en una cultura. Su vía de expresión puede ser la legislación, pero no necesariamente: también son incorporados en ocasiones por la jurisprudencia, que al apelar a principios que considera evidentes, es decir, razonables, se hace eco de esa moral vigente aún no recibida, o imperfectamente recibida, por el legislador. En definitiva, el derecho tiene en buena medida su origen en la moral social.

\textsuperscript{57} Cfr. Ibidem.


\textsuperscript{59} Cfr. R. POUND, \textit{The Ideal Element in Law}, Calcuta, University of Calcutta, 1958, p. 3.

\textsuperscript{60} Cfr. Ibid., p. 2.

A la luz de lo anterior, puede discutirse si los ideales han de formar o no parte del concepto de derecho. Teniendo en cuenta lo ya señalado acerca de lo que ha de entenderse por “concepto” de derecho, parece obvio que sí, pues la referencia a los mismos está presente en todo ordenamiento jurídico del que tenemos noticia. Más aún, lo decisivo a este respecto no es si la norma injusta es o no derecho (que es la manera trivial como es presentada la clásica tesis del iusnaturalismo actualmente\textsuperscript{62}) y por tanto, si la justicia integra o no la definición del derecho. En un concepto del derecho de las características que se han considerado más arriba lo decisivo para determinar si la referencia a los ideales o los valores debe integrar dicho concepto depende de si esos valores forman parte de la descripción o de la explicación de la práctica social del derecho. A mi juicio, es indudable que sí; dicho de otro modo, las referencias valorativas son ineludibles tanto para describir la actuación de los operadores jurídicos como para determinar cómo deben actuar. Ninguna de las dos cuestiones puede, a mi juicio, responderse sin incluir la referencia a determinados valores. Por una parte, tanto el constituyente como el legislador y el juez toman como base de su actividad (constituyente, legislativa, judicial) valores u objetivos de naturaleza moral o política, además de datos de hecho o datos técnicos de diverso origen y procedencia. Esto vale para cualquier ordenamiento jurídico conocido, incluso para aquel que impone al juez el limitarse a “aplicar” la ley mediante una subsunción concebida en términos mecánicos, pues en la base de esta directriz para el juez no hay otra cosa que un principio ético-político (seguridad jurídica, respeto a la voluntad del legislador, certeza jurídica, etc.). A lo anterior hay que añadir que no se trata de una presencia meramente contingente o de hecho, sino estrictamente necesaria. Y ello por una razón de naturaleza filosófica que apunta a la estructura de la acción humana: la acción de los operadores jurídicos es siempre una acción racional, aunque en ocasiones se trate de una acción racionalmente defectuosa; una acción racional descansa sobre razones para la acción; y en sentido radical, sólo las razones éticas son razones racionalmente suficientes para la acción, razones operativas, por emplear la terminología de Raz\textsuperscript{63}. Si tomamos en cuenta que, como ha expuesto certeramente Alí Ross,


todo orden jurídico necesita de la adhesión no forzada, espontánea, de al menos quienes han de empuñar las armas para mantenerlo por la fuerza frente a sus conciudadanos\(^{64}\); y que una adhesión de ese tipo puede darse por causas emotivas o racionales, pero ambos tipos de razones remiten a lo que es valor; entonces todo orden jurídico necesita formular la pretensión de ser valioso, hacer referencia a lo que es un valor (los derechos humanos, por ejemplo, o el reconocimiento de la superioridad de la raza aria) para ese grupo reducido de personas o para toda la sociedad cuyo orden aspira a configurar.

Recapitulando, todo orden jurídico se orienta según ideales de naturaleza ético-política, que condicionan de diversos modos el contenido y la estructura del sistema normativo y, consiguientemente, influyen en la actividad de los operadores jurídicos, es decir, en el derecho como actividad o como proceso. En consecuencia, tanto la descripción como la explicación del derecho, es decir, el concepto del derecho, requieren necesariamente tomarlos en cuenta.

Lo anterior permite comprender que un aspecto decisivo de la tarea que compete al filósofo del derecho en este nivel de la descripción explicativa es precisamente la determinación de cuáles son esos ideales o valores que dan cuenta del contenido y estructura de los preceptos y de la técnica jurídica. En este punto hay que tener presente que los ideales y el modo de concebirlos pueden variar de unas culturas a otras y de unos ordenamientos a otros, y por ello la pregunta del teórico del derecho en este nivel versa sobre los valores que de hecho informan el derecho actual, y no sobre los que deberían hacerlo. Esta última cuestión también tiene sentido como tarea de la filosofía del derecho, en común con la filosofía política y con la filosofía moral, pero no forma parte de lo que venimos describiendo como tarea fundamental de la filosofía del derecho, sino que debe abordarse de manera independiente: es la comúnmente denominada teoría de la justicia.

Volviendo al plano de discurso en el que venimos moviéndonos, puede señalarse que los valores o ideales jurídicos que inspiran el derecho occidental son la justicia y la seguridad\(^{65}\). A ellos responden, de un modo u otro, las...

---


principales configuraciones formales y estructurales, así como los contenidos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Ahora bien, no se puede afirmar esto sin añadir, a continuación, que un valor o principio posee normalmente más de una aplicación o concreción posible, porque de suyo mira básicamente a estados de cosas deseables, y no tanto a los medios para realizarlos, ni mucho menos al modo como tales estados de cosas han de conjugarse con otros igualmente deseables. Por eso desde los valores que están en su base no sería posible explicar la totalidad de los elementos de un orden jurídico. Además, la historicidad afecta muy intensamente a lo que en cada momento se suele entender por justicia, y al modo de concebir las relaciones entre ésta y la seguridad. En el derecho contemporáneo occidental predominó inicialmente, por obra del liberalismo político ilustrado y del positivismo jurídico, una concepción formal de la legitimidad del derecho, que se consideraba garantizada por la producción de las normas generales a cargo de un legislador democrático y representativo, quedando la justicia reducida a un concepto eminentemente formal cuyo contenido venía identificado con el trato igual de los casos iguales.

Ahora bien, este modelo, que en buena medida pervive en la actualidad, ha ido evolucionando hacia una concepción de la justicia como adecuación o respeto de valores sustantivos como la libertad o la igualdad, y de otros bienes o valores que tienen actualmente su cauce de expresión en los derechos fundamentales y en los grandes principios político-jurídicos de las constituciones contemporáneas, sin que resulte suficiente la legitimidad originaria para considerar legitimado el derecho.

---


5.3. El derecho como proceso

El último de los sentidos de “derecho” a que alude Pound es el derecho como proceso. En este punto, la caracterización ofrecida por el antiguo decano de Harvard depende mucho más del momento histórico en que escribió, pues a través de esta tercera acepción se hace eco de las ideas de O. W. Holmes y B. Cardozo, así como de las doctrinas del realismo jurídico de Llewellyn o Frank, quienes enfatizan tanto la dinámica jurídica que reducían el derecho al “proceso judicial” (Cardozo70) o “las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente” en los casos concretos (Holmes71), o a “lo que los funcionarios públicos realizan con los conflictos” (Llewellyn72), si bien Pound remonta esta acepción del derecho al mundo romano, que concebía el derecho como el arte de resolver los litigios73. No obstante aceptar este punto de vista, Pound no lo comparte en su totalidad, ya que considera que no debe absolutizarse, sino complementarse con los otros dos sentidos del derecho74.

En cualquier caso, la perspectiva proporcionada por este tercer sentido de derecho permite destacar la dimensión dinámica de la vida jurídica, su dimensión de actividad. El derecho como orden normativo, institucional y coactivo tiene en la acción humana, en la dinámica de la vida social, la razón de su necesidad; y como conjunto de materiales normativos orientados a la producción o conservación de ese orden, así como a la resolución de conflictos, es asimismo fruto de acciones y decisiones humanas (la legislación, el pacto, la actividad jurisprudencial).

En conexión con este tercer aspecto del derecho, la descripción y explicación de la práctica social debe hacerse cargo al menos de la relación entre el conflicto


social, el derecho y el proceso; la relevancia jurídica de la acción humana, es decir, su capacidad para producir consecuencias jurídicas; y la índole específica de las actividades de los operadores jurídicos, singularmente del legislador y de los jueces, pero también de la dogmática.

Al igual que sucede con los valores, también la actividad legislativa, la aplicación del derecho (decisión, interpretación, argumentación, etc.) y la ciencia jurídica son objeto de estudio por parte de la teoría del conocimiento jurídico. Estos estudios poseen, al igual que la teoría de la justicia, autonomía dentro de la filosofía jurídica, y también como ella presentan abundantes puntos de contacto con la filosofía general (lógica, teoría del razonamiento, teoría de la argumentación, etc.). Además, no se limitan a un mero estudio descriptivo, sino que muestran una indudable tendencia a producir modelos normativos para esas actividades, a constituirse en metodologías normativas. No obstante, para lo que ahora interesa, es decir, en lo que hace a la elaboración del concepto de derecho, basta con hacerse cargo de la presencia de tales actividades en el seno de la práctica social.

6. DE LA DESCRIPCIÓN AL CONCEPTO

La toma en consideración de todos los elementos anteriormente referidos permite, a nuestro juicio, una descripción completa de lo que podríamos denominar el fenómeno jurídico. Asimismo, hace posible mostrar la continuidad entre lo dinámico y lo estático, entre lo sustantivo o material y lo formal-estructural, entre lo interno al sistema normativo jurídico y lo que éste comparte con otras normatividades. En definitiva, permite acceder a una comprensión global del derecho, a un concepto de derecho en el sentido expresado al comienzo de estas reflexiones.

El concepto de derecho que aquí se propone es el resultado de articular los elementos procedentes de cada uno de los tres sentidos que acabamos de referir. Como ya se ha anticipado, Pound apunta a la idea de control social como elemento unificador de las tres grandes concepciones del derecho: éste sería, pues, un medio de control social destinado a producir y mantener un orden, el orden jurídico, a través de procesos donde se resuelven los conflictos mediante la aplicación de una serie de preceptos conforme a una técnica, los cuales (preceptos y técnica) se ordenan a (y son expresión de) una serie de valores o ideales que constituyen su fundamento y su finalidad.

Obviamente, este no es el único modo posible de articular o unificar los diferentes elementos que integran la práctica social. Otros conceptos de derecho toman como
elemento unificador uno de los tres elementos o sentidos en que se usa la expresión “derecho”, sobre todo el sistema normativo, aunque no exclusivamente.

Una definición del derecho como las que acaban de referirse podría bastar para caracterizarlo correctamente. En definitiva, si se parte de una descripción del fenómeno lo más amplia posible y no se excluye ninguna de las dimensiones que comparecen en la práctica, la definición será muy parecida de unas teorías a otras; las diferencias vendrán determinadas por el acento que se ponga en uno u otro elemento, pues todos esos conceptos permanecerán dentro de los límites de la perspectiva descriptivo-funcional, que nos proporciona una imagen de aquello en lo que el derecho consiste, por decirlo con Legaz. Esto es ya mucho, pero es posible intentar trascender esta perspectiva, ir más allá para tratar de acceder a aquello que el derecho es, al concepto o idea del derecho.

En la precedente exposición se han ido añadiendo a la perspectiva de Pound algunos datos o precisiones que permiten avanzar en la transformación de su concepto de derecho de impronta esencialmente sociológica en un concepto netamente filosófico. En el mismo pensamiento de Pound se encuentran también algunas indicaciones interesantes para esta tarea, como la referencia de la noción de control social y de los ideales a la idea de civilización, que toma vagamente de Josef Kohler y que se expresa en lo que denomina postulados jurales o jurídicos. El derecho sería, desde ese punto de vista, una técnica de control social orientada al proceso civilizador del ser humano y de la sociedad.


A partir de aquí, nuestro camino se aleja de la propuesta de Pound. A nuestro juicio, la esencia del derecho, lo que éste es en último extremo, se determina poniendo en conexión la práctica social en su conjunto con la existencia humana. Como ya se ha señalado, la más profunda realidad de los artificios o constructos está determinada por su razón de ser: ello significa que a ella se accede indagando no en qué consisten, sino por qué existen. En relación con ello, De Lucas ha sostenido que la pregunta fundamental, en el sentido heideggeriano de la expresión (“¿por qué hay derecho y no más bien no-derecho?”) tiene primacía sobre la pregunta óntica, sobre la cuestión que apunta a la definición del derecho, a responder qué es el derecho. Esta, a su vez, tendría prioridad sobre la pregunta por las realidades en las que consiste el derecho. En rigor, más que de prioridad debe hablarse de circularidad, por las razones apuntadas a lo largo de este estudio. Una investigación de ese estilo es, así, la que puede fundar el concepto de derecho más profundo, más estrictamente filosófico, sin perjuicio de que, como ya se ha dicho, las caracterizaciones que responden en exclusiva a un fundamento empírico (descriptivo-explicativo) pueden considerarse correctas siempre que no marginen elementos en la descripción del fenómeno jurídico.

Ahora bien, una investigación como la que acaba de sugerirse sitúa a la filosofía del derecho en el contexto de una filosofía política o, más básicamente aún, de una filosofía de la existencia humana. La filosofía jurídica descansa, pues, sobre una antropología filosófico-jurídica, sobre una filosofía de la persona humana, como muestra el examen de las obras que han seguido esta orientación. En ellas, la referencia a la persona no sólo permite fundar el elemento ideal del derecho, sino que también da razón de las estructuras formales, al menos parcialmente, y del derecho como totalidad.


IV

GNOSEOLOGÍA, LÓGICA Y METODOLOGÍA JURÍDICA
La lógica de los sistemas normativos

Carlos Alarcón Cabrera
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
LA LÓGICA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS

| 1. LA LINGÜISTICIDAD DE LAS NORMAS |

En el ámbito de la filosofía jurídica analítica es casi unánime la consideración de las normas como entidades lingüísticas. Sin embargo, desde la sociología jurídica ha habido autores que han puesto en cuestión la lingüisticidad de las normas, defendiendo por el contrario que la norma es un hecho, pero no un hecho lingüístico (no una enunciación pragmática de un enunciado lingüístico prescriptivo), sino un hecho extralingüístico, una regularidad de comportamiento.

Así, la existencia de la norma sólo significaría que la mayor parte de las personas de un grupo social se comporta de una determinada manera en ciertos tipos de circunstancias. Las normas no serían “fenómenos lingüísticos”, sino condiciones sociales fácticas cuya existencia se establece empíricamente (véase Hart, 1961; Ross, 1968).

Quizás quien más claramente concibió la norma como entidad factual y extralingüística fue Theodor Geiger, al distinguir entre la norma (la “norma subsistente”) y su expresión lingüística.

Geiger parte de que es consustancial a todo ordenamiento la existencia de un grupo social en el que hay una relación constante entre una serie de situaciones y los correlativos modelos de conducta (Si alguien se halla en la situación S, sigue el modelo de conducta G). Cuando el comportamiento de los miembros del grupo consiste simplemente en “continuar en una regularidad”, no existe ninguna relación normativa, ya que el modelo de conducta “carece de ‘estigma’ u obligatoriedad porque una regularidad fáctica en la secuencia de los sucesos hace inimaginable la disidencia”.

Cuando, por el contrario, el comportamiento de los miembros del grupo no consiste simplemente en “continuar en una regularidad”, sino en “seguir una regla”, sí existe una relación normativa. Comportarse en desacuerdo con lo que la norma establece no supone entonces sólo “un desvío de la regularidad que de hecho había, sino que es una violación de la normatividad socialmente exigida”. La norma existe aunque no exista el enunciado correspondiente, aunque no haya sido “expresado con palabras que ciertas personas están obligadas frente a otras ciertas personas a responder a una situación con una cierta conducta”. La “norma subsistente” ya “está viva como idea normativa”, al margen de que posteriormente pueda o no manifestarse lingüísticamente, de que pueda o
Homenaje al Profesor Alberto Montoro Ballesteros

no “expresarse y consolidarse en un enunciado normativo que simplemente constata la existencia de una norma subsistente, pero no la crea. Constata que ‘Si S, entonces G’ es un modelo de conducta habitual, pero no estatuye ‘Si S, entonces G’ como norma obligatoria”. El enunciado prescriptivo es “la simple envoltura lingüística de la norma: expresa la norma, constata su existencia y es por eso puramente declarativo” (Geiger, 1947).

Hart ha destacado que esta concepción de la norma como entidad no lingüística, como mero “comportamiento generalizado”, “es la primera explicación de las normas que, quizá naturalmente, nos sentimos inclinados a dar”. Pero debe rechazarse porque para que exista una norma no es suficiente la “convergencia de conducta”; es necesario que dicha conducta se “exija”, que “tenga que” (“must”) darse, que “deba” (“should”, “ought to”) darse (en este caso Hart identifica la función de “must” con la de “should” y “ought to”): “Todos los miembros de un grupo social pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana, y, sin embargo, puede no haber regla que lo ‘exija’, puede que el comportamiento no “tenga que” darse, no “deba” darse (Hart, 1961, pp. 9-10).

Si nos oponemos a la tesis que pone en cuestión la lingüisticidad de las normas, y consideramos que las normas son entidades lingüísticas, bien sean enunciados prescriptivos o “deonticos” (situados en un plano sintáctico), proposiciones prescriptivas o “deonticas” (situadas en un plano semántico) o enunciaciones prescriptivas o “deonticas” de enunciados (situadas en un plano pragmático), entonces deberíamos asimismo considerar que el derecho, como conjunto sistematizado de entidades lingüísticas, es un lenguaje.

Si el derecho es, en sí mismo, un lenguaje, entonces el lenguaje que usa quien habla o escribe sobre el derecho es un lenguaje sobre un lenguaje-objeto, es un metalingüaje. El enunciado “Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude” (artículo 673 del Código civil español) es un enunciado lingüístico; el enunciado “De acuerdo con el artículo 673 del Código civil español, ‘será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude’” es un enunciado transparentemente metalingüístico, un enunciado que versa sobre otro enunciado lingüístico. También sería metalingüístico cualquier otro enunciado, expresado de una u otra forma, que versara sobre el artículo 673.

El primer tipo de lenguaje es el lenguaje legal, el lenguaje del texto jurídico con el que el legislador da a conocer las normas jurídicas. Al segundo tipo de lenguaje (que es un metalingüaje, en concreto un lenguaje que versa sobre el lenguaje legal)
se le conoce como lenguaje de los juristas, y es el que se utiliza al comentar, analizar o interpretar las normas jurídicas (por ejemplo, lo utiliza el abogado para preparar sus casos y defenderlos en juicio, el juez para motivar su sentencia, el profesor de la facultad de derecho para explicar el derecho vigente). La ciencia del derecho analiza el derecho como lenguaje, y, respecto al “lenguaje que ‘es’ el derecho”, surge un metalenguaje científico que debe definir las reglas de uso de los términos jurídicos.

| 2. LA LOGICIDAD DE LAS NORMAS |

En el contexto de los años sesenta, Bobbio contempló el panorama de las investigaciones lógico-jurídicas distinguiendo dos campos que con posterioridad tenderán a diferenciarse de forma más precisa: a) la lógica del derecho, que como parte de la lógica deóntica o lógica de las normas se centra en la estructura lingüística de las normas jurídicas en tanto que proposiciones normativas y en la posibilidad de construir inferencias lógico-normativas, y que debe considerarse una parte fundamental de la teoría general de la norma y de la teoría general del ordenamiento jurídico; b) la lógica de los juristas, que se centra en las argumentaciones que realizan los operadores jurídicos hasta efectuar la decisión jurídica, y, tras ella, para justificarla, y que debe considerarse una parte de la teoría de la interpretación jurídica. Mientras que la lógica del derecho, afirma Bobbio, es el producto de la extensión de los estudios lógicos sobre las proposiciones descriptivas a las proposiciones prescriptivas o deónticas, la lógica de los juristas es el producto de la aplicación de la lógica por parte de la ciencia jurídica a los procedimientos empleados por los juristas en la interpretación, análisis y sistematización de cada ordenamiento jurídico.

No obstante, como recalca Bobbio, nunca deberá hablarse de división absoluta entre estas dos partes de la lógica jurídica, ya que la lógica del derecho, como tal, integra en dos sentidos a la lógica de los juristas: a) por una parte, la lógica del derecho estudia las condiciones de posibilidad y los criterios de validez de una lógica de las normas que se desmarca de la lógica proposicional ordinaria; b) por otra parte, la lógica del derecho estudia los problemas del ordenamiento jurídico como sistema, ocupándose así de la unidad, la coherencia y la plenitud de los ordenamientos. Aunque la lógica de los juristas analiza las reglas de inferencia válidas para deducir conclusiones normativas a partir de premisas normativas en el contexto de un determinado ordenamiento jurídico, lo hace sin haber respondido previamente a cuestiones como la de la posibilidad y condiciones de tales inferencias normativas, y como la de las características que debe poseer un ordenamiento para ser sistemático, en las que resulta fundamental la aportación de la lógica deóntica.
Ciertamente, un observador de la actividad judicial podría pensar que, al aplicar las normas jurídicas, los jueces construyen implícitamente deducciones normativas, silogismos prácticos análogos a los silogismos teóricos. Del mismo modo que es correcto el silogismo teórico

(1) Todos los trabajadores descansan los meses de verano
(2) Agosto es un mes de verano.
(3) Todos los trabajadores descansan el mes de agosto,

parece también correcto el silogismo normativo

(4) Todos los trabajadores deben descansar los meses de verano.
(5) Agosto es un mes de verano.
(6) Todos los trabajadores deben descansar el mes de agosto,

así como el silogismo normativo

(7) Todos los trabajadores deben descansar el mes de agosto.
(8) Juan es un trabajador.
(9) Juan debe descansar el mes de agosto.

Si partimos de una premisa mayor, que es una norma general que prescribe condicionalmente un comportamiento, y de una premisa menor, que es una proposición descriptiva que afirma la condición prevista en la norma general, podemos aparentemente deducir como conclusión una norma individual que prescribe el comportamiento prescrito en la norma general, pero de una forma individual e incondicional.

Sin embargo, las corrientes expresivistas, y en particular Kelsen, han rechazado tajantemente que en las normas generales estén implícitas normas individuales, que de las normas generales se deduzcan automáticamente normas individuales.

Para Kelsen (1965, 1979), el acto de voluntad que da sentido a una norma general y condicional no implica un acto de voluntad que dé sentido a una norma individual e incondicional, porque entre actos de voluntad no puede haber relación de implicación lógica. La relación entre la norma general y la norma individual no es directa, sino mediata e indirecta al requerir un nuevo acto de voluntad, por ejemplo una sentencia judicial. Kelsen pone dos ejemplos que contradicen la posibilidad de construir silogismos normativos: el del juez
que se guía por sus convicciones personales y no aplica la norma que cree injusta al supuesto concreto; y el de la norma que a causa de una continuada falta de aplicación pierde su eficacia (Kelsen, 1979).

Pero Kelsen admite, no obstante, que se pueden extraer consecuencias lógicas de la aplicación judicial del derecho, siempre que partamos de la base de que relacionamos proposiciones descriptivas de normas, no normas.

La ciencia jurídica se asemeja a las ciencias de la naturaleza, para Kelsen, en lo relativo a la aplicación de los principios lógicos. La lógica rige en las ciencias naturales y en la ciencia jurídica, aunque no en sus respectivos objetos, la realidad natural y la norma jurídica, pero la semejanza se rompe en el sentido de que la norma jurídica, al contrario que la realidad natural, se puede plasmar en proposiciones descriptivas que expresan ideas abstractas y que son susceptibles de ordenación lógica. Aunque, propiamente, no se pueden construir silegismos normativos, en sentido amplio sí existen relaciones lógicas entre las normas, como en el caso de las relaciones entre dos normas generales con distinto grado de generalidad, o incluso entre una norma general y una norma individual en tanto que el hecho verificado “in concreto” por el juez correspondiente puede ser una subsunción del hecho determinado “in abstracto” por la norma (Kelsen, 1965).

En una línea similar a la de Kelsen, Ross (1941) indicó que no era lógicamente necesario que una autoridad normativa, imponiendo una regla general, estuviera imponiendo también la aplicación individual de la regla general. La validez de los silegismos normativos exige la presunción de coherencia práctica del sistema normativo (Ross, 1941).

Bastantes años después, Ross (1968) precisará que el carácter racional y consistente de la voluntad del legislador no sólo debe presumirse, sino que es la base de las relaciones lógicas entre las normas. La derivabilidad de “El trabajador Juan debe descansar el mes de Agosto” respecto a “Todos los trabajadores deben descansar el mes de Agosto” no es una cuestión psicológica (dependiente de actos de voluntad del legislador o del juez), sino lógica, conforme a los usos lingüísticos del término “todos” (Ross, 1968).

Con frecuencia se piensa que se deduce una norma de otra norma, cuando realmente no se relacionan normas (proposiciones prescriptivas), sino proposiciones descriptivas sobre normas, proposiciones que son sintácticamente idénticas a las propias normas. Las normas jurídicas son creadas por los órganos legislativos, y prescriben el comportamiento de sus destinatarios. Las proposiciones descriptivas de
normas jurídicas (las “proposiciones normativas”, en expresión de Kelsen) proceden de los “comentaristas” o “analistas” del derecho, que no prescriben comportamientos, sino que únicamente describen las normas jurídicas, pero que también pueden construir sintácticamente sus proposiciones en términos de “deber ser”, no de “ser”, aunque sea sin la intención de prescribir. Un jurista que comente la norma “Está prohibido fumar en los centros públicos” podría decir que “Conforme al derecho positivo, está prohibido fumar en los centros públicos”. Como de la primera parte del enunciado se puede prescindir cuando se sobrentiende por el contexto, también sería normal que el jurista dijera que (conforme al derecho positivo) “Está prohibido fumar en centros públicos”. Cuando deducimos lógicamente “Está prohibido fumar en el hospital” de “Está prohibido fumar en los centros públicos” no inferimos una norma menos general de otra norma más general, sino una proposición que describe la norma menos general de otra proposición que describe la norma más general (independientemente de que ambas proposiciones descriptivas tengan una estructura sintáctica idéntica a la de las respectivas normas).

3. LA ARGUMENTABILIDAD DEL DERECHO

La interrelación entre la lógica del derecho y la lógica de los juristas reivindicada por Bobbio es también defendida por Robert Alexy, autor de la teoría de la argumentación jurídica con mayor relevancia doctrinal de las últimas décadas. Y ello a pesar de que su comentadísimo libro Teoría de la argumentación jurídica (1978), base de lo que se conoce como la teoría stándard de la argumentación jurídica (paralela en cierto modo al sistema stándard de lógica deóntica de von Wright), comienza con la siguiente cita de Karl Larenz: “Ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. Frente a quienes al interpretar esta cita inicial hacen hincapié en que con ella Alexy se desmarca de la lógica jurídica, en el sentido dado por Bobbio, puesto que niega la posibilidad de construir inferencias normativas, en particular de considerar la sentencia judicial como conclusión lógica derivada de premisas normativas, yo resaltaría el énfasis puesto por el propio Alexy en las palabras “no es sino”. Lo que creo que Alexy pretende señalar no es que no quepa una lógica normativa, sino que ésta no es por sí misma suficiente para reflejar la realidad jurídica, y en concreto la realidad judicial.

En este sentido, no puede olvidarse que Alexy asume la argumentación jurídica como actividad discursiva que debe contemplarse no sólo desde una perspectiva normativa (en tanto que se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico), sino también desde una perspectiva analítica, de acuerdo con la cual hay que estudiar la estructura lógica de los argumentos.
jurídicos que los juristas realizan o pueden realizar. Su teoría de la argumentación jurídica es, como él mismo la define, “una teoría analítico-normativa del discurso jurídico”. Y en coherencia con tal definición Alexy señala explícitamente como presupuesto de su teoría el concepto wittgensteiniano de *juego del lenguaje*.

Al enjuiciar las teorías emotivistas, Alexy destaca que han servido para dejar claro que la función del lenguaje moral va más allá de su uso descriptivo, pero rechaza el emotivismo porque prescinde de la idea de que el discurso práctico es una actividad guiada por reglas, lo que le acerca asimismo al concepto wittgensteiniano de “seguir una regla”. Seguir u obedecer una regla es también para Wittgenstein una práctica, un uso, una costumbre, un acto institucional, por lo que no cabe un cumplimiento privado o interior. El concepto de seguir una regla, unido a los conceptos de juego del lenguaje y forma de vida, sirve a Alexy para fundamentar los presupuestos del discurso práctico racional (Alexy, 1978, (trad. cast., p. 63); Wittgenstein, 1953, af. 54, 85, 197-208).

Como teoría analítico-normativa sobre el discurso jurídico, la propuesta teórica de Alexy gira alrededor de la argumentación jurídica como *caso especial* de la argumentación práctica general. Ello no significa, como el propio autor se apresta a aclarar, que los procesos de fundamentación de las decisiones jurídicas se deben llevar a cabo siguiendo siempre los criterios del discurso práctico general, con lo que la fundamentación propiamente jurídica serviría sólo para legitimar subsidiaria o secundariamente el resultado del proceso (tesis de la *secundariedad*, según la cual el discurso jurídico coincidiría con el discurso práctico general, diferenciándose únicamente por su *fachada jurídica*); tampoco significa que la argumentación jurídica llega *hasta donde es posible*, y a partir de ahí actúa la argumentación práctica general (tesis de la *adicción*); sino que significa que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, al uso de los argumentos prácticos generales (tesis de la *integración*) (Alexy, 1978 (trad. cast., pp. 38-39)).

En tanto que teoría (además de analítica) normativa, la teoría del discurso racional plantea como primer problema la fundamentación de sus reglas sin incurrir en el regreso al infinito (las reglas se justifican mediante metareglas de segundo nivel, que se justifican mediante metareglas de tercer nivel, y así sucesivamente). Alexy distingue cuatro posibles tipos de fundamentaciones: 1) Una fundamentación *técnica*, que consistiría en considerar las reglas del discurso como reglas que establecen los instrumentos para la consecución de determinados fines; 2) Una fundamentación *empírica*, que consistiría en mostrar las reglas que de hecho se siguen; 3) Una fundamentación *definitoria*, que consistiría en analizar las reglas que crean, constituyen o definen la praxis...
institucional; 4) Una fundamentación *pragmático-universal*, que consistiría en tomar la validez de determinadas reglas como condición de posibilidad de la comunicación lingüística.

Alexy parece inclinarse levemente a favor de este último tipo de fundamentación, llevado a cabo por Apel y Habermas, así como, en una variante débil, por Austin y Searle con sus teorías de los actos lingüísticos. Sin embargo, eclécticamente, hace hincapié en los aspectos positivos de cada una de ellas, lo que le lleva a conceptuar su posición al respecto como “discurso teórico-discursivo” (Alexy, 1978 (trad. cast. pp. 178 ss.); véase Aarnio, 1987, Peczenik, 1989).

La fundamentación racional de las decisiones jurídicas exige dos clases de justificaciones, la justificación interna o justificación de la deducción y la justificación externa o justificación de las premisas. Como justificación interna de una decisión jurídica Alexy entiende su corrección lógica, su validez inferencial, lo que nos sitúa ante la cuestión de la posibilidad de construir silogismos jurídicos, cadenas lógico-deductivas que a partir de una premisa mayor normativa universal y una premisa menor fáctica particular deriven una conclusión normativa particular.

Siguiendo a Kelsen, de la validez (como existencia) de la proposición prescriptiva “Está prohibido a todos los vehículos circular por la izquierda” no se infiere lógicamente la validez de la proposición prescriptiva “Está prohibido a los vehículos de dos ruedas circular por la izquierda”, validez que requeriría un nuevo acto de voluntad. Y esto, que aparentemente resulta paradójico, es, como ha puesto de manifiesto Conte, tautológico: “Sólo si una proposición prescriptiva existe, entonces existe; es irrelevante, para su existencia, que derive lógicamente de otra proposición prescriptiva”. La validez inferencial o dianoética de la proposición prescriptiva no es condición suficiente de su validez normativa o deontica, que no depende de principios lógicos sino de las condiciones puestas por las reglas constitutivas del ordenamiento correspondiente. La validez normativa no es una determinada propiedad de la proposición prescriptiva, sino el resultado de las relaciones dinámicas que constituyen el eje del ordenamiento (Conte, 1968).

| 4. LA SISTEMATICIDAD DE LAS NORMAS |

La mayoría de los filósofos del derecho ha asumido que una posible forma de comprender el sentido ontológico de los ordenamientos jurídicos consiste...
en contemplarlo como unión de dos tipos de normas, las denominadas “normas primarias” y las denominadas “normas secundarias”.

Ya Bobbio había distinguido dos sentidos diferentes en los que se puede formular el paradigma “normas primarias” vs.“normas secundarias (Bobbio, 1968):

A) En sentido cronológico, lo “secundario” es lo posterior a lo “primario”. Desde este punto de vista, las normas primarias establecen cómo están obligados los ciudadanos a comportarse, y, sólo posteriormente, surgen las normas secundarias, que establecen las sanciones aplicables a quienes incumplen las normas primarias. “Primario” y “secundario” sólo indican una relación cronológica que no presupone la mayor relevancia de uno u otro tipo de normas. En sentido cronológico, “primario” y “secundario” tienen un significado neutral, no valorativo.

B) En sentido valorativo o axiológico, lo “secundario” es lo accesorio respecto a lo “primario”, que es lo principal. Desde este punto de vista, las normas primarias son más importantes que las secundarias. Lo más relevante es que se cumpla la norma primaria, que se realice el comportamiento prescrito; lo menos relevante es que se cumpla la norma secundaria, que se sancione a quien no realiza el comportamiento prescrito.

Paradójicamente, muchos autores han invertido la relación funcional entre las normas primarias y las normas secundarias, destacando la mayor importancia de estas últimas, e incluso llegando a sugerir, como en el caso de Kelsen, la eliminación de las normas primarias. Desde esta perspectiva, las normas jurídicas no se dirigirían a los ciudadanos, sino a los jueces para que sancionaran a los ciudadanos cuando realizaran determinados comportamientos.

Cuando Hart define el ordenamiento jurídico como el único sistema normativo que no se compone exclusivamente de normas de comportamiento, de normas primarias, sino que resulta de la unión de normas primarias y normas secundarias, utiliza la distinción combinando el sentido cronológico con el axiológico: las normas primarias son temporalmente anteriores y funcionalmente de mayor relevancia.

Para Hart, la transformación del conjunto de normas de conducta de una comunidad primitiva en un ordenamiento propiamente jurídico se materializa
con la creación de normas secundarias. Si no hay normas secundarias, no existe propiamente el derecho.

En las sociedades primitivas, recalca Hart, no son necesarios ni los legisladores ni jueces. Sólo existen una serie de normas primarias de origen difuso que son imprescindibles para la coexistencia, como las que prohíben el uso de la violencia, el robo y la mentira, o las que obligan a contribuir de alguna forma al bienestar colectivo. La única respuesta contra quienes no siguen esas normas consiste en la reacción negativa por parte de la generalidad del grupo social. Hart señala que una estructura social como la descrita padece tres carencias, que sólo se remedian a través de la creación de tres tipos de normas secundarias. El paso del mundo prejurídico al mundo jurídico se da así cuando se complementan las normas primarias con estos tres tipos de normas secundarias: las reglas de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación (Hart, 1961).

Según la teoría jurídica mixta de Hart, el derecho es una unión de normas primarias de conducta y de normas secundarias sobre la identificación, modificación y determinación de la violación de las normas de conducta. Hart caracteriza las normas primarias por su naturaleza prescriptiva, regulativa: las normas primarias prescriben conductas, regulan comportamientos, establecen lo que es obligatorio, lo que está prohibido o lo que está permitido. Sin embargo, Hart no explicita cuál es la naturaleza de las normas secundarias. Es en este contexto teórico en el que hay que interpretar la irrupción del paradigma “reglas regulativas” vs. “reglas constitutivas” como eje de una nueva teoría jurídica mixta complementaria a la teoría hartiana. En particular, el concepto de “regla constitutiva”, especialmente estudiado por Searle y por Conte, representa en cierta forma un intento de reformular y precisar el concepto de “norma secundaria”.

Basándose en la distinción de Kant entre “principios regulativos” y “principios constitutivos”, Searle diferencia las reglas regulativas, que regulan formas de conducta existentes antecedente o independientemente de las propias reglas, de las reglas constitutivas, que crean o definen nuevas formas de conducta, que constituyen una actividad cuya existencia es dependiente, desde un punto de vista lógico, de las reglas.

Las reglas regulativas son relativas a actividades “naturales” (matar, robar, engañar,...), cuya realización es independiente lógicamente de las reglas y anterior a ellas. Las reglas constitutivas son relativas a actividades “no naturales”, “institucionales” (hacer un testamento, casarse, prometer,...), cuya realización
sólo se comprende en el contexto de cada conjunto de reglas constitutivas, de cada institución. Sólo en el contexto de la institución de la sucesión se comprende la acción de escribir un testamento, sólo en el contexto de la institución del matrimonio se comprende el “Sí, quiero” enunciado por los contrayentes, sólo en el contexto de la institución de la promesa se comprende la obligación a cuyo cumplimiento se compromete quien realiza una promesa. De hechos naturales (escribir sobre un papel, pronunciar determinadas palabras, narrar futuras acciones propias) derivan hechos institucionales, deriva el deber de comportarse conforme a lo que establece un testamento, conforme a las obligaciones matrimoniales o conforme a lo que se promete. De lo que “es” concluye Searle, deriva lo que “debe ser” (Searle, 1964, 1969; véase Carcaterra, 1974, 1979).

Desde el punto de vista sintáctico, las fórmulas estándar de las reglas regulativas y de las reglas constitutivas son diferentes. Las reglas regulativas siguen el esquema “Debes hacer X” o “Si es Y, debes hacer X” (por ejemplo: “No debes fumar en centros públicos”; o “Si eres varón, debes hacer el servicio militar”). Las reglas constitutivas siguen el esquema “X cuenta como Y”, “X tiene el valor de Y”, “X tiene el sentido de Y”. La regla constitutiva que, en la Constitución española de 1978, constituye el Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2: “El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del poder judicial”, reconstruible como “Se constituye el CGPJ como órgano de gobierno del poder judicial”), podría reformularse así: “El CGPJ cuenta como órgano de gobierno del poder judicial”, “El CGPJ tiene el valor de órgano de gobierno del poder judicial”, “El CGPJ tiene el sentido de órgano de gobierno del poder judicial”.

En una línea no lejana a la de Searle, Conte define las reglas constitutivas como las reglas que son condición de aquello sobre lo que versan, que no regulan actos, situaciones o entidades anteriores e independientes de las reglas, sino que en sí mismas constituyen la actividad sobre la que versan. Pongamos un nuevo ejemplo: el artículo 54 de la Constitución española, que crea el Defensor del Pueblo como institución dirigida a la defensa de los derechos constitucionales, no regula una realidad ya existente (el Defensor del Pueblo no existía antes de la Constitución de 1978), sino que crea, constituye en el ordenamiento jurídico español la institución del Defensor del Pueblo. Es condición de existencia en él del Defensor del Pueblo como tal.

Junto a esta definición ontológica, Conte propone una definición semiótica de las reglas constitutivas: las reglas constitutivas determinan la connotación
o intención de los términos que aparecen en ellas (es decir, determinan el conjunto de propiedades de los objetos que designan tales términos). La intención del término “Defensor del Pueblo” es determinada por la propia regla que constituye la institución del Defensor del Pueblo. Entendemos el término “Defensor del Pueblo” en el sentido en el que la propia norma define la institución del Defensor del Pueblo. El artículo 54 de la Constitución establece que el Defensor del Pueblo es una institución dependiente de las Cortes Generales y designada por ellas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución.

En un sentido amplio, Conte considera también reglas constitutivas las reglas que no son condición, sino que ponen condiciones de aquello sobre lo que versan, que ponen condiciones para que un acto o circunstancia posea un determinado valor (Conte prefiere llamar a las reglas que no son, sino que ponen condiciones, reglas “hipotético-constitutivas”). Por ejemplo, el artículo 1280.3 del Código civil español (“Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones”) pone condiciones para que el acto de otorgar capitulaciones matrimoniales tenga valor, pone condiciones de validez del acto al que se refiere; el artículo 681.1 (“No podrán ser testigos en los testamentos los menores de edad”) pone condiciones de validez del testamento.

Desde el punto de vista sintáctico, la fórmula estándard de las reglas constitutivas que ponen condiciones de validez de aquello sobre lo que versan no es, como en las reglas regulativas, “Debes hacer X” o “Si es Y, debes hacer X”, ni tampoco es “X cuenta como Y” o “X tiene el valor de Y”, sino: “X debe ser N para contar como Y” o “X debe tener el valor de N para contar como Y”. Por ejemplo: “Un testamento debe tener como testigos dos personas mayores de edad para contar como testamento válido”.

Conte también propone una definición semiótica de las reglas constitutivas que (no son, sino que) ponen condiciones de validez de los actos o circunstancias a los que se refieren. Estas reglas determinan la denotación o extensión de los términos que aparecen en ellas (es decir, determinan la clase de objetos que tales términos abarcan). La extensión del término “testamento válido” es determinada por las propias reglas que ponen condiciones de validez del testamento, reglas que establecen que sólo serán testamentos válidos los testamentos hechos ante testigos mayores de edad (art. 681.1 del Código civil), hechos por mayores de catorce años (art. 663), hechos sin violencia, dolo o fraude (art. 673),... etc. (véase Conte, 1968; Conte / Alarcón, 1995; Azzoni, 1988).
Por otra parte, las normas jurídicas no están aisladas, sino que, como “totalidad ordenada”, constituyen un sistema. Desconocer el carácter sistemático del derecho es un error en el que se incurre cuando se desarrolla un análisis teórico sólo dirigido al estudio de las normas jurídicas y de los conceptos jurídicos en sí mismos, prescindiendo de la idea global del ordenamiento jurídico como sistema.

Desde tres perspectivas diferentes, la noción sistemática de ordenamiento puede cumplir la función metodológica de servir de instrumento de análisis jurídico:

A) En primer lugar, mediante la idea del ordenamiento jurídico como sistema se puede explicar la existencia del derecho. Por ejemplo, para el institucionalismo, el derecho existe en tanto que existe el ordenamiento jurídico, y el ordenamiento jurídico existe en tanto que existen las instituciones.

B) En segundo lugar, mediante la idea del ordenamiento jurídico como sistema se puede comprender qué es el derecho. Por ejemplo, para el normativismo, el derecho se define en términos de ordenamiento y no en términos de norma: no es que un ordenamiento sea jurídico por el hecho de ser un conjunto de normas jurídicas, sino que, al contrario, las normas son jurídicas por el hecho de formar un ordenamiento jurídico.

C) En tercer lugar, mediante la idea de ordenamiento jurídico como sistema se puede conocer lo que es derecho, lo que es jurídico. Por ejemplo, para determinados sectores del normativismo, mediante tal idea se puede definir el concepto de validez jurídica: la validez de una norma deriva, en el contexto del ordenamiento jurídico al que pertenece, y conforme al principio de legalidad, de la validez de otra norma superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental del ordenamiento.

El institucionalismo se enfrenta al problema de la existencia del derecho exigiendo tres condiciones: que exista una sociedad que sea el destinatario del derecho como ordenamiento; que exista una regulación de las relaciones intersubjetivas que sea el fin del derecho como ordenamiento; y que exista una organización que sea el medio o instrumento del derecho como ordenamiento.
Por su parte, el normativismo no se enfrenta al problema de la existencia del derecho, sino al problema de la definición del derecho y de la validez jurídica, concibiendo el ordenamiento jurídico como una pirámide normativa en cuya cúspide se halla la norma fundamental, de la que deriva la validez de todas las normas jerárquicamente estructuradas. A diferencia de los sistemas estáticos, en los que bajo la norma fundamental todas las normas están al mismo nivel jerárquico, los sistemas dinámicos como el jurídico se caracterizan por la pluralidad de escalones normativos. La validez jurídica de una norma no sólo depende (como en los sistemas estáticos) de la norma fundamental; depende también de las condiciones de validez puestas por las demás normas superiores a ella (véase Conte, 1968).

Así, las normas jurídicas primarias se crean a través de actos de promulgación que cumplen las condiciones, personales y procedimentales, establecidas por las normas inmediatamente superiores, por normas que determinan quién posee competencia para promulgar normas primarias. Las normas de competencia se crean a través de actos que cumplen las condiciones establecidas por las normas de competencia de orden superior, por ejemplo de rango constitucional. Y las normas de competencia constitucionales se crean a través de actos que cumplen las condiciones establecidas por las normas que regulan la reforma constitucional, en la práctica superiores a las restantes normas constitucionales. La validez de cada norma depende directamente de la validez de la norma inmediatamente superior, e indirectamente de la existencia de la norma fundamental.

Podría decirse que el rasgo principal de todo sistema jurídico es su unidad. Desde el punto de vista formal, la unidad significa totalidad jerárquica, significa imputabilidad de todas las normas a una única norma fundamental. La norma fundamental es el presupuesto jurídico fundamental que da sentido a todo el ordenamiento, que define las formas de conducta con relevancia normativa, que constituye la realidad jurídica.

Ya en Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (“El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional”, 1920), Kelsen concebía la norma fundamental como idea “hipotética” que constituye la normatividad jurídica como específico objeto de conocimiento. Es una norma “originaria” que determina los órganos supremos del Estado, las fuentes jurídicas suprema, y que como tal “desarrolla plenamente la función de hipótesis fundamental”. Esto no significa, aclara Kelsen, que las normas jurídicas estén presupuestas materialmente en la norma fundamental, sino que “el deber jurídico se llena de contenido mediante la legislación o la costumbre”. La norma fundamental
“no es puesta ni creada consuetudinariamente, sino que ella misma es la base de la normatividad y la costumbre como fuentes del derecho” (Kelsen, 1920, 91-93).

En la Reine Rechtslehre (“Teoría pura del derecho”), Kelsen insiste en que una pluralidad de normas “constituye una unidad, un sistema o un orden” cuando su validez reposa, en última instancia, sobre una norma fundamental, que es la fuente común de validez de todas las normas del ordenamiento (Kelsen, 1934, 1ª ed.). Sólo presuponiendo la norma fundamental es posible “interpretar el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos estatuidos conforme a la constitución en sentido objetivo”. La norma fundamental es “condición lógico-trascendental” de interpretación de toda norma jurídica válida (Kelsen, 1960, 2ª ed., 204 ss.).

La validez de cada norma jurídica depende de la validez de las normas inmediatamente superiores, hasta llegar así hasta la norma suprema, hasta la norma fundamental, de la que depende la validez de todas las normas del ordenamiento jurídico. Pero, paradójicamente, al no haber norma alguna superior a ella, la norma fundamental carece en sí misma de validez. La norma fundamental no es válida, sino que se presupone válida. Propiamente, no es válida ni inválida, sino que define la validez, establece los criterios para determinar la validez jurídica. Al igual que la barra de platino que define lo que es el metro, que sirve para medir cualquier distancia en metros, que no es que tenga la longitud de un metro sino que es la longitud de un metro, y seguirá siendo un metro aunque se alargue o se acorte, la norma fundamental tampoco tiene validez, sino que “es” la validez, define la validez, y, aunque cambie, seguirá “siendo” la validez, seguirá definiendo la validez (véase Hart, 1961, 204 ss.; Conte, 1968).

| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |

Conte, A. G., Primi argomenti per una critica del normativismo. Tipografia del libro, Pavia, 1968.


La gobernanza, las actividades de juristas y la dogmática

Fernando Galindo
Universidad de Zaragoza
LA GOBERNANZA, LAS ACTIVIDADES DE JURISTAS Y LA DOGMÁTICA

| 1. INTRODUCCIÓN |

El trabajo se ocupa de discutir hasta qué punto los cambios sufridos por el contexto en el que se desenvuelven las actividades de juristas en los últimos años, caracterizado por la creciente relevancia de la aplicación de las reglas de la gobernanza, modifican/afectan a los hábitos de trabajo propios de los profesionales del Derecho en lo referido a la puesta en práctica de actividades jurídicas fundamentales como son la interpretación y la aplicación del derecho y, en consecuencia, a la Ciencia del Derecho/Dogmática encargada de impartir la formación conducente a dicha práctica.

A estos efectos el trabajo está centrado en: (2) expresar las características de la gobernanza como estilo de acción administrativa y jurídica que se extiende en nuestra sociedad desde los años ochenta, (3) presentar las características de las prácticas de los juristas, que realizan sus funciones en conformidad a las propuestas establecidas por la Filosofía del Derecho, que se ocupó de demostrar su complejidad desde comienzos del siglo XX, y (4) exponer las exigencias de cambio a la docencia de la Dogmática, y en general a la enseñanza del Derecho que se contienen en la reforma de esta enseñanza que se pone en práctica por las Facultades de Derecho en España en estos momentos. Al final (5) se establece una conclusión.

| 2. GOBERNANZA |

De un tiempo a esta parte se está aceptando como práctica propia común de las competencias propias de los poderes públicos la del ejercicio de lo que se denomina gobernanza. La gobernanza está definida por el Diccionario español como “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”.

---

1 Este trabajo se desarrolla en el marco de los siguientes proyectos: Establecimiento en Iberoamérica del Observatorio de Gobierno Electrónico. EGObS, Acción integrada para el fortalecimiento institucional, financiada por la Agencia Española para la Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID), 2009-2012; La nueva ecología de la información y la documentación en la sociedad del conocimiento: desarrollo de una métrica sistémica, planificación de un observatorio para su seguimiento e identificación de tendencias básicas y retos estratégicos (infoscopos.com), proyecto financiado por la CICYT 2010-2012, y Mejora en la participación en la sociedad del conocimiento a través de las actividades del Observatorio de Gobierno Electrónico. Aspectos políticos, económicos y empíricos, financiado por la Secretaría General de Universidades, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, convocatoria para la concesión de subvenciones para la cooperación interuniversitaria con Brasil, 2012-2013.
Lo anterior implica reconocer la expansión en el ámbito público, como prácticas o usos propios de los gobernantes (incluyendo en la expresión gobernantes a todos los funcionarios que ponen en actividad a los tres poderes del Estado), de los principios, técnicas o usos de gobierno propios del ámbito empresarial. Ello es lo mismo que decir: la puesta en acción de la eficiencia y las reglas del mercado como criterio de acción preferente de los poderes públicos.

Este estilo de acción o política no impide decir que ha de ser ejercido por los poderes en forma compatible con los principios propios del Estado de Derecho, que resumen la acción de la democracia que, por mandato legal, goberna la acción de los poderes públicos, es decir todos aquellos asuntos sobre los que éstos son competentes según el ordenamiento propio de los Estados de Derecho en cuanto son agentes activos en la vida social y política de la sociedad en la que vivimos. Ello se predica especialmente de la aplicación del Derecho, realizada por los juristas ejemplarmente, según se reconoce, en el proceso judicial de forma compleja: atendiendo al mecanismo de la ponderación, propio de la gobernanza, más que a la aplicación “automática” de la subsunción como vemos a continuación.

La aprobación de la Constitución de 1978 supuso en España la acomodación de la organización del poder jurídico al principio de separación de poderes, y a los requisitos constitucionales liberales. En la misma se estableció la declaración de la independencia del poder judicial, asistido en su funcionamiento por la infraestructura aportada por el Estado a través del Ministerio de Justicia (art. 149, 1, 5º) y las entidades de carácter ejecutivo con competencias y función similar establecidas en las Comunidades Autónomas. Pese a lo anterior, hasta que no se promulgó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la solución judicial de conflictos estuvo fundada en la organización que del Poder Judicial establecía la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y, básicamente, las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal promulgadas a finales del XIX (1881 y 1882, respectivamente).

En los siglos XIX y XX los jueces, siguiendo las pautas de las Constituciones liberales, tenían que poner en acción la Ley en la resolución de los conflictos planteados ante los mismos aplicando la subsunción como mecanismo básico

---

de solución de los mismos, de otra forma incurrían en responsabilidad como prescribía el Código Civil de 1889: Art. 6.° “El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho”. El texto vigente del Código Civil (promulgado en 1974, art. 1.7) ampliaba el marco de decisión: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

Estas prácticas judiciales realizadas en la España de los ochenta en el seno de una organización judicial habituada a prácticas propias del último tercio del siglo XIX, chocaron con las prácticas que progresivamente se estaban implantando en las Administraciones Públicas, poder ejecutivo, en la misma época, que cada vez más se iban ajustando a las indicaciones de la política de “Nueva Gestión Pública” que se estaba extendiendo por todos los países, también en España, desde los años 80 y que perseguía que las actividades de las Administraciones en general estuvieran orientadas por el ejercicio del poder ejecutivo: la puesta en acción de reglamentos desarrollados a partir de las Leyes, a la vez que la obtención de la eficacia en los servicios públicos. O lo que es lo mismo se aceptaba por las Administraciones y sus funcionarios el uso, junto a las normas (leyes, reglamentos...), de técnicas propuestas por las ciencias sociales y económicas como instrumentos auxiliares de gobierno, en cuanto que sus prácticas de trabajo debían estar regidas por la idea de buena gobernanza como lo estaban las prácticas de las empresas, decimos hoy3.

Esto no sucedía así en el periodo comprendido entre comienzos del XIX y primera mitad del XX, una vez que en aquel momento la acción del poder ejecutivo y el judicial estaba regida por la separación del terreno de acción propio de empresas y el de los poderes públicos, de ahí el positivismo jurídico: normas para la defensa y protección del mercado, que debían ser aplicadas estrictamente por los jueces realizando la subsunción de los casos en los textos de las Leyes.

Ahora, desde los años 80 del siglo XX, el Estado a través de todos sus poderes no sólo debe intervenir sino que las reglas del mercado, las de la eficacia,

---

también son sus reglas. El poder económico debe tenerse en cuenta en la acción de las Administraciones/Tribunales de Justicia, además de por razones técnicas (eficacia) por razones políticas: porque tiene más fuerza, en muchas ocasiones, que el poder público. No hay que olvidar que, como decíamos, gobernanza como hecho es la referencia: “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía” (Diccionario de la Real Academia Española (RAE)). Hoy se dice más. Se dice que la realidad formal, jurídica, ha de convivir con el poder económico: globalización. “Globalización es la tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales” (RAE)⁴.

En lo que aquí respecta basta con decir que es común en la actualidad entender que todas las actividades jurídicas, incluida la aplicación del Derecho, se realizan contando con este ámbito: con el espectro de complejidad de las actividades jurídicas que mostró la reflexión filosófico jurídica a partir de su crítica a la reducción de la aplicación del Derecho a la subsunción a la que nos referimos en el siguiente apartado.

| 3. ACTIVIDADES DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO |

Desde los comienzos del XX, justamente desde el inicio de la obligación de los jueces de poner en ejecución el Código Civil alemán bajo su responsabilidad ante todos los casos que los ciudadanos les plantearan, surgieron consideraciones críticas con respecto a la idea de que la aplicación del Derecho por los jueces estaba reducida a la realización de la subsunción del caso concreto en la Ley, como planteaban los Códigos liberales⁵. Ehrlich, junto a los jueces que se integraron en el Movimiento de Derecho Libre, puso de manifiesto que el proceso de aplicación del Derecho no podía estar reducido a la subsunción una vez que la irremediable existencia de lagunas jurídicas hace que la mayor parte de las resoluciones judiciales sean creaciones “libres”, de los mismos

---

⁴ Últimas normas que son eco de este cambio en la Administración de Justicia en España son: la Ley 18/2011 de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, y la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

jueces, a efectos de no incurrir en la responsabilidad correspondiente por no tomar decisiones en casos, sometidos a su decisión por imperativo legal, cuyos supuestos y soluciones no coincidieran con los previstos por la Ley.\footnote{EHRLICH, E.,}  

A partir de estas consideraciones surgieron a lo largo del siglo XX hasta la actualidad múltiples reflexiones dirigidas a completar el proceso de aplicación judicial del Derecho con otras explicaciones. Algunas de las soluciones propuestas fueron las siguientes: el conocimiento de las concepciones y convicciones sociales (propuesta hecha por Ehrlich a través de la Sociología: el derecho vivo), la consideración de que el proceso judicial y el razonamiento jurídico están integrados por tópicos o lugares comunes que auxilian a la aplicación (Viehweg\footnote{VIEHWEG, T.,}), el establecimiento de sistemas normativos auxiliares a la aplicación elaborados mediante el uso de la lógica contando con la construcción de la pirámide normativa que amplía racionalmente el ámbito legal (Kelsen\footnote{KELSEN, H.,}), la propuesta del estudio de las leyes atendiendo a que se interpretan a partir de la “precomprensión” de su contenido (Esser\footnote{ESSER, J.,}, Engisch\footnote{ENGISCH, K.,} y Gadamer\footnote{GADAMER, H, G.,}), el estudio de la aplicación judicial del Derecho atendiendo al amplio ámbito y contenido de las argumentaciones que en la misma se produce (Perelman\footnote{PERELMAN, Ch.,}, Alexy\footnote{ALEXY , R.,}), la consideración del acuerdo de legitimación social: el consenso, al que están dirigidas las leyes y la organización estatal en su totalidad (los tres poderes) en las sociedades democráticas (Habermas\footnote{HABERMAS, J.,}), la consideración de que todas las actividades humanas son realizadas atendiendo a un conocimiento
de la realidad producido en el contacto mantenido con la misma realidad: “autopoiéticamente” (Maturana\textsuperscript{15}), y no por la mera elucubración o desarrollo intelectual de las propuestas científicas …

Estas y otras propuestas estaban ocupadas, resumiendo, en poner énfasis en el contexto propio de la aplicación judicial, a efectos de explicarla y darle soluciones más complejas que las que establece la subsunción o el discurrir formal sobre los textos jurídicos.

| 4. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO |

Congruentemente con lo hasta aquí expresado no es de extrañar que también se estén produciendo cambios sustantivos en la formación de los juristas, cambios acomodados al espíritu de la adaptación a la gobernanza y a las exigencias a las actividades de los juristas resumidos con anterioridad.

La formación en Derecho en el ámbito universitario ha estado ligada durante mucho tiempo al principio de la subsunción: el juez subsumía el caso en la Ley y por tanto debía conocer el texto de la Ley. Lo mismo sucedía con el resto de los participantes en el proceso: jueces, abogados, procuradores o secretarios, por ejemplo.

En coherencia con estas convicciones el plan de estudios de la licenciatura de Derecho de 1953 (11 de agosto de 1953, BOE del 29 de agosto de 1953) se limitaba a exponer como contenido básico de la docencia las asignaturas referidas a las distintas partes del ordenamiento, las diferentes Dogmáticas/ Ciencias jurídicas, que integraban el Derecho vigente. Además se explicaba: Derecho natural, Historia e Instituciones del Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Político, Economía política, Filosofía del Derecho y Prácticas de lectura de textos jurídicos clásicos (latinos y españoles). También se preveía la impartición de cursos sobre Sociología y Contabilidad.

No son de extrañar, por ello, los cambios existentes en la actualidad para con esta formación que se requieren, igualmente, a la ciencia/Dogmática del Derecho que fundamentalmente la realiza en el ámbito académico.

\textsuperscript{15} MATURANA, H., \textit{El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano}, Santiago de Chile, 1988, pp. 159-165.
Para presentar el contenido de la reforma aquí damos cuenta, resumido, del marco institucional de los estudios conducentes a la obtención del Grado de Derecho en España que está recogido en el Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. El Real Decreto concreta el procedimiento dirigido a obtener la acreditación que da acceso a las profesiones de abogado y procurador consignando, además, los requisitos, en forma de competencias y destrezas o habilidades, que han de cumplir los estudios que, en Grado y Posgrado, habilitan para la realización de los estudios, cursos y prácticas conducentes a la acreditación profesional de abogados y procuradores. Es por ello que cabe tomar al Decreto como norma adecuada, genérica, para presentar las pautas propias de los planes de Grado porque, además, resume en su comienzo los requisitos de los Grados en Derecho que han de satisfacer, al menos, aquellos estudiantes que quieran realizar los cursos conducentes a la acreditación como abogado o procurador de los tribunales. Así sobre el Grado dice lo siguiente el Art. 3 de la norma mencionada:

“Los títulos universitarios de grado a que se refiere la letra a) del artículo 2 [que establece los requisitos para obtener la acreditación de abogado y procurador] deberán acreditar la adquisición de las siguientes competencias jurídicas:

a) Conocer y comprender los elementos, estructura, recursos, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico e interpretar las fuentes y los conceptos jurídicos fundamentales de cada uno de los distintos órdenes jurídicos.

b) Conocer y comprender los mecanismos y procedimientos de resolución de los conflictos jurídicos, así como la posición jurídica de las personas en sus relaciones con la Administración y en general con los poderes públicos.

c) Conocer y saber aplicar los criterios de prelación de las fuentes para determinar las normas aplicables en cada caso, y en especial el de la conformidad con las reglas, los principios y los valores constitucionales.

d) Interpretar textos jurídicos desde una perspectiva interdisciplinar utilizando los principios jurídicos y los valores y principios sociales, éticos y deontológicos como herramientas de análisis.

e) Pronunciarse con una argumentación jurídica convincente sobre una cuestión teórica relativa a las diversas materias jurídicas.
f) Resolver casos prácticos conforme al Derecho positivo vigente, lo que implica la elaboración previa de material, la identificación de cuestiones problemáticas, la selección e interpretación del dato de Derecho positivo aplicable y la exposición argumentada de la subsunción.

g) Manejar con destreza y precisión el lenguaje jurídico y la terminología propia de las distintas ramas del derecho: Redactar de forma ordenada y comprensible documentos jurídicos. Comunicar oralmente y por escrito ideas, argumentaciones y razonamientos jurídicos usando los registros adecuados en cada contexto.

h) Utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones para la búsqueda y obtención de información jurídica (bases de datos de legislación, jurisprudencia, bibliografía, etc.), así como herramientas de trabajo y comunicación.”

Ha de destacarse el énfasis que hace esta norma en lo que es propio de lo que en la discusión filosófico jurídica se denomina Metodología jurídica: según ambas (la norma y la discusión) los futuros juristas deberán estar formados por las diferentes disciplinas jurídicas/Dogmáticas en el contexto constituido por las características de las propias actividades jurídicas. Básicamente en las competencias que requiere la interpretación de las normas jurídicas, la aplicación del Derecho, el acceso a textos jurídicos, los contenidos dogmáticos concretos y la construcción y manejo de teorías del Derecho. A ello se referían las propuestas filosófico-jurídicas resumidas más arriba (3) y que se manifestaban con ello sobre el contexto propio de la actividad de los juristas en una sociedad compleja a tomar como objeto de consideración y estudio por todos los juristas16.

5. CONCLUSIÓN

Hemos contemplado en este trabajo cómo la reforma del ejercicio de los tres poderes está avanzada, orientada por la puesta en acción de los principios propios de la Nueva Gestión Pública o la gobernanza. También ha quedado de relieve que en la formación general del jurista se han adoptado medidas dirigidas a la formación de profesionales expertos en las competencias precisas para ejercer la profesión en el contexto que a las mismas presenta la reforma

de la Administración: Juristas bien formados, o lo que es lo mismo no tanto en las construcciones conceptuales dogmáticas cuanto que en las competencias profesionales que ya desde comienzos del XX los filósofos del Derecho clamaban como propias de los mismos, tomando como referencia especial las de los Jueces. Este es un aspecto fundamental de la reforma: la construcción de una Ciencia del Derecho/Dogmática que necesita ser revisada de forma urgente a efectos de poder contar con juristas conocedores de la gobernanza que la sepan poner en práctica juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, con total consciencia de los procedimientos democráticos de interpretación y aplicación del Derecho en el siglo XXI.
La sentencia judicial como un árbol de razonamientos

Rafael Hernández Marín
Universidad de Murcia
LA SENTENCIA JUDICIAL COMO UN ÁRBOL DE RAZONAMIENTOS

1. LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES Y LA ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA JUDICIAL

El derecho impone a los jueces tres obligaciones fundamentales.

La primera y más importante de ellas es la obligación de juzgar, la obligación de resolver los litigios que conocen. Los jueces cumplen esta obligación dictando decisiones, con las que responden a las peticiones que han recibido de las partes litigantes.

Esas decisiones, en segundo lugar, no pueden ser decisiones cualesquiera, puesto que el derecho exige que dichas decisiones digan el derecho (ésta es la obligación jurisdiccional).

En tercer y último lugar, el derecho también ordena a los jueces motivar sus decisiones.

Además de imponer a los jueces estas tres obligaciones básicas, el derecho también contiene preceptos que establecen cómo deben ser cumplidas esas obligaciones. El más importante de esos preceptos es el que exige que la motivación de una decisión judicial esté contenida en el mismo documento, en la sentencia, que contiene la decisión. El derecho concreta incluso cómo debe ser estructurada la sentencia, a fin de que ésta cumpla la doble exigencia de contener la decisión del caso y de contener también la motivación de la decisión.

A estos efectos, el derecho divide la sentencia en tres apartados fundamentales:

1) El fallo, que está destinado a albergar la decisión resolutoria del litigio;
2) Los antecedentes de hecho, pensados para contener los razonamientos acerca de los hechos; y
3) Los fundamentos de derecho, ideados para contener los razonamientos acerca del derecho.

Esta regulación legal parece impecable. Sin embargo, cuando indagamos más a fondo, es posible apreciar numerosas deficiencias.

1 La presente investigación se inscribe en el marco del proyecto de investigación DER2010-20300, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.
2. LA UBICACIÓN DE LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA SENTENCIA

Una primera circunstancia llamativa en la regulación legal de la motivación de la decisión judicial consiste en que la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) regula la motivación de las decisiones judiciales en un precepto, el art. 218.2, mientras que el contenido de los antecedentes de hecho y el contenido de los fundamentos de derecho son regulados en otros preceptos distintos, en los arts. 209.2ª y 209.3ª, respectivamente. Ello puede sugerir la idea errónea de que la motivación de una decisión judicial y esos apartados de la sentencia son cosas distintas.

3. EL RAZONAMIENTO FÁCTICO-JURÍDICO Y SU UBICACIÓN EN LA SENTENCIA

Se denomina «razonamiento fáctico-jurídico» al conjunto de los razonamientos acerca de los hechos. En este conjunto de razonamientos, es habitual distinguir dos razonamientos:

El primero de ellos es el razonamiento probatorio, cuya conclusión final es la declaración de hechos probados. Esta declaración puede consistir en la afirmación de que está probado que Juan disparó a Pedro, causándole graves heridas, a consecuencia de las cuales Pedro falleció.

El segundo razonamiento es el razonamiento calificativo. Este razonamiento tiene como premisa inicial la declaración de hechos probados, con la que concluye el razonamiento probatorio, y su conclusión final es un enunciado calificativo, o sea, un enunciado que es la concreción del supuesto de hecho de un enunciado jurídico. Un ejemplo de enunciado calificativo es el enunciado «Juan es un homicida».

1 Art. 218.2 de la LEC: «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

2 Art. 209.2ª de la LEC: «En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso». Art. 209.3ª de la LEC: «En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso». 
Ambos razonamientos, el razonamiento probatorio y el razonamiento calificativo, integran el razonamiento fáctico-jurídico, que forma parte a su vez de la motivación de la decisión judicial. Pero la regulación legal del razonamiento fáctico-jurídico realizada por nuestras leyes procesales no es uniforme.

Todas nuestras leyes procesales concuerdan en que la declaración de hechos probados, que es la conclusión final del razonamiento probatorio, figure en los antecedentes de hecho de la sentencia. Sin embargo, una de nuestras leyes procesales, concretamente, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, exige que las premisas del razonamiento probatorio y los (sub)razonamientos integrantes de dicho razonamiento que finalizan en la declaración de hechos probados figuren, no en los antecedentes de hecho, como cabría esperar, sino en los fundamentos de derecho⁴. Y en cuanto al razonamiento calificativo, éste debe ser incluido en los fundamentos de derecho, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵.

A mi juicio, el razonamiento fáctico-jurídico en su totalidad, desde sus premisas iniciales, que son las premisas iniciales del razonamiento probatorio, hasta su conclusión final, que es la conclusión final del razonamiento calificativo, debería estar incluido en los antecedentes de hecho. En opinión de nuestro Tribunal Supremo, el cual en ocasiones teoriza acerca de la estructura de la sentencia judicial, esa conclusión final, que es un enunciado calificativo como el enunciado «Juan es un homicida», y que frecuentemente es llamada «premisa menor del silogismo judicial», está contenida en los antecedentes de hecho, según afirma el citado tribunal en numerosas sentencias.

### 4. LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS RAZONAMIENTOS INTEGRANTES DE LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Según el primer enunciado del antes citado art. 218.2 de la LEC, la motivación de una decisión judicial debe incluir dos razonamientos, que son

---

⁴ Lo que dice literalmente la citada Ley 36/2011, en su art. 97.2, es lo siguiente: «La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión».

⁵ La 4ª regla del art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal comienza de la siguiente manera: «Se consignarán también en párrafos numerados, que empezarán con la palabra Considerando: Primero. Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados». 
el razonamiento fáctico-jurídico, del que se acaba de hablar, y el razonamiento interpretativo.

El razonamiento fáctico-jurídico pretende probar o refutar la verdad de un enunciado calificativo, como el enunciado «Juan es un homicida». Por esta razón, a primera vista cabría pensar que ese razonamiento debería buscar la verdad con la máxima libertad en el uso de todos los medios disponibles. Sin embargo, el derecho establece numerosas limitaciones (respecto a los medios de prueba que pueden ser utilizados, respecto al tiempo en el que se han de practicar las pruebas, etc.), que dificultan la búsqueda de la verdad. Ello se debe a que en ocasiones la búsqueda de la verdad en un procedimiento judicial colisiona con otros intereses que el derecho también pretende proteger: derechos fundamentales, el secreto profesional, la infancia, las relaciones familiares, celeridad en la resolución de los litigios, etc.

Por lo que respecta al razonamiento interpretativo, son dos fundamentalmente los preceptos jurídicos que regulan este razonamiento.

Uno de ellos es el art. 3.1 del Código Civil. Este artículo exige que las normas jurídicas sean interpretadas conforme a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Dado que interpretar una norma jurídica consiste en atribuirle sentido, lo que el citado artículo exige es que a las normas jurídicas les sea atribuido un sentido que sea conforme a la realidad social del tiempo en que sean aplicadas. Por otra parte, y puesto que las normas jurídicas son aplicadas en una fecha posterior a la fecha en la que fueron creadas o formuladas, el artículo citado exige en definitiva que se haga depender el sentido de un enunciado jurídico de factores posteriores a la formulación del enunciado, factores además que pueden cambiar de un momento a otro.

Sin embargo, según la semántica y la filosofía del lenguaje, que son las disciplinas a las que pertenece la noción de sentido, el sentido de un enunciado depende del contexto en el que el enunciado es formulado, contexto que puede incluir cualquier circunstancia simultánea, o incluso anterior, al momento en el que el enunciado ha sido formulado. Pero la posibilidad de que el sentido de un enunciado dependa de circunstancias posteriores a la formulación del enunciado es extraña a las disciplinas citadas. Y ello con razón, puesto que admitir tal cosa significaría admitir la posibilidad de que el futuro influya sobre el presente o el presente sobre el pasado.

El otro precepto legal que regula el razonamiento interpretativo es el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los Jueces y Tribunales deben
interpretar los enunciados jurídicos contenidos en las leyes y los reglamentos conforme a la Constitución. Pero esta exigencia parece tan gratuita como exigir interpretar los decretos del Gobierno y las órdenes ministeriales de acuerdo con las leyes. Además, este precepto parece suponer que la interpretación correcta de un enunciado jurídico contenido en una ley o en un reglamento es la que atribuye al enunciado un sentido conforme a la Constitución. Y, si esta idea fuera plausible, habría que decir que cada vez que el Tribunal Constitucional declare que un enunciado jurídico determinado tiene un sentido que es contrario a la Constitución y, por esta razón, anula el enunciado está realizando una interpretación incorrecta del enunciado jurídico en cuestión.

Estas reglas jurídicas reguladoras del razonamiento interpretativo plantean un interrogante. Las reglas jurídicas que regulan el razonamiento probatorio permiten la búsqueda de la verdad, pero dentro de unos límites; y esas limitaciones tienen su justificación en el deseo del legislador de atender a otros intereses, cuya protección puede chocar con la búsqueda de la verdad en un procedimiento judicial. Pero las cosas son distintas en el caso del razonamiento interpretativo. En primer lugar, porque las reglas jurídicas que regulan este razonamiento no es que limiten la búsqueda la verdad, no es que limiten la averiguación de cuál es el sentido de un enunciado jurídico, sino que se oponen frontalmente a la búsqueda de la verdad, puesto que las ideas subyacentes a esas reglas jurídicas chocan con tesis bien consolidadas en las disciplinas relevantes. Pero además, en segundo lugar, no se ve cuál es la razón por la que el derecho ignora estas disciplinas; no se ve cuál es el interés que el derecho pretende proteger y que es más importante que la verdad o el conocimiento que dichas disciplinas proporcionan.

## 5. LAGUNAS LEGALES EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS RAZONAMIENTOS INTEGRANTES DE LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

La regulación legal de la motivación de una decisión judicial sólo exige incluir en dicha motivación dos razonamientos: el razonamiento fáctico-jurídico, integrado por el razonamiento probatorio y el razonamiento calificativo, y el razonamiento interpretativo. Por esta razón, se puede afirmar que el derecho

---

6 El citado art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial va incluso más allá de lo que se acaba de decir, al exigir que los Jueces y Tribunales interpretan los enunciados jurídicos no constitucionales, no sólo en conformidad con la Constitución, sino en conformidad con la interpretación que el Tribunal Constitucional realice de la Constitución.
identifica la motivación de una decisión judicial con esos dos razonamientos. Dicho de otro modo, para el derecho ambos razonamientos agotan la motivación de una decisión judicial.

Sin embargo, el razonamiento fáctico-jurídico pretende probar que un determinado enunciado calificativo es verdadero, mientras que el razonamiento interpretativo pretende probar que un enunciado jurídico tiene un sentido determinado. Por esta razón, si la motivación de una decisión judicial sólo contuviera esos dos razonamientos, que son los únicos que el derecho exige que sean incluidos en dicha motivación, ésta podría probar, a lo sumo, que cierto enunciado calificativo es verdadero y que un enunciado jurídico tiene un sentido determinado, pero nada más.

No puede sorprender, por tanto, que las sentencias judiciales contengan, además de esos dos razonamientos legalmente exigidos, razonamientos adicionales, no exigidos legalmente, pero tampoco prohibidos por la ley. La ley sólo exige incluir en la motivación de una decisión judicial el razonamiento fáctico-jurídico y el razonamiento interpretativo, pero no prohíbe incluir en ella razonamientos complementarios.

| 6. LA DECISIÓN COMO CONCLUSIÓN |

En una sentencia cualquiera, la decisión resolutoria del litigio, que puede ser el enunciado «Juan debe ser condenado a doce años de prisión», aparece siempre precedida de un marcador de conclusión, como «por consiguiente» o «por tanto». Éste es sin duda un hecho notable, aunque estemos acostumbrados a él. Y revela que, en las sentencias, la decisión es la conclusión de un razonamiento.

Ese razonamiento, cuya conclusión es la decisión resolutoria del litigio, no es ninguno de los dos razonamientos que la ley exige incluir en la motivación de una decisión judicial. La decisión, que puede ser el enunciado «Juan debe ser condenado a doce años de prisión», no es la conclusión del razonamiento fáctico-jurídico, ni tampoco es la conclusión del razonamiento interpretativo.

La decisión es la conclusión de otro razonamiento, no regulado legalmente, pero que los jueces incluyen indefectiblemente en la motivación de sus decisiones, junto al razonamiento fáctico-jurídico y al razonamiento interpretativo. Este otro razonamiento, cuya conclusión es la decisión, tiene como premisas las conclusiones de los razonamientos fáctico-jurídico e interpretativo.
De esta manera, en una sentencia judicial, la motivación de la decisión adopta la estructura de un árbol de razonamientos. Las ramas de este árbol son el razonamiento fáctico-jurídico y el razonamiento interpretativo; mientras que su tronco es el razonamiento que voy a denominar «razonamiento principal de la sentencia», cuyas premisas son las conclusiones de esos razonamientos-rama, y cuya conclusión es la decisión resolutoria del litigio.

En la sentencia, la decisión resolutoria del litigio es, ante todo, la conclusión de uno de los razonamientos integrantes de la motivación de la decisión, de ese razonamiento que acabo de bautizar como razonamiento principal de la sentencia; pero también es, en segundo lugar, la conclusión final de su propia motivación. Esta segunda idea es expresada en la tesis de que la conclusión final de la motivación de una decisión judicial es la propia decisión.

7. LAS PREMISAS DEL RAZONAMIENTO PRINCIPAL DE LA SENTENCIA

En el caso más simple, el razonamiento principal de la sentencia tiene al menos dos premisas.

Una de ellas es la conclusión del razonamiento fáctico-jurídico, conclusión que es un enunciado calificativo, como el enunciado «Juan es un homicida».

Un sector doctrinal considera los enunciados calificativos como enunciados valorativos; pero es difícil saber qué significa exactamente esa tesis. Parece que una de sus implicaciones es que los enunciados calificativos no son verdaderos, ni falsos, no son enunciados asertivos. Sin embargo, según la opinión mayoritaria, opinión que comparto, los enunciados calificativos son enunciados asertivos.

La segunda premisa del razonamiento principal de la sentencia es la conclusión de los fundamentos de derecho.

La opinión mayoritaria, influida por la teoría del silogismo de la aplicación del derecho, considera que esa segunda premisa es una norma jurídica o, más precisamente, un enunciado jurídico prescriptivo general, como «Los homicidas deben ser condenados a una pena de prisión de diez a quince años».

Por consiguiente, de acuerdo con esta tesis, el razonamiento principal de una sentencia, cuya conclusión es la decisión resolutoria del litigio, tiene dos premisas: una de ellas es un enunciado calificativo, asertivo; la otra premisa, en cambio, es un
enunciado prescriptivo general. En consecuencia, dicho razonamiento quedaría ilustrado por el siguiente silogismo de la aplicación del derecho:

[1] Juan es un homicida [premisa asertiva]; los homicidas deben ser condenados a una pena de prisión de diez a quince años [premisa prescriptiva]. Juan debe ser condenado a doce años de prisión [conclusión prescriptiva].

Sin embargo, esa opinión mayoritaria acerca de la segunda premisa del razonamiento principal de la sentencia, premisa contenida en los fundamentos de derecho, no es correcta, a mi juicio. Confunde el uso y la mención de las expresiones. En los fundamentos de derecho, los jueces se limitan, o al menos deberían limitarse, a mencionar o citar enunciados jurídicos, generales en la mayoría de los casos, y sean o no prescriptivos, para destacar el carácter jurídico de dichos enunciados y para describir lo que éstos dicen o significan. Así lo entienden también algunos autores\(^7\), el legislador\(^8\) e incluso los propios jueces, cuando éstos finalizan la motivación de sus decisiones con la fórmula «Vistos los artículos *citados* y demás de general y pertinente aplicación...».

Es cierto que hay sentencias que no citan un solo enunciado jurídico en los fundamentos de derecho, sino sólo sentencias del Tribunal Supremo. Y son innumerables las sentencias que no dicen que son jurídicos los enunciados que citan; es más, las sentencias ni siquiera dicen que son jurídicos los enunciados (jurídicos) que citan. Sin embargo, esta forma de proceder es comprensible, cuando no se discute ni el carácter jurídico, ni el sentido de los enunciados jurídicos citados, y ambas cosas son evidentes. También es cierto que son muy numerosas las sentencias que contienen enunciados prescriptivos generales en los fundamentos de derecho; es decir, es cierto que hay sentencias cuyos fundamentos de derecho usan, no (o no sólo) mencionan, enunciados prescriptivos generales. Aunque esto no me parece justificable, dado que el derecho, la Constitución, establece taxativamente que la única función del

---


\(^8\) Según el apartado Quinto de la 4ª regla del art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los “Considerandos” debe aparecer «La *cita* de las disposiciones legales que se consideren aplicables, pronunciándose por último el fallo,...». También el art. 372.3° de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se refiere a las “razones” y “fundamentos legales” que hay que exponer en los “Considerandos”, “citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso”.

753
juez es decir el derecho, no formular normas generales, jurídicas o no. Las únicas normas que el juez debería formular o usar son las contenidas, no en los fundamentos de derecho, sino en el fallo, o sea, los enunciados prescriptivos singulares, en que consisten en la mayoría de los casos las decisiones judiciales.

De manera que la conclusión de los fundamentos de derecho contiene, o al menos debería contener, sólo enunciados asertivos: sean tesis ontológico-jurídicas, referentes al carácter jurídico de ciertos enunciados, sean tesis interpretativas, descriptivas del sentido de ciertos enunciados jurídicos, prescriptivos o no (del mismo modo que los antecedentes de hecho contienen enunciados asertivos que describen “los hechos del caso”). Aquí supondré, a fin de presentar el razonamiento principal de la sentencia de la manera más robusta posible, que la conclusión de los fundamentos de derecho contiene alguna tesis ontológico-jurídica y alguna tesis interpretativa, que son premisas de dicho razonamiento principal. Según ello, el razonamiento principal de la sentencia quedaría ilustrado mediante el razonamiento siguiente.

[2] Juan es un homicida [premisa asertiva]; el enunciado «los homicidas deben ser condenados a una pena de prisión de diez a quince años» es un enunciado jurídico [premisa asertiva]; el enunciado «los homicidas deben ser condenados a una pena de prisión de diez a quince años» significa que si alguien es un homicida entonces debe ser castigado a una pena de prisión comprendida entre diez y quince años [premisa asertiva]. Juan debe ser condenado a doce años de prisión [conclusión prescriptiva].

8. EL RAZONAMIENTO PRINCIPAL DE LA SENTENCIA CONSIDERADO GLOBALMENTE

Como antes se ha dicho, el razonamiento principal de la sentencia no es un razonamiento exigido por la ley. Pero los jueces incluyen dicho razonamiento en la motivación de sus decisiones, debido, entre otras razones, a que el derecho no prohibe incluir en la motivación de las decisiones judiciales razonamientos adicionales además de aquellos exigidos legalmente.

Sin embargo, cualquier razonamiento que sea incluido en la motivación de una decisión judicial, ya sea un razonamiento legalmente exigido, ya sea un razonamiento que la ley no exige, debe cumplir el requisito establecido en el segundo enunciado del antes citado art. 218.2 de la LEC: «La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados
individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». Conforme a este precepto, cualquier razonamiento incluido en la motivación de una decisión judicial debe ajustarse a las reglas de la lógica o de la razón. Lo que implica que cualquier razonamiento incluido en la motivación de una decisión judicial ha de ser o un razonamiento válido deductivamente, para ajustarse a las reglas de la lógica, o al menos un razonamiento válido inductivamente, para ajustarse a las reglas de la razón, de la razón científica.

Este precepto deja en evidencia al razonamiento principal de la sentencia, cualquiera que sea la opinión que se tenga respecto a dicho razonamiento:

Si el razonamiento principal de la sentencia adopta el modelo [1], como sostiene la opinión dominante en la doctrina, se tratará de un razonamiento integrado por dos premisas, una de ellas asertiva y la otra prescriptiva, y una conclusión, que tiene carácter prescriptivo. En este caso, el razonamiento principal de la sentencia sería un razonamiento no ordinario de tipo mixto.

En mi opinión, sin embargo, el razonamiento principal de la sentencia adopta el modelo [2], es un razonamiento integrado por varias premisas, todas ellas asertivas, pero su conclusión es prescriptiva. Es un razonamiento que podemos calificar como un razonamiento no ordinario “ilícito”, evocando el célebre pasaje de D. Hume, en el que el filósofo escocés advierte frente al “paso del ser al deber ser”, o sea, pone en duda que se pueda extraer una conclusión prescriptiva a partir de premisas asertivas.

Mas, en cualquier caso, es decir, ya sea que el razonamiento principal de la sentencia adopte el modelo [1], ya sea que dicho razonamiento adopte el modelo [2], el citado razonamiento no es un razonamiento válido. No es un razonamiento válido deductivamente, dado que no existe nada parecido a una “lógica mixta” o a una “lógica ilícita”, que permita distinguir los razonamientos mixtos o ilícitos, respectivamente, que son válidos de los que no lo son; y tampoco es, obviamente, un razonamiento válido inductivamente. Por todo ello cabe concluir que el razonamiento principal de la sentencia incumple el art. 218.2 de la LEC.

A ello hay que añadir una observación adicional. Un razonamiento es un acto lingüístico complejo. Y, como todos los actos, también los razonamientos

---

9 Razonamientos ordinarios son los razonamientos, cuyas premisas y conclusión son enunciados asertivos.
son realizados para alguna finalidad. En el caso de los razonamientos, éstos son realizados o formulados para probar la verdad de su conclusión. Esto es lo único que un razonamiento puede probar. Y lo probará efectivamente en el caso, y sólo en el caso, de que se trate de un razonamiento sólido, es decir, de un razonamiento válido deductivamente, cuyas premisas sean verdaderas. Sin embargo, en el caso del razonamiento principal de la sentencia, al margen de si se trata de un razonamiento válido, deductiva o inductivamente, y al margen también de cuáles o cómo sean sus premisas, dicho razonamiento no puede probar que su conclusión es verdadera, dado que dicha conclusión, como el enunciado o decisión «Juan debe ser condenado a doce años de prisión» no puede ser verdadera, por tratarse de un enunciado prescriptivo. Por consiguiente, el razonamiento principal de una sentencia, ya se ajuste al modelo [1], ya se ajuste al modelo [2], no puede probar nada.

Dado que el razonamiento principal de la sentencia carece de virtualidad o función probatoria, cabría pensar que su función es persuasiva, es decir, que pretende persuadir o incitar a la realización u omisión de una determinada conducta. Sin embargo, y por un lado, esta concepción persuasiva de la motivación de una decisión judicial está justamente desacreditada por la doctrina. Por otro lado, es innecesario que la motivación de una decisión judicial persiga ese objetivo, ya que la coacción estatal que respalda una decisión judicial es suficiente para incitar al cumplimiento de la decisión, cualquiera que sea la motivación que acompañe a la decisión.
Razonamiento a partir de precedentes

Victoria Iturralde
Universidad del País Vasco
RAZONAMIENTO A PARTIR DE PRECEDENTES

1. PLANTEAMIENTO

Los análisis del razonamiento judicial asumen que el objeto de interpretación es la ley, es decir, enunciados jurídicos (disposiciones) que provienen del legislador (Parlamento y Gobierno) y que son publicadas en un boletín oficial; texto este que constituye el objeto de interpretación y aplicación. Las decisiones judiciales (los precedentes) son analizadas únicamente en cuanto resultado aplicativo, y no como constitutivas de la premisa normativa de dicho razonamiento. Esto responde más a una concepción ideológica acerca de la función que deben desempeñar los jueces y a la falta de legitimación de estos para crear derecho, que a una visión realista del papel que los precedentes tienen como fuente del derecho.

La teoría del razonamiento judicial debe contemplar el análisis de las decisiones judiciales no sólo como resultado del proceso de aplicación, sino como objeto de interpretación: determinadas decisiones judiciales constituyen, junto a los enunciados jurídicos creados por el legislador, la premisa normativa de la decisión judicial. En las páginas que siguen pondré de relieve las dificultades que plantea el precedente en tanto que objeto de interpretación y, por ende, el margen de discrecionalidad que tienen los tribunales al aplicar los mismos.

2. RAZONAMIENTO A PARTIR DE PRECEDENTES

Distinguiré dos modelos de razonamiento a partir de precedentes:

2.1. El modelo de reglas, en el que la ratio decidendi de la sentencia tiene el valor de precedente con la obligación de ser aplicada a casos futuros, y

2.2. El modelo de la analogía, en el que un caso es considerado como un ejemplo significativo y correcto para guiar decisiones futuras en casos similares.

Estos dos modos de razonamiento plantean diferentes problemas. En el modelo de la analogía, la cuestión fundamental consiste en la “descripción” de los casos y la decisión acerca de si hay o no la suficiente similitud entre los mismos de cara a aplicar al caso posterior la decisión tomada en el caso

---

anterior. El problema fundamental del precedente en el modelo de reglas es la formulación de la *ratio decidendi*, puesto que las decisiones que constituyen precedentes no se formulan como normas generales, y lo que vincula al juez no es el fallo en sí, sino la *ratio decidendi*, ratio que sólo puede obtenerse a partir del dispositivo de la sentencia en relación entre la estructura jurídica de los hechos y la decisión. Teniendo esto en cuenta, consideraré los principales problemas que presenta la determinación del precedente en cada uno de los modelos.

### 2.1. El modelo de reglas

#### a) Ratio decidendi

Los problemas que plantea la *ratio decidendi* son el propio concepto; la dificultad de separar la *ratio* de los *obiter dicta*; el método para determinar la *ratio* y la posibilidad de que partiendo de una misma decisión diferentes intérpretes pueden obtener diferentes *ratios*.

Si tenemos en cuenta las múltiples definiciones que se han dado de la “*ratio decidendi*”, hay que concluir que no hay uniformidad a la hora de establecer dicho concepto. Como se ha dicho, las diferentes definiciones del concepto de *ratio decidendi* son, en algunos casos, irreconciliables y presentan un gran margen de vaguedad.

Según Twining y Miers los principales significados que el término *ratio decidendi* ha tenido en la literatura jurídica son los siguientes:

- a) La regla(s) jurídica explícitamente establecida por el juez como fundamento para su decisión, es decir, la respuesta(s) explícita(s) a la cuestión del derecho planteada en el caso.
- b) La razón explícitamente dada por el juez para la decisión, esto es, la justificación dada a la(s) pregunta hecha en el caso.

---


c) La regla(s) jurídica implícita en el razonamiento del juez al justificar la decisión, es decir, la respuesta implícita a la(s) cuestión jurídica del caso.

d) La razón implícita dada por el juez en la decisión, esto es la justificación implícita para la pregunta(s) planteada(s) en el caso.

e) La regla(s) jurídica por la cual se fundamenta el caso o que se cita como autoridad por un posterior intérprete; es decir, la respuesta imputada a la cuestión jurídica en el caso.

Por su parte, Chiassoni reconduce las diferentes definiciones a las tres acepciones siguientes:5

(rd1) En un primer sentido, se entiende por ratio decidendi la regla (criterio, principio, premisa) en base a la cual ha sido decidido un caso. Esta regla puede ser la premisa necesaria y suficiente; la premisa suficiente pero no necesaria; o la premisa necesaria pero no suficiente, de un razonamiento cuya conclusión es la decisión judicial.

(rd2) En un segundo sentido, por ratio decidendi se entiende la regla usada por un juez para justificar la decisión de un caso considerada conjuntamente, sea con las razones o argumentos que la sostienen, sea con la descripción de los hechos a la que ha sido aplicada.

(rd3) En un tercer sentido, por ratio decidendi se entiende cualquier elemento esencial de la argumentación que sea necesario para llegar a la motivar la decisión de un caso.

Una de las dificultades para establecer la ratio decidendi de una decisión proviene del hecho de que no es fácil trazar la línea divisoria entre ratio decidendi y obiter dicta, puesto que los tribunales no suelen indicarlo expresamente.6 La distinción entre ratio decidendi y obiter dicta es, en teoría clara: la ratio decidendi es una regla necesaria para la decisión, mientras que aquellas consideraciones que no son necesarias son meros obiter. Ahora bien, la cuestión está en determinar, cuales, de entre todas las consideraciones hechas por el juez son necesarias para la decisión. 7

---


Se pueden distinguir dos clases de obiter dicta. De un lado, los obiter en sentido estricto, es decir, aquellas consideraciones que no tienen ninguna relación de implicación lógica con el supuesto de hecho objeto del caso; en cuyo caso los obiter son totalmente irrelevantes. De otro, hay manifestaciones que, aún perteneciendo a los obiter, son el antecedente o la consecuencia imprescindible de la elección interpretativa operada por el juez en el caso concreto; de manera que están ligadas por un nexo de prejudicialidad o subordinación con la ratio decidendi. En este caso, la vinculación entre ratio y obiter es tan estrecha que se puede atribuir a estos el carácter de precedente.

A las anteriores cuestiones, se añade una tercera: la de determinar el método para determinar la ratio decidendi de un caso. Una de las criterios clásicos en esta materia, es la tesis de Goodhart según la cual el método para encontrar la ratio decidendi consiste en encontrar los hechos materiales y la conclusión basada en ellos tal y como han sido considerados por el juez. Frente a ella, otras opiniones relevantes (Wanbaugh, Allen, Gray, Montrose), dicen que la ratio decidendi hay que buscarla en “las razones dadas por los jueces para tomar la decisión o, en las reglas jurídicas establecidas por el tribunal”.

Por último, puede haber diferentes opiniones acerca de cuál es la ratio decidendi de un determinado caso; es decir, diferentes intérpretes puede deducir diferentes ratios de una misma decisión. El ejemplo paradigmático de esto lo tenemos caso Donoghue v. Stevenson en el que, en base a una misma la sentencia, se pueden obtener diferentes ratios. Esto sucede, de un lado, porque suele haber discrepancias en torno a la solución de los tres problemas antes señalados; y de otro, los tribunales raramente establecen expresamente cual es la ratio en base a la cual han decidido el caso. Como señala Stone la cuestión de ¿qué principio establece un caso particular? es “strictly nonsensical, that is, inherent incapable of being answered.”

**b) Pluralidad de razones en una decisión**

Los jueces pueden dar dos o más razones como fundamento de su decisión. La cuestión es si todas ellas conjuntamente constituyen la ratio decidendi o si sólo lo es alguna (o algunas) de ellas. Esto puede suceder tanto si la decisión ha sido tomada por un órgano unipersonal, o por uno colegiado (como suelen serlo los órganos de apelación); pero es en este segundo caso donde la cuestión adquiere

---

más importancia, puesto que los precedentes normalmente son creación de este segundo tipo de órganos.

Entre las especiales dificultades que tiene la doctrina del *stare decisis* en el caso de un tribunal de apelación colegiado destacan cuatro⁹:

i) la que surge cuando el tribunal está compuesto por un número par de miembros y hay un empate.

ii) la que se plantea cuando el tribunal (o la mayoría) llega a la misma conclusión, pero por razones diferentes e inconsistentes entre sí.

iii) la que tiene lugar cuando el tribunal (o una mayoría) basa su decisión en dos o más razones consistentes y acumulativas, donde se plantea la cuestión de cuales (o cuales) de todas las razones constituye la *ratio decidendi* y cuales son meros *obiter*.

iv) la que surge cuando un tribunal, obligado por sus decisiones previas encuentra que estas son irreconciliables entre sí o con la decisión de un tribunal superior.¹⁰

### c) Pluralidad de precedentes

El carácter dinámico del derecho hace que, en determinados casos, para que un precedente se considere tal no sea suficiente una decisión sobre un caso, sino que además sea necesaria cierta estabilidad de la doctrina establecida por el mismo; lo que sólo se consigue por la aplicación de dicha *ratio* por los tribunales durante un periodo, más o menos amplio, de tiempo.

Cuando hay decisiones sucesivas sobre una misma cuestión pueden producirse las hipótesis siguientes. En primer lugar, que las diferentes decisiones den la misma solución: se trata de la denominada “jurisprudencia constante” que no plantea mayores dificultades. Ahora bien, hay que tener en cuenta que una “jurisprudencia constante” elaborada en un breve periodo de tiempo puede ser el inicio de una línea jurisprudencial consolidada, pero también puede representar una tendencia efímera destinada a ser abandonada. Y al contrario, una “jurisprudencia constante” puede expresar una orientación perfectamente

---


consolidada, pero también puede indicar una orientación destinada a ser modificada.

En segundo lugar, puede haber varios precedentes en conflicto. Puede tratarse de dos decisiones o de dos líneas jurisprudenciales en conflicto, y pueden haber sido pronunciadas por el mismo órgano o por órganos diversos. En estos casos, puede suceder que exista la previsión normativa de que un órgano intervenga para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia o que no hay ninguna previsión al respecto; con lo que no está claro cuál es la orientación jurisprudencial prevalente. En cualquier caso, es una elección que debe realizar el juez, quien deberá justificarla exponiendo las razones por las cuales sigue un precedente y descarta otro.

En tercer lugar, puede darse la situación de “caos jurisprudencial”, es decir, existir mucha dispersión y tendencias diversas e incoherentes por parte del mismo órgano judicial. Esto propicia que las decisiones sucesivas hagan referencia a estas decisiones precedentes que, paradójicamente, deviene más cómoda, puesto que es teóricamente posible encontrar un precedente para cualquier decisión, haciendo caso omiso de los precedentes divergentes o en conflicto.

d) Aplicación del precedente o distinción

Establecida la ratio decidendi, otro problema es la aplicación de la misma en un caso posterior. Al igual que ocurre con la aplicación de las normas jurídicas, hay que determinar si el caso nuevo forma parte de dicha ratio o si, por el contrario, queda fuera (y por tanto debe ser distinguida de aquella, prima facie aplicable).

La técnica de las distinciones puede ser empleada correctamente para determinar que un precedente no es aplicable al caso objeto de decisión puesto que, al igual que ocurre con la aplicación de una norma, el supuesto de hecho no cae bajo su ámbito de aplicación. En este caso no se está otra cosa que interpretar la ratio decidendi en relación con los hechos del caso. Pero la técnica de las distinciones también puede ser utilizada para evitar la aplicación de un precedente por considerar que la solución obtenida sería injusta, incorrecta, etc. Como señala Zander, a veces el tribunal distingue lo indistinguible como la única manera para evitar aplicar un precedente no querido que, de otra manera, sería obligatorio11.

11 Además de la técnica de las distinciones, hay otras dos maneras de inaplicar el precedente: el rechazo a seguir el precedente y la derogación del precedente.
**e) Decisiones sin razones**

Resulta patente que la motivación de las sentencias es la clave para determinar la ratio decidendi. La motivación es, además de una obligación jurídica en muchos ordenamientos, una exigencia inherente a la idea de función jurisdiccional y al ejercicio de la misma en los Estados democráticos. Ahora bien, más allá de mencionar esta obligación genérica de motivar las sentencias, hay que concretar cuándo una sentencia está motivada.

Si excluimos un criterio puramente formal, podemos decir que para que una decisión esté motivada se requiere: i) que exista motivación, ii) que sea suficiente y iii) que no sea contradictoria.\(^\text{12}\)

A este respecto hay que mencionar que la admisión por el Tribunal Constitucional de la técnicas de “motivación por remisión o de “motivación implícita”, o de las sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo, hacen que sea difícil (si no imposible) determinar cuál es la ratio.\(^\text{13}\)

**f) Interpretación de los conceptos empleados en la ratio decidendi**

Establecida… hay que determinar el significado de los conceptos a través de los cuales se expresa la misma, puesto que dichos conceptos no constituyen nociones exactas, sino que están dotadas de un figurado de indeterminación. Se trata del problema de la interpretación de los términos, es decir, de determinar su intención y extensión, y respecto del cual, (a pesar del escepticismo de algunos autores)\(^\text{14}\) no hay diferencias significativas con la interpretación de las normas jurídicas.

**2.2. El modelo de la analogía**

**a) La construcción de los hechos del caso**

Se puede decir que este es el principal problema en la determinación del precedente. El razonamiento basado en el precedente se distingue del

---


\(^{13}\) Vd A. Garrorena Morales "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 200-2001, 12, p. 151.

razonamiento basado en reglas (normas) en la necesidad de construir la generalización o predicado fáctico (problema ya determinado en el caso de las normas). Cuando la descripción de los hechos se vuelve parte de lo que constituye el precedente, el argumento a partir del precedente se torna similar al argumento a partir de reglas.15

El problema de la determinación de los hechos proviene de que no hay una única manera de describir los hechos de un caso. El mundo no se divide en categorías intrínsecas, sino que está delimitado por categorías (etiquetas) artificiales creadas por las personas, y por tanto variables en función del contexto social, cultural, etc. En expresión de Schauer “son como los glaciares, están en constante movimiento a pesar de su aparente inmovilidad”.16

Una de las cuestiones fundamentales a este respecto es la de determinar, entre todos los hechos, cuáles son los fundamentales y cuáles los no fundamentales. A este respecto Goodhart establece como criterio atenerse a lo que haya establecido el tribunal en el caso; y si este no lo establece, habrá que considerar que todos los hechos son fundamentales.

b) La similitud de los casos

Para aplicar el modelo de la analogía hay que establecer que existe una similitud suficiente entre el caso pasado y el actual. El problema se plantea puesto que no hay casos exactamente iguales, y el primer precedente no suele contener una generalización (una regla general); de ahí que sea el juez del caso posterior el que decide cual es la regla que ha establecido el juez en el caso anterior.

c) Pluralidad de casos previos

Aquí se puede repetir lo dicho en el apartado 1.2 c) en el sentido de que el juez se puede encontrar con varios casos anteriores que dan soluciones diferentes y que son similares al caso objeto de decisión, en cuyo caso tendrá que elegir uno de ellos.


| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS |

Chiassoni, Pierluigi, “Il fascino discreto della common law. Appunti sulla “rilevanza dei precedenti giudiziali”, en Bessone, Mario- Silvestri, E- Taruffo; Michel (eds), I metodi della giustizia civile, CEDAM, Milano, 2000, pp.3-45.
Chiassoni, Pierluigi, La giurisprudenza civile, Giuffrè, Milano, 1999.
Igartua, Juan, La motivación de las sentencias: imperativo constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.
Dogmática jurídica y teoría de textos

Gregorio Robles Morchón
Palma de Mallorca/Madrid
DOGMÁTICA JURÍDICA Y TEORÍA DE TEXTOS\(^1\)

1. ENCUADRE DEL TEMA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO. ALGUNOS DE SUS RASGOS BÁSICOS

Me propongo analizar, con la brevedad exigida a una ponencia, la relación existente entre la dogmática jurídica y la teoría de textos dentro del marco de la que he denominado teoría comunicacional del derecho, concepción ésta en la que vengo trabajando durante más de un cuarto de siglo y a cuya bibliografía básica remito a las personas que estén interesadas en estudiar sus planteamientos y sus tesis.\(^2\) Como no puede ser de otra manera, aquí simplificaré un poco algunos aspectos algo complejos, para cuya cabal comprensión no queda otra que recurrir a las obras donde los trato en profundidad.

La teoría comunicacional del derecho se caracteriza por tratar de entender el fenómeno jurídico desde la perspectiva de la comunicación humana, esto es, como lenguaje, y en definitiva como texto. Todo lo comunicado o comunicable se expresa o es expresado en lenguaje o, para ser más preciso, mediante sistemas de signos; y, en consecuencia, puede ser traspuesto a textos escritos. Aunque en el derecho muchos aspectos surjan por la vía de los hechos (por ejemplo el derecho consuetudinario), todos ellos pueden “traducirse” en palabras que, a la postre, son susceptibles de ser puestas por escrito. Por eso, un aspecto básico de la teoría comunicacional lo constituye el estudio de la teoría de textos en su relación con los fenómenos comunicacionales que englobamos bajo el término “derecho”.

Quiero aclarar desde el principio, dado que estoy ante un auditorio que está familiarizado con las concepciones habermasianas, que la teoría comunicacional

---


del derecho que defiendo no participa de dichas concepciones. Frente a la mezcla de métodos\(^3\), propia de la exposición de Jürgen Habermas, o a su filosofía jurídica, alejada, en mi opinión, de las preocupaciones e instrumentos intelectuales de los juristas\(^4\), siempre he tenido el propósito de no caer en la mixtificación metódica así como de elaborar una filosofía jurídica para juristas\(^5\) a la que llamo, según un uso ya habitual, simplemente teoría del derecho (y con el enfoque que doy, teoría comunicacional del derecho). No sólo me siento alejado de Habermas en los aspectos mencionados. También lo estoy en lo que se refiere al fondo filosófico y a los autores de referencia. Si al autor germano se le puede situar intelectualmente en la órbita de la escuela de Frankfurt, como el epígono de Adorno y Horkheimer, con clara ascendencia hegeliano-marxista, en mi caso, simpatizo más con Kant que con Hegel, y mis autores preferidos son Hobbes, Kelsen y Weber, además de Ortega.\(^6\) Si hago esta comparación con el ilustre profesor alemán, no es porque yo me crea a su altura, por supuesto ni se me ocurre pensar así, sino porque la denominación de teoría comunicacional puede conducir a creer que mis propuestas pudieran ser una derivación o aplicación de las ideas habermasianas\(^7\), una de cuyas obras principales se titula, como es

---

\(^3\) Esta mixtificación de métodos es patente en Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, dos volúmenes, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1981.


\(^5\) Lo cual no quiere decir, en modo alguno, que la teoría comunicacional del derecho se proponga excluir a los filósofos, a los antropólogos o a los sociólogos. Quiero decir sencillamente que para hacer una filosofía del derecho (y, en su caso, una antropología jurídica o una sociología jurídica) rigurosas, es preciso el conocimiento del derecho, lo que supone, como es obvio, el estudio intenso del mismo.

\(^6\) Sin olvidar a otros. En la filosofía contemporánea, a Karl Popper y a Georg Gadamer; en la teoría del derecho, a Rudolf Bierling y a Santi Romano; en la ciencia jurídica, a los juristas españoles Federico De Castro y Bravo, Joaquín Garrigues, Jaime Guasp, Eduardo García de Enterría y Luís Díez-Picazo.

\(^7\) De hecho me suelen preguntar en los distintos foros si mi teoría “comunicacional” del derecho tiene algo que ver con la “teoría comunicativa” habermasiana, obviamente por la similitud de los términos. Con esto me ocurre algo parecido a lo que me pasaba cuando publiqué en 1984 el libro titulado *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. Algunas personas que no habían leído del libro más que el título creían que se buscaba en él aplicar al derecho la teoría de juegos. Incluso en cierta ocasión quien me presentó como conferenciante lo expresó así con toda su buena voluntad. En tales circunstancias me veía obligado a comenzar mi exposición declarando que el mencionado libro no tenía nada que ver con la teoría de juegos, para lo cual yo debería saber matemáticas, sino con algo mucho más sencillo, pues en el mencionado libro se trataba tan sólo de comparar el derecho con el juego desde la perspectiva de constituir ambos órdenes normativos. En cuanto al término “comunicacional”, lo prefiero a “comunicativo” porque mi concepción versa sobre la comunicación que se da en el derecho; mientras que la palabra “comunicativo” sugiere simplemente que comunica algo.
sabido, “teoría de la acción comunicativa”\textsuperscript{8}. Pues bien, en ese punto sí me creo con el derecho de afirmar que nada está más alejado de la realidad. Ciertamente, teorizo sobre la comunicación, o más bien sobre el derecho como un conjunto de procesos comunicativos, ahí estaría el aspecto común, pero a partir de él todo es divergente.

Hecha esta aclaración circunstancial, comenzaré esta intervención comentando algunos de los rasgos básicos de la teoría comunicacional del derecho, lo cual nos permitirá situar después nuestro problema, que es el de la relación entre la dogmática jurídica y la teoría de textos.

\textit{a. La tesis nominalista}

Para la teoría comunicacional \textit{el} derecho no tiene existencia real propia, sino que es un \textit{nomen} designativo de la pluralidad de ámbitos jurídicos que han existido en el pasado, existen en el presente y es de presumir existirán en el futuro.

Es frecuente que los libros de filosofía jurídica, y casi siempre también los de dogmática del derecho, comiencen sus exposiciones dando una definición del concepto de derecho, aplicable universalmente. Sin embargo, hasta hoy no hay en absoluto acuerdo sobre dicha definición. Por eso, los autores suelen ironizar sobre la incapacidad de los juristas para hallar dicho concepto. Así, dicen: “todavía buscan los juristas una definición para su concepto de derecho” (Kant); o “sobre el concepto de derecho se han escrito ríos de tinta sin que se haya encontrado una definición que a todos satisfaga” (De Castro y Bravo)\textsuperscript{10}. En efecto, se podría llenar un libro de muchas páginas con las definiciones que han propuesto los juristas más relevantes a lo largo de la historia. Prueba manifiesta de que el derecho es un término que sugiere tantas cosas que no se deja encerrar en una fórmula sintética. Además, las definiciones que se dan del concepto de derecho vienen siempre propuestas desde distintas concepciones

\textsuperscript{8} Véase la nota 3.

\textsuperscript{9} Kant, \textit{Kritik der reinen Vernunft}, en Obras Completas. Vol. IV, ed. por W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968, p. 625, en nota a pie de página: “Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihren Begriff vom Recht.”

\textsuperscript{10} Federico de Castro y Bravo, \textit{Compendio de Derecho Civil}, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 13. La cita completa es como sigue: “La pregunta ¿qué es el derecho? se dice que ha hecho correr ríos de tinta y que, a pesar de ello, todavía se espera la respuesta que satisfaga a todos.”
filosóficas e ideológicas, cada una de las cuales cree hallarse en posesión de la verdad definitiva.

La teoría comunicacional del derecho renuncia a mantener una tesis ontológica fuerte, al afirmar que el derecho se manifiesta en lenguaje y que, en consecuencia, éste, en su concreción de lenguaje de los juristas, es el punto de partida de sus análisis.

b. Ordenamiento, sistema, ámbito

Me he referido hace un momento a los ámbitos jurídicos. Conviene distinguir estos tres conceptos: ordenamiento jurídico, sistema jurídico, ámbito jurídico. Son tres realidades que van íntimamente entrelazadas, si bien el sistema sólo existe en aquellas sociedades que poseen un alto nivel de civilización.

El ordenamiento jurídico es el texto global que comprende todos los textos parciales de carácter normativo que están vigentes en un determinado momento en una determinada sociedad. Supongamos que entramos en una biblioteca donde se encuentran reunidos en sus estanterías todos los textos jurídico-normativos que conforman el derecho colombiano a día de hoy. Tendremos en dicha biblioteca los siguientes textos: la constitución, las diversas leyes y códigos, las normas de la administración (reglamentos, etc.), los tratados internacionales suscritos por Colombia, la jurisprudencia de los tribunales, en especial de los más altos jerárquicamente, etc. Todos estos textos pueden ser procesados y formar con ellos un archivo informático en el cual se recoja cada día el derecho vigente en este Estado. Al ser un texto cambiante, debido a la incesante promulgación de leyes, a la continua creación normativa de la administración, al fluir constante de la jurisprudencia de los tribunales, todos los días habrá que introducir en ese archivo nuevas normas y suprimir las derogadas. Así, al final de cada día podrá decirse: “He aquí el derecho colombiano vigente hoy”.

Ahora bien, esa totalidad textual que es el ordenamiento presenta algunos problemas para poder ser aplicado a los casos. Los diversos textos que lo componen han sido objeto de la decisión de distintas autoridades, que no siempre coinciden en sus puntos de vista. Se han producido en diversos momentos, dominados por preocupaciones dispares. Además, muchos de estos textos, por no decir todos, presentan lagunas, imperfecciones del lenguaje, solapamientos, contradicciones, ambigüedades, expresiones demasiado breves para aclararlos. En suma, el texto total que es un
ordenamiento jurídico precisa de una elaboración doctrinal que se proponga resolver todas esas cuestiones y que ofrezca los contenidos de significado de esos textos bajo forma de un sistema ordenado y coherente, en el cual se depure el lenguaje, se aclaren los conceptos, se resuelvan las contradicciones, se disuelvan las ambigüedades, se concrete lo genérico. En suma, se precisa de un sistema jurídico que, reflejando el ordenamiento de referencia, sea más completo que éste y, por tanto, más idóneo para trasladarlo a la práctica. El sistema viene a ser, de ese modo, la mejor versión del ordenamiento jurídico.

Esta labor de construcción del sistema es propia de la doctrina de los autores, o sea, de los juristas teóricos. Los juristas prácticos crean normas y las aplican a la realidad, o coadyuwan en estas tareas. Los juristas teóricos piensan el derecho, lo estudian, lo interpretan, lo construyen para una mejor comprensión. El sistema jurídico está formado por los tratados y monografías que escriben los juristas sobre un ordenamiento jurídico. Los libros de derecho constitucional, de derecho civil y mercantil, de derecho administrativo, tributario, penal, laboral, procesal, etc., los libros que ustedes, los alumnos, estudian durante la carrera y los que consultan los abogados para el ejercicio de su profesión forman precisamente parte del sistema.

Pero dirán ustedes: “Los autores que escriben libros de derecho no siempre piensan lo mismo; es más, puede decirse que lo que llama la atención es la disparidad de opiniones dentro de la doctrina jurídica, dentro de la dogmática”. Tienen ustedes toda la razón. Un rasgo característico de la dogmática jurídica o ciencia del derecho es la frecuencia con que los autores discrepan entre sí. Esto no debe sorprendernos en absoluto: piensen que lo mismo sucede en todas las ciencias sociales e incluso en algunas ciencias naturales, por ejemplo en la medicina. Las disputas en la economía son constantes, y también lo son en la sociología, la antropología o la psicología. Los juristas, a diferencia de los economistas y de los demás científicos sociales, tenemos un indicador, en cierto modo “institucionalizado” para determinar qué opiniones doctrinales conforman el sistema. Este indicador es lo que los autores han llamado la “opinión común” y también la “opinión dominante”.

A veces esta “opinión dominante” se puede determinar con bastante facilidad. Refiriéndome ahora a España, les puedo decir que en la época en que José Castán Toñéñas era presidente del Tribunal Supremo, al ser asimismo el tratadista de derecho civil más citado y estudiado, sus opiniones constituían –podemos decirlo así– el sistema doctrinal del derecho civil español de la época. Los abogados que debían defender a su cliente en un pleito sabían muy bien que en el Castán, como...
se llamaba popularmente a su tratado, habrían de encontrar las líneas maestras para su estrategia de defensa. Hoy en día, la “opinión dominante” en el derecho civil español habría que construirla con algo más de complejidad, teniendo en cuenta a Castán, pero asimismo a De Castro y Bravo, para parte general y persona, a Diez Picazo, para obligaciones y derechos reales, y a Vallet de Goytisolo, para derecho hereditario, sin olvidar las aportaciones doctrinales de Albaladejo y de Lacruz, y asimismo de las respectivas escuelas de estos autores.

La prueba decisiva de cuál sea la opinión común o la dominante en la doctrina la ofrece, con la mayor seguridad, la jurisprudencia de los tribunales jerárquicamente superiores. Mediante el examen detallado de las sentencias de dichos tribunales se podrá obtener el cuadro de lo que en un momento determinado constituye el sistema doctrinal en las diversas ramas del derecho.

Si el ordenamiento jurídico es una totalidad textual en perpetuo cambio (todos los días se generan nuevos textos normativos), el sistema no lo es menos. Puesto que su función es reflejar y completar al ordenamiento, participa de esa nota de enorme dinámica. Por eso, excelentes tratados y monografías de derecho se convierten en bibliografía obsoleta a los pocos años de publicados. No es que, pasados esos pocos años, ya no sirvan desde el punto de vista de las ideas y de los argumentos en ellos esgrimidos, sino que el cambio incesante en la generación normativa impone también la modificación, aunque sea puntual o de matiz, en el sistema.

Entre ordenamiento y sistema se produce una relación hermenéutica muy rica. El sistema depende del ordenamiento, pero ésta a su vez se perfecciona en fases sucesivas merced a las aportaciones doctrinales. Hay entre ellos una vinculación compleja y dialéctica, carente de fin en el tiempo mientras el ordenamiento perdure.

No se crea, sin embargo, que todos los ordenamientos jurídicos van acompañados siempre de sus respectivos sistemas. El sistema sólo existe históricamente como una realidad cultural a partir de un determinado momento de maduración del pensamiento jurídico. Me parece que podemos datar ese comienzo con la jurisprudencia romana del periodo clásico\textsuperscript{11}. En Occidente

\textsuperscript{11} Aunque es cierto que, como sostiene Kunkel, la historia de la jurisprudencia romana empieza con los pontífices y se desarrolla por influjo de la filosofía y de la retórica al final de la República, alcanza “el periodo de mayor apogeo (…) en el siglo II d.C.” Cfr. Wolfgang Kunkel, \textit{Historia del Derecho Romano}, traducción por Juan Miquel, Ed. Ariel, Barcelona, 1965, pp. 93 y ss.
el sistema jurídico de cada ordenamiento toma cuerpo científico en la llamada dogmática jurídica o ciencia del derecho. La dogmática jurídica es la ciencia del derecho de los juristas. Otros estudian el derecho desde otros puntos de vista. El sociólogo no hace dogmática sino sociología del derecho; el antropólogo, antropología jurídica; el economista, análisis económico del derecho; el filósofo moral, ética jurídica, etc.

Así pues, tenemos dos totalidades textuales de gran alcance: la propia del ordenamiento y la propia del sistema. Ambas totalidades textuales están formadas por textos parciales, cada uno de los cuales adquiere su pleno sentido en su relación con el todo textual correspondiente. Ante una ley o una sentencia judicial diremos: estos textos pertenecen al ordenamiento. Ante un tratado de derecho mercantil o de derecho penal, afirmaremos que pertenecen al sistema (o, al menos, tienen la vocación de pertenecer a él).

Sin embargo, la textualidad del derecho no se agota en el conjunto de los textos ordenamentales y sistémicos. Hay textos que son jurídicos y no pertenecen ni al ordenamiento ni al sistema. Ejemplos: un dictamen de un abogado orientando la estrategia jurídica de una empresa, una _demanda_ ante el juzgado de lo civil, una querella criminal, el asesoramiento que un jurista presta a su cliente; además, un proyecto de ley, los debates parlamentarios para aprobar los artículos de una ley, los informes y estudios previos a la celebración de un tratado internacional, etc. Todos estos textos, y otros muchos que podríamos citar, no forman parte ni del ordenamiento ni del sistema, pero sí del _ámbito jurídico_.

Podemos hablar, _verbi gratia_, del ámbito jurídico español, del ámbito jurídico colombiano, del ámbito jurídico brasileño, y también, por ejemplo, del ámbito jurídico internacional, del ámbito jurídico de la Unión Europea, etc. Todo ordenamiento jurídico conlleva un ámbito jurídico, el cual es una especie de realidad virtual, no equiparable a un espacio meramente físico, aunque éste sea un elemento importante del ámbito.

El eje central de todo ámbito jurídico está formado, en el derecho moderno, por la dualidad “ordenamiento – sistema” (ORD/SIS), si bien algunos ámbitos carecen de sistema (piénsese en una comunidad primitiva: tiene ordenamiento, de naturaleza consuetudinaria, y también ámbito, pero no sistema puesto que carece de escritura).

Alrededor y en contacto con esta dualidad ORD/SIS se generan otros procesos comunicativos que se concretan o pueden expresarse textualmente.
Los ejemplos mencionados hace un momento adquieren su pleno sentido en cuanto se los relaciona con la citada dualidad. El conjunto de todos los procesos y actos comunicativos que generan los textos ORD/SIS, así como los que están relacionados con esta dualidad, forman el ámbito jurídico, al que pertenecen igualmente los actos que dichos textos contemplan. Así, de una acción delictiva podremos decir que pertenece al ámbito jurídico pero no al ordenamiento ni al sistema. Ahora bien, sabremos que se trata de un delito porque mediante el complejo textual ORD/SIS somos capaces de “leer” los movimientos (internos y externos) del fenómeno de que se trate y calificarlo como delictivo.

c. El derecho como texto: los textos jurídicos

De lo expuesto se deduce una de las tesis básicas de la teoría comunicacional: el derecho es lenguaje, esto es, texto. El análisis de la teoría comunicacional tiene como punto de partida permanente el lenguaje jurídico, los textos jurídicos. Este “es”, que aparece en la frase “el derecho es lenguaje, es texto”, no implica una tesis ontológica fuerte. La teoría comunicacional no se plantea el problema de la esencia del derecho, que en el fondo viene a ser el mismo que el problema de su definición. Renuncia a investigar la esencia, para adoptar como perspectiva la comunicación, o sea, el lenguaje, los textos en los que el derecho, en sus diversas formas, se expresa.

Bien es cierto que afirmar que el derecho es lenguaje, o que se expresa en lenguaje, y que eso es traducible en textos, sabe a poco; pues en el mundo humano todo se expresa por medio del lenguaje. Por ello, se necesita precisar algo más las cosas. ¿A qué lenguaje nos referimos?

El lenguaje jurídico tiene la peculiaridad de ser el lenguaje de una clase profesional (los juristas) y, al mismo tiempo, de formar parte del lenguaje ordinario. Esta condición dual, ambivalente, no se da en otras “jergas” profesionales, pero sí en el derecho. Esto sucede porque el derecho, además de ser objeto de estudio y aplicación práctica de los juristas, forma parte directa de la vida de las personas. Es la misma vida social formalizada.

La teoría comunicacional distingue entre diversos tipos de textos, para diferenciar a continuación los caracteres del texto jurídico. Tenemos textos descriptivos o constatativos, narrativos, emotivos, persuasivos, interrogativos, directivos, regulativos, etc. Los primeros se limitan a describir una realidad. Los narrativos tienen como objeto contar una historia, con pretensiones de veracidad o no (en cuyo caso estamos en el terreno de la ficción). En los textos emotivos
el emisor pretende conmover, transmitir un sentimiento al destinatario: tal es el caso del lenguaje poético. El texto persuasivo tiene como función básica convencer, así sucede en el lenguaje de los políticos y de los abogados ante el juez. Un texto es interrogativo cuando plantea un problema o una cuestión. Textos directivos son aquellos cuya misión es “dirigir” la acción; son de muy diversa especie: órdenes, consejos, ruegos, amenazas, admoniciones, promesas, etc. Dentro de los textos directivos tenemos los regulativos o normativos, como las normas morales, las religiosas, los usos sociales, las reglas de los juegos, y las normas jurídicas. La teoría de textos se encarga del estudio de los diversos tipos de textos y asimismo de sus relaciones recíprocas (p.ej., un texto jurídico puede tener, además de su función regulativa y directiva, un rasgo persuasivo y aún emotivo).

d. Dogmática jurídica y teoría de textos

Dentro de este marco, descrito muy brevemente, es donde tenemos que situar el asunto del que tratamos: la relación entre la dogmática jurídica y la teoría de textos. Para ello, me referiré, en primer lugar, al papel que cumplen los juristas teóricos tanto en la ciencia del derecho como en la práctica jurídica. En segundo término, nos detendremos un poco en explicar las similitudes y diferencias entre la dogmática jurídica y la teológica. A continuación, volveremos al problema de la relación entre ordenamiento y sistema. Y como conclusión, diré algo de la relación entre dogmática jurídica y sociología del derecho. Como es natural, en esta breve exposición sólo puedo dar algunas pinceladas a temas de tan largo alcance, por lo que a aquellos que estén interesados en profundizar les remito a mis libros.

2. LA FUNCIÓN COMUNICACIONAL DE LOS JURISTAS TEÓRICOS: LOS DIVERSOS NOMBRES DE SU ACTIVIDAD

a) La clase profesional de los juristas (prácticos y teóricos)

La clase profesional de los juristas está formada por dos grandes grupos: los prácticos y los teóricos.

Juristas prácticos son todos aquellos que, por su profesión, son sujetos activos en la práctica del derecho. Esto es, tanto en la producción de textos normativos como en la aplicación de las normas a los casos concretos. Entre ellos podemos citar a todos aquellos que han intervenido en el proceso constituyente, en los
procesos legislativos, en los procesos judiciales, en los asesoramientos, en la consolidación y publicidad de las situaciones y relaciones jurídicas, etc.

Pueden llamarse genéricamente “juristas teóricos” a quienes estudian los textos jurídicos ordinamentales y los exponen sistemáticamente en tratados y monografías, así como también a aquellos que cultivan la teoría del derecho. A los primeros los designaremos ahora “juristas teóricos” en sentido propio, mientras que a los segundos, para distinguirlos, los apelaremos “teóricos del derecho”. Aquí vamos a ocuparnos sustancialmente de los primeros.

Al trabajo propio de estos juristas teóricos se lo ha denominado de diversas maneras, que voy a comentar brevemente. Esas denominaciones son las siguientes: jurisprudencia, doctrina jurídica, dogmática jurídica y ciencia del derecho.

b) Jurisprudencia y razón práctica: carácter prudencial del conocimiento jurídico

La designación clásica del trabajo de los juristas es la de “jurisprudencia”, palabra compuesta: *iuris-prudentia*, en la que se hace evidente el carácter prudencial del conocimiento jurídico. Como todos ustedes ya saben, el término “jurisprudencia” se emplea hoy en nuestros países hispanos básicamente para designar a la jurisprudencia de los tribunales, por tanto, para referirnos a una actividad práctica, más que a una teórica. En otros tiempos no se tenía esta idea de clara separación entre lo práctico y lo teórico, y la jurisprudencia era la forma del conocimiento propia de los juristas para resolver los casos; era la prudencia aplicada al caso por caso de la vida de cada día.

Los griegos distinguían entre razón teórica y razón práctica. No es que defendieran que el ser humano posee dos razones diferentes, sino que siendo la razón una, se aplica de modo distinto. La razón en su ejercicio teórico se aplica a las cosas de la matemática y del conocimiento de la naturaleza, esto es, a la física, a la biología y a las demás ciencias similares; mientras que la razón en su dimensión práctica tiene por objeto la reflexión sobre las acciones humanas y, en consecuencia, sobre la bondad y la maldad, la justicia y la injusticia, la oportunidad y la inoportunidad.

“Jurisprudencia”, en su sentido clásico, como conocimiento del derecho, es un saber propio de la razón práctica. Ésta, en cuanto actúa en el mundo jurídico, se aplica a la resolución de casos, supone un ejercicio de prudencia, de tacto en
la toma de decisiones. Los juristas son jurisprudentes, más que científicos, pues su objetivo fundamental no ha de ser establecer teorías sino resolver problemas. La teoría y los conceptos han de ir orientadas en todo caso a cumplir ese objetivo.

c) **Doctrina jurídica**

Otro término usual para designar la labor de los juristas que llamamos teóricos es el de “doctrina jurídica”.

“Doctrina” tiene la misma raíz que “doctor”; es lo que enseñan los doctores. De origen eclesiástico, la doctrina viene a ser el conjunto de saberes teológicos que se han de enseñar a los fieles en los sermones y en las catequesis. La doctrina, por tanto, enseña verdades. Con el proceso de secularización de la cultura occidental, el término “doctrina” se ha equiparado a “teoría”, en especial en el campo de la filosofía y de las ciencias sociales. Así, es usual referirse a las doctrinas filosóficas, a las doctrinas económicas, a las doctrinas jurídicas.

La doctrina jurídica es el conjunto de posiciones teóricas, de “verdades”, que los juristas que comentan los textos legales alcanzan tras su estudio interpretativo y constructivo. Las doctrinas jurídicas pueden ser más o menos generales. Así, por ejemplo, cuando se analiza la naturaleza del negocio jurídico entran en liza varias doctrinas, entre las que sobresalen la doctrina de la voluntad y la doctrina de la declaración. Y a un nivel más alto que el que corresponde al negocio jurídico, se debate si el derecho es el producto de actos de voluntad o de actos de habla.

d) **Dogmática jurídica: su relación con la dogmática teológica en cuanto que ambas son ciencias hermenéuticas**

La palabra “dogmática” se aplica en primer término a la teología, en especial a partir del siglo XVII. La dogmática teológica es la disciplina que, tomando a las Sagradas Escrituras como punto constante de referencia, tiene por misión presentar su significado de modo explicativo, claro y sistemático. Se trata de una disciplina o ciencia hermenéutica en cuanto que consigue sus objetivos por medio de la interpretación de los textos sagrados. Éstos han sido creados por revelación, lo que los hace intangibles al intérprete, que puede comentarlos, pero no cambiarlos.

En similar actitud se aproxima el jurista a los textos legales. No está en su poder cambiar el texto sino sólo comentarlo, sistematizarlo, aclararlo, completarlo de acuerdo con su espíritu.
Ahora bien, tanto el teólogo como el jurista, en su labor hermenéutica no se pueden limitar a entender en abstracto los mensajes del texto que interpretan y sistematizan, sino que asimismo se espera de ellos que los hagan inteligibles y aplicables en las circunstancias del presente. De ahí la permanente necesidad de “actualización” tanto en la teología como en el derecho.

Las diferencias son, sin embargo, ostensibles: 1) En la teología el texto de referencia no cambia, es un texto cerrado, empieza con el Génesis y acaba con el libro del Apocalipsis. Por el contrario, en el derecho el texto de referencia es abierto, en permanente cambio: las leyes se crean y modifican constantemente, la jurisprudencia crece cada día y cambia con cierta frecuencia en las diversas ramas del derecho. 2) En la teología se exige del teólogo que tenga fe; un teólogo sin fe no es propiamente un teólogo sino otra cosa: un comentarista literario, un antropólogo de la religión, un espíritu inquieto, o algo similar. En el derecho no es preciso semejante actitud interna.

e) Ciencia del derecho: el positivismo y la crisis de la dogmática jurídica. Frente a descriptivismo, constructivismo

Con el triunfo epistemológico del positivismo adquiere carta de naturaleza la expresión “ciencia jurídica” o “ciencia del derecho” para referirse al trabajo habitual de los juristas teóricos, intérpretes y sistematizadores del derecho positivo. En la Edad Moderna era considerada como verdadera ciencia del derecho la llamada *iuris naturalis scientia*, la ciencia del derecho natural.

En un primer momento el positivismo abre, sin embargo, un debate que dura hasta nuestros días y uno de cuyos aspectos principales es si la dogmática jurídica puede ser considerada una verdadera ciencia. Una de las respuestas de mayor éxito es que la ciencia tradicional de los juristas debía ser sustituida por una auténtica ciencia, esto es, una disciplina que estudiara hechos, como la sociología y la psicología jurídicas. No en vano los siglos XIX y XX han constituido la época de apogeo del sociologismo y del psicologismo jurídico.

Frente a los ataques sociologistas y psicologistas, en el seno de la ciencia tradicional de los juristas surgiría la corriente normativista, primero, y después la que podemos llamar *textualista* reclamando para la dogmática jurídica el papel que le corresponde.
Los juristas manejamos textos en nuestro trabajo diario. Los textos son nuestro instrumental imprescindible, de igual modo que para el cirujano lo es el bisturí y para el astrónomo el telescopio. La ciencia de los juristas ha de ser, con consiguiente, una ciencia sobre textos, o sea, una ciencia hermenéutica.

La superación del positivismo en el seno de la ciencia de los juristas consiste, sobre todo, en rechazar la tesis descriptivista e incorporar la tesis constructivista. ¿Qué significa esto?

La mentalidad positivista es descriptivista. Concibe el conocimiento como una descripción de la realidad. Entre el científico y la realidad no hay nada, aquel ha de limitarse a describir el objeto que conoce tal como éste es, lo que implica neutralidad y objetividad. El conocimiento científico ha de actuar como un espejo que refleja la realidad, o como una fotografía, cuya función es similar a la del espejo con la diferencia de que las fotografías pueden ser archivadas. De la misma manera que las fotografías se coleccionan, clasifican y ordenan, así debe proceder el científico con la materia que investiga.

Esta manera de entender el conocimiento científico puede resultar acertada, o al menos casi acertada, para las ciencias naturales. Pero es enormemente errónea en relación con las ciencias sociales y asimismo con las ciencias que manejan textos.

Para simplificar al máximo lo diré de modo conciso. No tiene sentido aplicar el término “descripción” al trabajo diario de los juristas. No es posible describir texto alguno, tampoco un texto jurídico, como no sea para destacar sus caracteres meramente externos (el color de las hojas, el tipo de letra, el número de vocablos y de líneas, y aspectos semejantes). Lo que hacen los juristas con los textos no consiste en describirlos sino en interpretarlos con ánimo de comprender los significados vertidos en ellos. Esto, por lo demás, no es exclusivo de los juristas, teólogos y filólogos, sino asimismo de los sociólogos, psicólogos, antropólogos, economistas e historiadores del arte, entre otros. Y la idea se puede extender a todas las ciencias, aunque con matices diferenciadores. En cuanto a la ciencia de los juristas, puede afirmarse sin temor a equívocos que su tarea no es describir el derecho sino construirlo. La ciencia jurídica no es descriptivista sino constructivista. El sistema creado por los juristas teóricos no describe el ordenamiento de referencia sino que lo refleja al mismo tiempo que lo completa, o sea, lo reformula explicativa y sistematizadamente, lo construye para su aplicación a los casos.
3. DOGMÁTICA JURÍDICA Y DOGMÁTICA TEOLÓGICA

Me he referido antes a la similitud entre el método jurídico y el método teológico, y también a algunas de sus diferencias. Nos detendremos ahora un poco en este parangón entre la dogmática jurídica y la teológica. Para ello tendremos en cuenta algunos aspectos de la teoría de textos aplicada a dicha comparación.

a) Texto global y textos parciales

Ambas dogmáticas –la jurídica y la teológica– se enfrentan a textos globales que, a su vez, están compuestos por textos parciales. El texto global (o totalidad textual) propio de la dogmática jurídica es el ordenamiento jurídico o, para ser más exactos, un ordenamiento jurídico (p. ej., el derecho español o el derecho colombiano). Este texto que forma un ordenamiento está compuesto por múltiples textos parciales, cuyo conjunto conforman la unidad ordinamental, la totalidad textual. Son textos parciales la constitución, las leyes, los reglamentos, los tratados internacionales, las costumbres jurídicas, los convenios colectivos, la jurisprudencia de los tribunales superiores del Estado, etc. El texto global de la teología cristiana es la Biblia, la Sagrada Escritura. Ésta conforma, en efecto, un todo textual compuesto, a su vez, por textos parciales, que son cada uno de los libros en que aquella está dividida: el Génesis, el Éxodo, el Levítico…, y así hasta llegar al Apocalipsis.

Cada uno de los textos parciales o singulares en que se divide un ordenamiento o la Sagrada Escritura adquiere su pleno sentido en relación con el todo textual al que pertenece, de modo que la labor hermenéutica sobre un artículo de una ley o sobre un versículo bíblico no puede llevarse a cabo desconociendo los diversos círculos co-textuales y, en definitiva, el co-texto que constituye bien sea el ordenamiento en cuestión en su conjunto, bien sea la Biblia en su totalidad.

b) Texto concluso y texto abierto

El texto bíblico es un texto concluso, acabado. El texto ordinamental es, por el contrario, un texto abierto.

El primero, como queda dicho, concluye con el libro del Apocalipsis, y así el teólogo tiene que enfrentarse, para interpretarlo y adaptar sus mensajes a cada época, al mismo texto global. Por tanto, si el texto bíblico no cambia, por estar
ya concluido, el texto del sistema teológico sí lo hace. El esfuerzo que realizan los
teólogos va dirigido a hacer inteligible y próximo en cada período histórico (e
incluso a cada mentalidad social) el mensaje religioso. El texto bíblico, en efecto,
es un texto religioso, que los creyentes estiman derivado de la revelación, lo que
significa que el Ser Supremo habla a los hombres a través de él. No es un texto
científico, por lo que en él no deben buscarse respuestas a los interrogantes que
se plantean las ciencias, por ejemplo, en cuanto a cómo en concreto se formó
el mundo o a si el ser humano es producto de la evolución de las especies. Las
concepciones “científicas” que puedan aparecer en los diversos libros bíblicos
son expresión de la imagen del mundo propia del autor o autores de dichos
libros, que constituyen normalmente un trasunto de la imagen dominante en la
época en que fueron escritos y en el ámbito cultural al que pertenecían.

Puede afirmarse, por consiguiente, que el texto bíblico es un texto cerrado y
que el sistema teológico constituye un texto abierto, en perpetua transformación
si bien respetando los elementos esenciales de la fe religiosa.

En el derecho, tanto el texto ordinamental como el sistémico son textos
abiertos, en constante cambio. Los textos legales y jurisprudenciales cambian
cada día, eso es evidente. El sistema jurídico va a la zaga de esos textos,
incorporando cada día reelaboraciones doctrinales y nuevas posiciones, a tenor
de los cambios del ordenamiento jurídico.

c) El texto ordinamental: variabilidad y pluralidad

El texto de todo ordenamiento jurídico es variable, sobre este aspecto
no puede caber la menor duda: la experiencia cotidiana lo demuestra. Las
disposiciones legales, por ejemplo, pierden su validez cuando otras las sustituyen.
Como se suele decir, desde hace ya decenios vivimos una etapa de “motorización
legislativa”, reflejo de la dinámica social.

Pero, además de que el derecho varía de día en día, resulta que se manifiesta
en una pluralidad de ordenamientos. No hay algo así como un orden jurídico
unitario, sino que ante nuestros ojos se extiende una pluralidad de ordenamientos
jurídicos hoy vigentes, y sabemos por el estudio de la historia que eso mismo
sucedió en el pasado. Pues bien, la dogmática jurídica se tiene que enfrentar a
esa pluralidad. ¿Cómo lo hace? Siguiendo dos caminos. El principal consiste
en la elaboración del sistema jurídico propio del ordenamiento jurídico de
referencia. Los autores colombianos estudian y exponen el derecho colombiano
vigente, y los autores españoles hacen lo propio con el derecho español. En las
escuelas y facultades de derecho se estudia básicamente los sistemas doctrinales que acompañan a los ordenamientos respectivos. Ustedes, los alumnos colombianos que me escuchan en este momento, se centran sobre todo en el estudio del sistema jurídico colombiano, formado por ese conjunto de tratados de las diversas materias (derecho constitucional, administrativo, civil, mercantil, procesal, penal, etc.). La dogmática, por tanto, tiene siempre un “aire regional”.

El segundo camino se estudia de hecho mucho menos y constituye una prolongación del anterior. Se le suele denominar “derecho comparado”. Consiste en la comparación entre diversos ordenamientos jurídicos con el propósito de percatarse de las similitudes y diferencias entre los derechos vigentes. Esta disciplina del derecho comparado se hace cargo de la pluralidad de ordenamientos y trata de agruparlos en “familias”.

La pluralidad de ordenamientos jurídicos implica la pluralidad de sistemas jurídicos y la pluralidad de ámbitos jurídicos.

No hay, pues, una dogmática jurídica universal, es decir, una ciencia del derecho que genere un sistema para todos los ordenamientos jurídicos. El objeto de la dogmática jurídica es un ordenamiento y el resultado de su labor un sistema que refleja y construye interpretativamente el ordenamiento respectivo.

d) Los conceptos jurídicos

Precisamente debido a la pluralidad de ordenamientos jurídicos, los conceptos que se manejan en los correspondientes sistemas construidos por la dogmática son peculiares de dichos sistemas. En otras palabras: los conceptos jurídico-dogmáticos, los conceptos que presenta la dogmática jurídica para construir hermenéuticamente un sistema sobre la base de un ordenamiento no son conceptos jurídicos universales, sino particulares, propios de cada ámbito jurídico. Bien es cierto que los sistemas pertenecientes a la misma “familia” (por ejemplo, los que forman la “familia” del derecho europeo continental, o los países del common law) manejan en general una terminología parecida y a veces idéntica, además de entender los conceptos jurídico-dogmáticos de modo similar.

Me estoy refiriendo a conceptos tales como los de compraventa, comisión, sucesión hereditaria y otros similares (para poner ejemplos del derecho civil). Y dentro de la compraventa, por ejemplo, los de evicción y saneamiento, los cuales son, con respecto a aquella, conceptos de menor nivel de generalidad.
Junto a los conceptos que maneja la dogmática jurídica para poner orden en el texto en bruto que es el ordenamiento, tenemos los conceptos universales del derecho, de carácter formal. Así, los conceptos de norma jurídica, institución jurídica, decisión jurídica, acto jurídico o derecho subjetivo, vienen presupuestados en la tarea dogmática. Estos conceptos constituyen piezas sustanciales de todo tipo de ordenamientos jurídicos, por lo que en los sistemas correspondientes también se los presupone. La dogmática también los maneja, pero no los elabora. La teorización de los conceptos jurídicos universales o formales es tarea propia de la teoría del derecho.

4. LA RELACIÓN COMUNICACIONAL ENTRE ORDENAMIENTO Y SISTEMA

a) La idea de sistema como ficción

Hemos afirmado que el sistema refleja el ordenamiento y lo completa; viene a ser la mejor versión de éste, su expresión más “inteligente”. Los textos ordinamentales son claramente localizables: la constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias de los tribunales superiores, etc., aparecen en boletines o periódicos oficiales. La doctrina jurídica también la tenemos a la vista: ahí, en los anaqueles de las bibliotecas, tenemos los libros de derecho, los manuales, las monografías, las revistas en las que aparecen artículos y comentarios de todo género. Ahora bien, de ese ingente material doctrinal ¿cómo podemos extraer el que constituye verdaderamente el sistema en un momento determinado? Es obvio que la dificultad es muy grande si no se adopta un criterio diferenciador. En la actualidad el material doctrinal es tan apabullante que cometeríamos una ingenuidad imperdonable si pensáramos que tenemos la posibilidad de conocerlo en una visión de conjunto que nos permitiera llegar a una conclusión. La especialización se ha impuesto inexorablemente; el sistema jurídico se compone de piezas tales como el sistema del derecho constitucional, el sistema del derecho civil, el sistema del derecho penal, etc. El sistema jurídico en su totalidad será el resultado de la yuxtaposición de todos esos sistemas parciales; o, por decirlo con mayor precisión, de todos esos subsistemas.

Aún así, en cada subsistema nos encontramos con idéntico problema: ¿cómo podremos saber cuál es la opinión doctrinal que lo conforma?, ¿quién son los autores dotados de auctoritas, representativos de esa opinión doctrinal? En todo ámbito jurídico este problema está resuelto de un modo más o menos preciso. Pueden, por ejemplo, señalarse un grupo de juristas como dotados
de *ius respondendi*. En el derecho actual de los países occidentales lo que ha de considerarse la opinión común o la opinión dominante de los autores me parece que sólo puede concretarse a la vista de la jurisprudencia de los tribunales jerárquicamente superiores. Habría que ir escudriñando, en cada rama del derecho, cuáles son las doctrinas, construidas en los libros de dogmática jurídica, que se han abierto paso en la jurisprudencia de los tribunales. Esta investigación es ardua, sin duda alguna, pero no imposible, como lo demuestran continuamente los libros de derecho que tienen especial cuidado en poner en relación las opiniones de los autores con las sentencias de los jueces.

La idea de sistema tiene, pues, un cierto aspecto de ficción. No encontramos el sistema ya construido en los anaqueles de la biblioteca. En rigor no se presenta acabado en ningún sitio, sino que es una idea regulativa que nos sirve para entender cómo funcionan los ámbitos jurídicos modernos en sus relaciones comunicacionales internas.

**b) Doctrina de los autores y jurisprudencia de los tribunales**

No es usual que los jueces citen a los autores, cuyas doctrinas siguen, en los textos de sus sentencias. Se limitan a recoger, en los antiguamente llamados “considerandos” (esto es, en los “fundamentos de derecho”), las opiniones de aquellos que les parecen más convincentes. Pero lo hacen siempre, no de un modo abstracto, desligado de la realidad, sino ajustado estrechamente a los casos que tienen que resolver. La diferencia básica entre un texto meramente doctrinal (propio de la dogmática jurídica o ciencia del derecho) y el texto de una sentencia judicial es que en aquel se contemplan los casos de un modo genérico, a modo de “horizonte” hermenéutico que hay que tener en cuenta para proporcionar directrices a la práctica del derecho, mientras que en la sentencia se está necesariamente en presencia inmediata de un caso. En la sentencia el citado “horizonte” se ha estrechado y se ha convertido en un problema muy concreto en el que se encuentran implicados personas con nombres y apellidos. A pesar de eso, los fundamentos jurídicos de la sentencia suelen contener expresiones lingüísticas generales cuyo significado puede ser aplicado a otros casos similares sin gran dificultad. Los razonamientos judiciales, si bien van enfocados a lo concreto del caso, invocan justificaciones que, por la

---

12 Cfr. Juan Iglesias, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, sexta edición revisada y aumentada, Editorial Ariel, Barcelona et al., 1972, p. 56, nota pie de pg., núm. 50: “Según refiere Gayo (1,7), un rescripto de Adriano establece que la opinión concorde de los juristas con *ius respondendi* es obligatoria para el juez, pudiendo éste proceder con libre arbitrio en caso de discordancia.”
necesidad de ser generalizables, adoptan una forma también abstracta, aunque la cadena de argumentos vaya descendiendo hacia la concreción máxima del caso.

Una investigación detenida del tipo de razonamientos que aparecen en las sentencias judiciales y de las consiguientes doctrinas jurídicas que ostentan, por decirlo así, la marca de lo oficial, demostrará quiénes son en efecto los autores que los jueces han tenido más en cuenta.

c) Funciones de la dogmática jurídica: construye interpretando; crítica; hace propuestas

El examen de los buenos tratados doctrinales nos demuestra enseguida las funciones que cumplen estos textos jurídicos. La primera función es la de construir el sistema, lo cual sólo es posible mediante la interpretación del material ordinamental (del “texto bruto” del ordenamiento). La dogmática es una disciplina hermenéutica que tiene como cometido básico y primero construir el sistema que refleje el ordenamiento de referencia. Ya esta función, si está bien cumplida, constituye una ayuda incuestionable a la práctica del derecho. ¿A dónde acudirán los abogados para orientar a sus clientes, para preparar sus escritos, para convencen a los jueces? Obviamente, acudirán a las leyes, como punto de partida ineludible, pero de inmediato tendrán que sumergirse en el estudio de la doctrina de los autores. Si no lo hacen, es muy probable que su conocimiento del derecho vigente sea muy defectuoso, además de escaso.

El cometido de la ciencia del derecho no acaba, sin embargo, en la exposición del sistema jurídico. Va mucho más allá, aunque el aspecto esencial sea el mencionado. De la dogmática esperamos también la crítica científica del derecho vigente y, como complemento de esta función, asimismo se espera de ella que plante el aspecto esencial, la crítica científica del derecho vigente y, como complemento de esta función, asimismo se espera de ella que plante nuevas perspectivas, en definitiva, que haga propuestas para mejorar la legislación. Junto a la función básica de la dogmática jurídica, que es construir el sistema por medio de la interpretación y de la sistematización, las dos funciones complementarias de ésta son: la crítica de las regulaciones en vigor y las propuestas para mejorarlas. Por tanto, la dogmática jurídica, si bien no puede cambiar los textos legales por ella misma (para eso están los creadores de textos normativos, dotados de competencias para ello), no tiene por qué limitarse a una interpretación razonada del derecho existente, sino que, a partir del conocimiento de éste, nadie mejor que ella misma está en disposición de abrir los debates pertinentes sobre lo adecuado o lo inadecuado de las instituciones jurídicas actuales y de su regulación. Para las propuestas de reforma del derecho es conveniente la investigación comparatista, así como también el conocimiento sociológico de la realidad jurídica.
d) Las relaciones intertextuales entre ordenamiento y sistema

Como ya he señalado, el sistema refleja el ordenamiento, a la par que lo completa y lo perfecciona. Para ello no sólo explica lo expresado en los textos ordinarmentales, sino que además introduce los conceptos jurídico-dogmáticos definiendo su contenido, resuelve las dudas interpretativas, aclara las ambigüedades, disuelve las contradicciones y solapamientos, hace explícitas las normas implícitas, y presenta el resultado de todas estas operaciones en textos organizados sistemáticamente. Quien haya estudiado buenos tratados de derecho civil o mercantil o administrativo o penal, recordará la sensación de satisfacción intelectual que experimentó al encontrar la materia respectiva ordenada de acuerdo a un sistema de ideas y conceptos. Personalmente he de confesar que en algunos libros de derecho he encontrado similar satisfacción intelectual que la que hallaba en los libros de matemáticas cuando cursé el bachillerato. Hay materias que se prestan más que otras al desarrollo conceptualista. Tal es el caso del derecho de obligaciones y contratos, y del derecho de cosas. Las diversas partes generales de las disciplinas jurídicas admiten un grado elevado de rigor en la conceptualización y la sistematización, y el razonamiento que subyace a sus construcciones está muy alejado del diletantismo.

El primer aspecto de la relación entre ordenamiento y sistema se refiere, por tanto, al hecho primordial de que este último refleja y completa aquel. Como he apuntado antes, el sistema viene a ser la versión mejor o más inteligente del ordenamiento de referencia. Mas la relación real entre ambos se completa con un fenómeno de “vuelta”. En efecto, los conocimientos generados por el sistema revierten al ordenamiento por medio de las nuevas leyes y de la nueva jurisprudencia de los tribunales. El sistema sirve como punto de partida para mejorar y transformar la materia textual del ordenamiento. El texto elaborado del sistema se trasforma en referencia para elaborar mejor al texto bruto del ordenamiento. Este proceso de “ida y vuelta” tiene lugar a lo largo del tiempo y genera una especie de “espiral hermenéutica” que, en su transcurso incesante, va generando nueva materia ordinamental y, consiguientemente, nuevas formulaciones del sistema. La dualidad ORD/SIS se manifiesta, pues, como una realidad textual dialógica de gran dinamicidad.

Todo esto lo vemos con gran claridad si atendemos al proceder común en la elaboración de las leyes. Cuando se prepara una nueva ley se suele manejar un material ingente. Junto a la ley precedente aún en vigor, se tienen en cuenta las sentencias de los jueces, sobre todo de aquellos que ocupan las instancias superiores (o sea, el material ordinamental vigente); además, se estudia la historia
y el derecho comparado relativos a la materia de la ley que se está en proceso de transformar; también los diversos proyectos y estudios preparatorios; y *last not least*, los tratados y monografías de los juristas teóricos en los que se expone la materia correspondiente. Lo más habitual es que en este último material se encuentren bien organizados todos o casi todos los elementos textuales anteriores, por lo que el mejor punto de partida de la preparación de la nueva ley es justamente empaparse bien de la doctrina existente hasta ese momento, en especial aquella que, puesta al día, refleja con suficiencia de rigor el derecho vigente.

**e) Las relaciones intersistémicas como relaciones intertextuales**¹³

En el mundo actual los ordenamientos están conectados unos con otros. Aunque, en una hipótesis extrema, es pensable un ordenamiento jurídico que no se relacione en absoluto con los demás, la realidad de la vida jurídica impone la panorámica contraria. El derecho del Estado se encuentra en relación con el ordenamiento jurídico internacional, con el derecho de comunidades supranacionales (como la Unión Europea), con el propio de las comunidades religiosas (como la Iglesia Católica), y, por supuesto, con el derecho de otros Estados. Los ordenamientos coexisten unos con otros en una convivencia que puede resultar más o menos pacífica y que también puede llegar a ser excluyente y agresiva. Y lo mismo sucede con los sistemas jurídicos, toda vez que éstos no son otra cosa que la mejor versión de los ordenamientos a los que sirven.

En el seno de la dogmática jurídica hay disciplinas que se ocupan especialmente de las relaciones interordinamentales. El ejemplo paradigmático es el derecho internacional privado, cuyo tipo de norma característico es el de la llamada “norma de conflicto” o “norma de colisión”. La norma de conflicto o de colisión está pensada para resolver aquellas situaciones en las que aparece algún elemento extranjero en la relación jurídica de que se trate. Supongamos que un colombiano contrae matrimonio en España con una ciudadana británica. Tienen un hijo en Madrid, y al poco tiempo se van a vivir al Brasil, donde ambos esposos encuentran trabajo y tienen otro hijo. Al cabo de unos años trasladan su domicilio a Estados Unidos, concretamente al Estado de Colorado,

donde tras cierto tiempo de tempestuosa convivencia deciden divorciarse. ¿Qué derecho se aplicará al divorcio, a las relaciones paterno-filiales y al reparto de los bienes? Es evidente que a esta relación jurídico-privada se le podrían aplicar diversos ordenamientos jurídicos; pero probablemente los efectos, si se aplica uno u otro de los sistemas jurídicos posibles, sean muy diferentes. Ante esa situación de cierta perplejidad, los ordenamientos han ideado un sutil mecanismo que permite, bien aplicar el propio derecho del foro (esto es, del juez donde se ha planteado la demanda), bien aplicar el derecho al que remite la norma de colisión, la cual a su vez pertenece al sistema jurídico del foro. Cada sistema jurídico resuelve este tipo de problemas mediante las normas de derecho internacional privado. Estas normas, como digo, pertenecen al derecho del Estado de que se trate. Por tanto, a pesar del nombre, no se trata de normas de derecho internacional, sino de normas jurídicas nacionales.

Es el sistema jurídico del foro, esto es, el del juez al que se le plantea la demanda, el que en principio tiene que resolver la cuestión mediante sus propias normas de derecho internacional privado. Si remite a un derecho extranjero para que lo aplique el juez del foro al caso, se produce un fenómeno complejo de remisión al derecho extranjero y de recepción en el sistema jurídico propio. Esta dualidad de “remisión / recepción” opera de tal modo que en términos textuales significa que hay primero un envío a un texto de otro ordenamiento jurídico, texto que se incorpora para su aplicación al caso al texto ordinamental propio.

Con matices diferenciadores sucede algo parecido en las relaciones entre el derecho internacional público (derecho internacional a secas) y derecho del Estado. Es este último el que decide de qué modo las normas internacionales pasan a formar parte del propio ordenamiento interno del Estado. Normalmente el texto de un tratado internacional suscrito por el gobierno de un Estado precisará, para ser aplicado internamente, de ciertos requisitos exigidos por las leyes del Estado. Así, en el Reino Unido se exige que los preceptos del tratado sean aprobados por el Parlamento como si fuera una ley. Otros Estados son menos restrictivos. En España, para que los tratados sean aplicables internamente se requiere tan sólo su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

En suma, cada sistema jurídico define sus relaciones textuales con el resto de los sistemas. Por esa razón las relaciones intersistémicas pueden y deben ser investigadas en términos de relaciones intertextuales.
5. LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO CIENCIA HERMENEÚTICA Y PRÁCTICA: SU APERTURA A LA SOCIOLOGÍA

Para concluir diré algunas palabras sobre la relación posible entre ciencia del derecho y sociología jurídica.

*a) Dogmática jurídica y dogmática teológica, ciencias hermenéuticas y prácticas; el momento aplicativo; dogmática jurídica y decisiones jurídicas*

Tanto la ciencia del derecho como la teología son ciencias hermenéuticas y prácticas. No entraré ahora en el debate de si son, en efecto, verdaderas “ciencias” como pueda serlo la física o la bioquímica. Baste con decir que ambas son formas de conocimiento de realidades objetivas; en el caso de la dogmática jurídica esa realidad es el derecho vigente en una determinada sociedad; y en el caso de la teología, es el conjunto de creencias de una comunidad religiosa. Lo que me interesa destacar aquí es que tanto una como otra son disciplinas hermenéuticas y prácticas.

Son hermenéuticas porque su modo de proceder es esencialmente interpretativo. Su referente son textos, como ya hemos destacado antes. A los textos se aproximan para leerlos y comprenderlos, lo cual sólo es posible mediante un proceso, más o menos complejo, de interpretación. Para la filosofía hermenéutica toda obra humana es susceptible de interpretación. Merced a dicha interpretación la obra puede ser comprendida en su sentido, en su significado. Tanto la dogmática teológica como la jurídica se proponen desvelar los significados contenidos en los textos a los que se enfrentan. Desvelar los significados de los textos implica su conocimiento. Ahora bien, ese conocimiento tiene una dimensión práctica. Se conoce *para* algo. Ese “algo” es la acción, las conductas humanas. De ahí que afirmemos que teología y dogmática jurídica sean ciencias *prácticas*. ¿Qué quiere decirse con esto?

El texto bíblico no es un texto científico, sino práctico: va dirigido a los actos de los hombres, su propósito es conseguir que dichos actos sean “buenos” desde el punto de vista religioso. Lo mismo en el derecho. El texto jurídico (de la ley, de la jurisprudencia de los jueces) va dirigido a conseguir que las acciones humanas se ajusten al derecho, esto es, a que sean “buenas” desde la perspectiva jurídica. Cuando se construye el sistema (teológico o jurídico) ese propósito está siempre presente. Por tanto, no deben verse los libros que componen la Sagrada
Escritura como textos científicos o descriptivos de realidades, sino como textos orientados a la acción humana. Su función pragmática, que impregna al conjunto, es despertar y consolidar la fe religiosa y, consecuentemente con dicha fe, orientar las conductas. Algo parecido sucede con los textos jurídicos ordinamentales. Su principal función pragmática es regulativa, directiva. La ciencia del derecho, al generar el sistema, no crea un texto descriptivo del ordenamiento sino que recrea el propio ordenamiento completándolo de acuerdo con su propio espíritu. La dogmática jurídica no es descriptivista, sino constructivista. La construcción del sistema permite la aplicación del derecho a los casos.

El momento aplicativo de la teología es potencialmente un fenómeno múltiple: la conversión a la fe, el arrepentimiento del descarriado, la penitencia, el sermón, son otros tantos aspectos de la aplicación del texto sistémico teológico a la vida diaria. En el derecho, todo acto que sea traducible como jurídico a tenor del texto sistémico constituye un momento aplicativo. La aplicación del sistema jurídico se concreta en actos. De éstos destacan, por su especial relevancia, los actos decisionales creadores de texto ordinamental, como son la decisión legislativa y la decisión judicial. En relación con estos actos decisionales la dogmática jurídica constituye una ayuda imprescindible en el derecho moderno. Todos los procesos legislativos y los procesos de decisión judicial están presididos por el conocimiento del sistema jurídico. Los jueces, en concreto, tienen una tendencia clara a aplicar a los casos el sistema, tal como ha sido elaborado por la dogmática.

b) La dogmática jurídica ¿abierta o cerrada? 14

La dogmática jurídica puede operar de manera abierta o cerrada. Se suele afirmar que la llamada “jurisprudencia de conceptos” (Begriffsjurisprudenz) propuso un modelo de dogmática que, de un modo exclusivamente formalista, se centrara en los conceptos jurídicos y de éstos derivara las normas de derecho por medio de un razonamiento deductivo o similar al deductivo. Esta designación de “jurisprudencia conceptualista” la ideó Rudolf von Ihering en una segunda etapa de su pensamiento. Habiendo sido defensor a ultranza del método constructivo (conceptualista), experimentó un giro hacia el empirismo. Consecuencia de este giro fue su crítica a su posición anterior que, al calificarla de la manera mencionada, daba a entender su alejamiento de la realidad vital. Ihering propuso una nueva orientación por medio de una “jurisprudencia de intereses” (Interessenjurisprudenz), esto es, por una ciencia del derecho que no se

encerrara en los conceptos sino que se abriera a la investigación de los intereses del más diverso género, tanto de los individuos como de la sociedad.\textsuperscript{15}

Se generó entonces un intenso debate entre partidarios y detractores de una ciencia jurídica autónoma, cerrada en sí misma. Expresión máxima de los primeros ha sido la teoría pura del derecho, cuya denominación responde precisamente a esa idea de depurar la ciencia jurídica de todo elemento extra-jurídico (esto es, de naturaleza empírica o ideológica). Bien es verdad que la teoría pura del derecho no es ni pretende ser otra cosa que una teoría formal de los conceptos y estructuras universales del fenómeno jurídico. Por eso mismo, en modo alguno se la puede considerar como una teoría de la dogmática.

Desde la otra vertiente, se ha llegado a proponer la sustitución de la dogmática jurídica por la sociología del derecho. Tal es el caso de Eugen Ehrlich, jurista austriaco que es considerado como el fundador de la sociología jurídica con su libro \textit{Fundamentación de la Sociología del Derecho}, publicado en 1913\textsuperscript{16}. Este autor no considera a la Jurisprudencia como una verdadera ciencia (tal como entiende la ciencia el positivismo, que para Ehrlich es la concepción correcta), sino como un “arte” (\textit{Kunst}). La verdadera ciencia del derecho ha de ser necesariamente una ciencia que investigue hechos y no que se limite a interpretar textos, en suma, la sociología jurídica. Similar posición mantuvo Theodor Geiger unos decenios más tarde, aunque su objetivo se dirige a sustituir la teoría general del derecho por la sociología jurídica.\textsuperscript{17}

Ahora no me puedo detener en estos aspectos, a los que he dedicado alguna atención en escritos míos.\textsuperscript{18} Lo que quiero subrayar es la idea de que uno

\textsuperscript{15} Rudolf von Ihering, \textit{Der Zweck im Recht}, 1877 (vol. 1\textsuperscript{a}) y 1884 (vol. 2\textsuperscript{a}), hay traducción al español por Diego Abad de Santillán, \textit{El fin en el Derecho}, Editorial Cajica, Pueba (México), 1961.


\textsuperscript{17} Theodor Geiger, \textit{Vorstudien zi einer Soziologie des Rechts} (1947), cuarta edición revisada por Manfred Rehbinder, con introducción de este autor, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

de los debates más interesantes que han tenido lugar en el siglo XX ha sido precisamente éste, el de la contraposición entre el método dogmático y el método sociológico en la ciencia jurídica.

Mi postura es que la dogmática jurídica puede ser perfectamente una disciplina abierta al conocimiento empírico de la sociología, de la psicología, de la antropología, de la economía, y en general de todas las ciencias factualistas, sobre todo de las denominadas ciencias sociales. Esto no significa, sin embargo, que la dogmática deba abandonar su estilo tradicional, caracterizado por ser interpretativo, conceptualista y sistematizador. Lo que quiere decir es que, al realizar estas tareas, puede y debe servirse de conocimientos extrajurídicos. Principalmente en los momentos interpretativos. Así, las disciplinas mencionadas pueden considerarse como disciplinas auxiliares de la dogmática jurídica. Nunca, creo, como disciplinas sustitutivas de esta última.
¿Podemos enseñar metodología jurídica?

Manuel J. Rodríguez Puerto
Universidad de Cádiz
¿PODEMOS ENSEÑAR METODOLOGÍA JURÍDICA?

La reciente reforma de la Universidad puede ser un buen momento para reflexionar sobre la conveniencia de exponer al estudiante una materia que ha gozado de tanta atención como el método jurídico. En el plan de estudios del Grado en Derecho de la Universidad de Cádiz existe una asignatura denominada Técnicas jurídicas y la tentación inmediata es introducir entre sus contenidos los propios de la Metodología. Sin embargo, al mismo tiempo surge un interrogante: ¿qué metodología? Y es que a pesar de la bibliografía inabarcable —o quizá a causa de ella— esa pregunta tiene una respuesta difícil.

La preocupación por el método aparece en la ciencia jurídica europea con el Humanismo jurídico. De acuerdo con la noción procedente de la Grecia antigua, los juristas de esa escuela entendieron por método una forma ordenada de exponer y enseñar una materia, y concibieron el orden como una estructura que partía desde las nociones más generales. Sin embargo, en el momento de explicar los razonamientos que llevan a la solución del problema concreto, estos juristas prefirieron la expresión habitual en el Derecho común: interpretatio iuris. El proceso de determinación del derecho tenía en cuenta las exigencias de la ley, entendidas mediante la interrelación de la letra y el espíritu de la norma y su lectura a la luz de las circunstancias del caso. Esa apertura a las circunstancias impedía que la interpretatio pudiera consistir en un conjunto de reglas que prefijaran la solución de cualquier problema\(^1\). En consecuencia, no era un método estricto. Por un método estricto hemos de entender un conjunto de reglas que permiten la consecución deductivamente aséptica de una solución desde la regla general. Es la noción que nos ha transmitido la Modernidad y en función de ella debemos enjuiciar las posibilidades de la metodología.

Lo cierto es que una metodología estricta ha sido defendida entre los juristas con menos frecuencia de lo que podemos suponer. Es llamativo que durante los años de triunfo del método científico moderno ese proceder no llegó hasta el ámbito de la interpretación de las leyes y la determinación de la solución; ante esos problemas los juristas y pensadores, incluyendo parte de los iusnaturalistas modernos, defendieron modos de aplicar las leyes relativamente tradicionales. Incluso el Positivismo legalista del siglo XIX, habitualmente identificado con la aplicación mecánica de las leyes, mostró matices y límites a esa manera de

\(^1\) Sobre la metodología en el Humanismo jurídico vid. mi estudio (1999): La Modernidad discutida. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. La interpretatio iuris abarcaba también lo que hoy denominamos antinomias, la analogía y en general las cuestiones referidas a la determinación del derecho concreto. La poca preocupación por el método en los juristas anteriores al Humanismo no indicaba querencia por la irracionalidad, sino una racionalidad de tipo diferente.
pensar². El siglo XX ha visto con mayor escepticismo aún la posibilidad del método en el derecho³. Por una parte, la mayor parte de los defensores del Positivismo jurídico ha perdido la confianza en la posibilidad de controlar completamente la solución a un problema jurídico mediante la aplicación de normas generales. Estos juristas concluyen que los espacios del orden jurídico integrados por la decisión judicial no son susceptibles de asidero racional y quedan remitidos a la ideología judicial⁴. Otras corrientes que se presentan

---


como alternativas al Positivismo optan por diversas formas de racionalización que van desde argumentaciones procedentes de las éticas dialógicas hasta la hermenéutica. Estas racionalidades diversas sin embargo no pueden considerarse metódicas, porque no consisten en fórmulas reproducibles, sino que requieren apreciaciones abiertas a la valoración. En el caso de la Hermenéutica jurídica, por ejemplo, la intervención de la razón práctica y la contextualización circunstanciada de la argumentación imposibilita la fijación técnica. Reparemos en que no toda racionalidad es metódica. Es cierto que podemos adoptar un concepto amplio de metodología, como hace Karl Larenz cuando explica que no tiene un carácter lógico formal ni proporciona reglas fijas para un camino preciso; sin embargo tampoco es una fórmula vacía, ya que afirmar tal cosa supondría el abandono de la racionalidad. Resumidamente, considera que el método es lo mismo que la argumentación\(^5\). Sin embargo, me parece que esta acepción de metodología es demasiado amplia y no responde a la intención que la originó históricamente; quizá sea preferible reservar la palabra método para la versión más formalizada de la racionalidad jurídica.

Para acabar de complicar el asunto, en los últimos años ha aparecido una línea doctrinal defensora de la aplicación formalista de las leyes en aras de la certeza jurídica. Su fundamento es ético y político: sólo si el resultado de la aplicación de la ley es previsible, podrá el ciudadano organizar sus planes de vida; y esa garantía debe estar protegida en un Estado de derecho\(^6\).

Lo cierto es que la multiplicidad de propuestas no sólo aparece en el plano de las teorías jurídicas, sino en la misma práctica. A pesar de la enorme bibliografía dedicada, no parece existir una jerarquía estricta de criterios interpretativos que predetermine el camino del jurista\(^7\). Parece más bien que los criterios interpretativos entran en acción en función de los asuntos y bienes en juego. Si la interpretación suele ser una actividad metódicamente abierta, la determinación de los hechos del caso requiere en ocasiones actividades y razonamientos que también están lejos de


la metodología estricta; lo cierto es que en ese campo es preciso confiar muchas veces en valoraciones y averiguaciones periciales elaboradas con instrumentos y técnicas específicas ajenas muchas veces a lo jurídico⁸.

La experiencia muestra que en ocasiones la vida del derecho sí requiere normas aplicables mecánicamente y fórmulas técnicas: el empleo de programas informáticos para obtener la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es un ejemplo particularmente claro⁹. Al mismo tiempo parece claro que en otros ámbitos la determinación del derecho reclama disquisiciones más complejas; el art. 1902 del Código Civil, en el que aparece el principio de la responsabilidad extracontractual, no puede aplicarse mecánicamente. Además, la cotidianeidad del derecho no consiste sólo en la aplicación judicial de las normas (objeto habitual de las reflexiones metodológicas), sino que está formada también por la interpretación y aplicación realizadas por otros profesionales y en última instancia por los ciudadanos. En esa cotidianeidad entran también en juego otro tipo de actividades, cálculos y argumentaciones que no siempre implican la aplicación de leyes en sentido estricto. Pensemos en el amplio campo de la autonomía de la voluntad y de las condiciones generales de contratación en ciertos sectores del Derecho mercantil. Es necesario tener presente que para esos ámbitos los despachos de abogados buscan personal con habilidades de gestión y negociación que están bastante alejadas de la metodología tradicional.

Esta diversidad de planteamiento ante la cuestión produce cierta perplejidad. Parece que no es factible encontrar un modo de razonar único que satisfaga las diversas exigencias del derecho. Quizá la explicación consiste en que la cuestión metodológica depende de la ontología jurídica. En efecto, para comprender este asunto conviene tener claro que el derecho no es –como se ha pretendido con frecuencia– un sistema homogéneo de normas, producido por una voluntad creadora central y presto a la aplicación. La realidad que calificamos de jurídica es mucho más compleja.


Cito esta explicación de Pound como ejemplo interesante de un conjunto de tendencias, corrientes y escuelas que sobre todo desde finales del siglo XIX ha resaltado esa complejidad jurídica y ha desembocado a fines del siglo XX en teorías como la Hermenéutica jurídica o la de Ronald Dworkin\footnote{Vid. mi estudio (2011): *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*. Comares, Granada.}. Correlato de esa apertura del concepto de derecho es la conciencia de las insuficiencias metodológicas; sus técnicas aparentemente rígidas se abren a las necesidades e incitaciones de esas instancias variadas de lo jurídico. No se trata sólo del surgimiento de nuevas fuentes. También resulta relevante la diferente textura de los problemas ubicados bajo la etiqueta de lo jurídico.

Francisco Carpintero explica que el derecho dista de ser esa estructura simple y cerrada de normas emanadas desde el centro estatal, sino que forma una “masa abigarrada de normas y principios”. Ese abigarramiento procede de la variedad de planos en los que se mueve el derecho dependiendo de las necesidades y bienes que sustentan sus diferentes segmentos. Carpintero diferencia entre normas constitucionales, administrativas o políticas y civiles o jurisprudenciales.\footnote{Vid. Carpintero, F. (1994): *Derecho y ontología jurídica*. Madrid, Actas, pp. 115 y ss.}

Esta distinción nos puede resultar útil ahora para comprender los variados modos de razonar que tiene el jurista. En cada uno de esos sectores el trabajo del jurista requiere habilidades y competencias –si usamos los términos ahora
populares en la pedagogía—bastante diversas. En el ámbito constitucional hallamos por una parte asuntos altamente técnicos en los que las normas dejan poco espacio a la elección argumentada entre significados interpretativos; pero también otros (como la interpretación de los artículos que recogen derechos fundamentales) en los que la necesidad de valoración, incluyendo estándares morales, es inevitable.

   En la legislación política y administrativa la planificación y la organización inspiran la actividad juridificadora, y estas suelen requerir aplicaciones relativamente mecánicas y formalistas. Aquí las defensas del formalismo realizadas por el Positivismo ético reciente encuentran acomodo.

   En cambio, en el tercer sector, formado por las normas civiles o privadas, el espectro de posibilidades del jurista es mucho más amplio. Por un lado, el tipo de precepto típico en este sector necesita procedimientos de adecuación hermenéutica circunstanciada que imposibilitan la prevalencia de un método estricto. La solución jurídica requiere ponderaciones, valoraciones y equilibrios que no suelen resolverse mediante el recurso exclusivo a lo plasmado en la literalidad de la ley. Carpintero escribe al respecto que el jurista de derecho privado estudia las realidades humanas particularizadamente, con razonamientos específicos adecuados a sus peculiaridades e irreductibles a esquemas lógicos preconcebidos. En cambio las normas de Derecho administrativo o fiscal obedecen a otro tipo de consideraciones más abiertas a la discrecionalidad del legislador y exigen otra forma de trabajar. A causa de esta variedad, explica Carpintero, las dimensiones ontológicas del derecho no poseen una regulación unitaria, y no hay un principio único que dé razón por igual de todos los razonamientos del derecho.

   Junto a las diferencias causadas por la varia textura del material normativo, es preciso tener en cuenta que el jurista no desempeña siempre la labor meramente judicial y aplicadora de normas vigentes para resolver un conflicto, aunque esta sea la función estudiada habitualmente por la metodología. También forma parte de las tareas del jurista, por ejemplo, asesorar en el diseño y construcción de realidades jurídicas, que a veces son adaptación de figuras ya existentes y otras presentan caracteres más novedosos. Éste trabajo tiene una dimensión considerablemente técnica que puede consistir en la elaboración de fórmulas repetidas mecánicamente (pensemos en las escrituras públicas de las notarías),

---

pero siempre está ceñido a los comportamientos humanos, cuya variabilidad impide la mecanización extrema.

Conviene no perder de vista que toda esa amalgama de normas, contratos, estatutos societarios, dictámenes, etc. producidos por juristas y legisladores (asesorados por juristas) no brota del vacío o del azar, sino que está destinada a satisfacer necesidades y utilidades humanas que expresan puntos de vista valorativos y que en el fondo se refieren a bienes humanos\textsuperscript{14}. Esta apreciación es relevante para comprender los límites de la metodología. Efectivamente, la multiplicidad de razonamientos y técnicas encuentra sentido en la diversidad de bienes que acoge el llamado ordenamiento jurídico. Comprender esa interrelación nos obliga a una concepción ontológica del derecho diferente al mero imperativismo. Me parece que este es un momento muy oportuno para recordar como Alberto Montoro ha hecho hincapié a lo largo de su carrera académica en los defectos de un concepto de derecho basado exclusivamente en la organización de la fuerza estatal. En efecto, el derecho no tiene sólo una mera función de control social, sino de ordenación de la vida social; y su función última es educadora: trata de crear un marco para el adecuado desarrollo personal del ciudadano; aunque la moral esté encargada de la perfección personal, el derecho tiene un contenido ético en la medida en que facilita esa moralidad. En consecuencia, Montoro mantiene que la ordenación jurídica es un proceso racional y ético\textsuperscript{15}.

A partir de esta concepción de la función del derecho, es preciso reconocer el carácter complejo de los medios encargados de realizarla. Montoro ha subrayado la peculiar interrelación de técnica y ética en el derecho. Al no ser un mero instrumento al servicio del poder (del tipo que sea), el derecho no puede consistir simplemente en la aplicación de una técnica\textsuperscript{16}. Desde luego existen diversas manifestaciones de la técnica en el ordenamiento jurídico, pero están condicionadas en última instancia por las exigencias que lanzan

\textsuperscript{14} Sobre la relación entre derecho y necesidades humanas, vid. Carpintero, F. La crisis..., cit., cap. III.


los contenidos éticos del derecho\textsuperscript{17}. Entre los aspectos técnicos del derecho Montoro menciona la metodología, pero aclara que no puede tener la última palabra en la determinación del derecho concreto, que es precisamente el problema central del derecho; la causa reside en la existencia del núcleo ético del derecho. Ese proceso de determinación ha de tener en cuenta los aspectos esencialmente humanos que están en juego y no puede ceñirse a los límites rígidos de un método estricto. Tiene un carácter complejo en el que se interrelacionan elementos lógicos y extralógicos. Aparecen en él la dialéctica, la retórica, la tópica… Como escribe Montoro, es una tarea que escapa a los métodos conocidos y es irreductible a la lógica y a la racionalidad: trasciende los límites de la técnica para entrar en el ámbito del arte y de la prudencia\textsuperscript{18}.

Para Montoro, la prudencia, entendida al modo de la frónesis aristotélica, resulta ser al fin la clave para el trabajo del jurista. Y es que el jurista intenta desentrañar un aspecto del obrar humano en sociedad, el comportamiento justo, y esa es la tarea del saber práctico o prudencia. Para ello es necesario que el jurista conozca no sólo la técnica, sino también valores ético-jurídicos y los factores teóricos y prácticos que confluyen en el razonamiento jurídico\textsuperscript{19}.

Creo que estas reflexiones de Alberto Montoro son particularmente pertinentes para afrontar la enseñanza de “técnicas jurídicas” al estudiante del Grado en Derecho. A pesar de esa denominación está claro que no puede consistir en la exposición de unas recetas metódicas que proporcionen resultados


exactos. La complejidad de la realidad que calificamos de jurídica lo impide, aunque el método sí desempeñe un papel en ciertos momentos. La asignatura tampoco puede reducirse a un repertorio de artimañas procesales o de recursos mercadotécnicos para seducir clientes. El trasfondo ético del derecho exige superar esas visiones estrechas. Es algo demasiado serio para dejarlo sólo en manos de la técnica.
Los orígenes del tipo en la ciencia jurídica

José Antonio Seoane
Universidade da Coruña
LOS ORÍGENES DEL TIPO EN LA CIENCIA JURÍDICA

| 1. INTRODUCCIÓN |

El tipo (Typus) es una categoría metodológica eminentemente alemana, empleada en las ciencias sociales desde finales del siglo XIX e introducida en las ciencias jurídicas a finales de los años treinta del siglo XX, dando lugar en las décadas siguientes a un debate fecundo y de cierta envergadura en la ciencia del Derecho, casi siempre en comparación con el concepto (Begriff).

En el último tercio del siglo XIX las ciencias sociales y la ciencia jurídica, junto con el resto de las denominadas ciencias del espíritu o ciencias de la cultura, persiguen su propio estatuto científico y una metodología adecuada para su campo de conocimiento. El mundo social o humano no es igual que el mundo natural, y la realidad social no puede ser conocida científicamente con los instrumentos metodológicos de las ciencias naturales. El objeto de las ciencias naturales es externo y está separado del sujeto que conoce, en tanto que en las ciencias sociales sujeto y objeto pertenecen a un mismo ámbito, la cultura humana. Las ciencias naturales describen las relaciones causales y constantes entre los fenómenos mediante leyes y conceptos generales y abstractos, que definen y clasifican cada objeto o fenómeno con alto grado de precisión y certeza. Con todo, la reproducción exacta de la realidad social parece abocada al fracaso, pues desborda nuestra capacidad de percepción, comprensión y expresión. La realidad no presenta nunca dos fenómenos idénticos pero sí fenómenos semejantes, con rasgos comunes que se repiten con cierta regularidad y uniformidad. La singularidad y la concreción no se oponen a un conocimiento general, pues el cambio y las diferencias entre cada objeto o acontecimiento no impiden identificar esa regularidad, que es ya una forma de conocimiento y dominio de la realidad.

---

El instrumento metodológico empleado para conocer y ordenar esta regularidad de la realidad social y jurídica es el tipo. El tipo relaciona lo general o universal con lo particular o concreto; es un ente particular que revela la generalidad. Las primeras teorías sociales sobre el tipo pretenden emular la exactitud y claridad de las ciencias naturales y de la lógica formal, aunque pronto trazan vías alternativas capaces de hacerse cargo de los rasgos propios y distintos de la realidad social e institucional sin desmedro del estatuto científico de las ciencias sociales y de la ciencia jurídica. Mediante el tipo se buscan respuestas distintas del concepto formal y abstracto y de los conceptos de clase (Klassenbegriffe), formados según el criterio tradicional genus et differentia. Frente a la rigidez de estos conceptos, propios de la lógica formal y de las leyes naturales, el tipo o los conceptos de orden (Ordnungsbeziehungen) proponen otra respuesta más adecuada a la realidad social y jurídica, atendiendo a la particularidad, los matices y las transiciones fluidas entre los fenómenos. En las teorías jurídicas del tipo confluirán ambas preocupaciones: la afirmación del carácter científico del Derecho y el hallazgo de un nuevo modelo conceptual para la comprensión y ordenación de la realidad jurídica.

El análisis del tipo y el pensamiento típico en la ciencia jurídica debe ir precedido de la exposición de algunas teorías provenientes de las ciencias sociales y de la filosofía. Aunque sus razones, propósitos e intereses varíen, el recorrido histórico revela una causa y una finalidad comunes o típicas: la insatisfacción ante las respuestas existentes y la consiguiente búsqueda de modelos conceptuales apropiados para la realidad social y jurídica, junto con el afán de cientificidad y confirmación del estatuto científico de las ciencias sociales y jurídicas. Además de su vecindad científica con el Derecho, estas teorías sociales preceden en el tiempo a las teorías jurídicas y contienen aportaciones relevantes para el análisis de las doctrinas jurídicas sobre el tipo y para la construcción de ulteriores desarrollos. La ciencia jurídica se incorporó más tarde a esta revuelta antiformalista, de modo que el estudio de las teorías jurídicas se enriquece mostrando cuán deudoras pueden ser de los desarrollos previos del tipo en otras ramas científicas y cuáles son sus aportaciones originales.

| 2. ORÍGENES EXTRAJURÍDICIOS |

El término “tipo” es de origen griego (τύπος: típos), y desde entonces ha sido usado con distintos significados, tanto en el lenguaje común como en el lenguaje técnico. En su forma originaria significa golpe, talla, acuñación, así como la huella del golpe o el resultado tangible de dichas acciones: la impresión, la marca, el trazo, la impronta. Por derivación, llega a significar carácter grabado,
imagen, forma, figura –y de ahí imagen característica, carácter, estilo–, así como también modelo, ejemplo, paradigma. Más tarde, en el período helenístico, este significado de modelo o ejemplo es enunciado mediante términos compuestos a partir del tipo, como “arquetipo” (ἀρχέτυπος) o “prototipo” (πρωτότυπος), desconocidos en el período clásico pero cuyo uso ha perdurado. Hoy conserva tales significados de modelo, imagen o carácter grabado y, con una utilización más restringida y cierta inversión en el plano del uso, los significados originarios de golpe y huella del golpe.

En el lenguaje filosófico, y con su significado derivado, el tipo encuentra un uso ocasional en Platón y se introduce, sobre todo, por obra de Aristóteles. En el espacio europeo es la forma latina (typus) la que propicia su expansión, en particular por la atención a la tipología en el contexto y los escritos teológicos. A partir del último tercio del siglo XVIII el tipo comienza a ser empleado en las ciencias naturales y, una vez más, en la filosofía. En las ciencias sociales, en cambio, hay que esperar a las últimas décadas del siglo XIX para que surja la expresión “tipo” como término técnico; y todavía más, hasta finales de la tercera

---


década del siglo XX, para constatar una utilización relevante en la ciencia jurídica. Por entonces el tipo es ya una herramienta metodológica importante en otras ramas científicas como la Química, la Biología, la Medicina y, sobre todo, la Psicología⁸.

| 3. EL TIPO EN LAS CIENCIAS SOCIALES Y LA FILOSOFÍA |

La introducción del tipo como término técnico en las ciencias sociales se data en 1883, por obra de Carl Menger⁹, fundador de la Escuela austríaca de Economía. No obstante, es posible constatar unos años antes el empleo del término “tipo” en la obra del economista francés Léon Walras, iniciador de la Escuela de Lausana¹⁰. La tesis que considera a Menger el pionero del empleo del tipo en las ciencias

---


sociales concita la mayor parte de apoyos, y hay razones para ello, pues su obra contiene una auténtica reflexión metodológica sobre la función de los tipos en las ciencias sociales, en concreto en el conocimiento y análisis de la realidad y la actividad económicas, frente a la menor profundidad de la contribución de Walras. No hay que descartar tampoco otro factor: su mayor visibilidad en el entorno geográfico y lingüístico de los principales estudiosos del tipo.

Como categoría metodológica el tipo ha ejercido una influencia decisiva en diferentes ramas del conocimiento. En el ámbito de la Economía destacan los mencionados Léon Walras, con la relación entre el tipo ideal (Idealtypus) y la economía política pura (reine politische Ökonomie), y Carl Menger, a través de su detallada teoría de los tipos rigurosos (strenge Typen) y las relaciones típicas en la Economía. Más tarde merecen ser mencionadas la combinación entre tipos reales (Realtypen) y tipos ideales (Idealtypen) para lograr un conocimiento científico en la Economía política (Nationalökonomie) en la obra de Walter Eucken y la utilización del tipo ideal (Idealtypus) en la investigación de la historia económica por parte de Ludwig von Mises. El ámbito de la Sociología ofrece dos relevantes contribuciones: el tipo ideal (Idealtypus) como concepto propio de las ciencias sociales desarrollado por Max Weber y la interpretación...

---


\[\text{Entre los estudiosos del tipo es insólita la mención de Léon Walras. Una excepción es Lorenzo Passerini Glazel, \textit{La forza normativa del tipo. Pragmatica dell’atto giuridico e teoria della categorizzazione}, Macerata, Quodlibet, 2005, 64-65, que lo considera, con Carl Menger y Georg Jellinek, un antecesor de Max Weber en el empleo del término y del concepto de "tipo ideal".}]


---
de la acción social a través del tipo y de la tipicidad en la obra de Alfred Schütz. En la teoría del Estado sobresale la construcción metodológica del tipo de George Jellinek. Tres aportaciones provenientes de la Filosofía merecen ser incluidas: la distinción entre type y token de C. S. Peirce, la doctrina axiológica y ejemplar o modélica (vorbildliche) del tipo de Max Scheler y la teoría del tipo como concepto de orden (Ordnungsbegriff) elaborada por Carl G. Hempel y Paul Oppenheim, que resultó decisiva en los comienzos de la reflexión jurídica sobre el papel metodológico del tipo. El tipo ha gozado de mayor fortuna en


la Psicología, a través de la teoría de los tipos constitutivos (Konstitutionstypen) de Ernst Kretschmer\(^{21}\), la teoría de los prototipos (prototype theorie) de Eleanor Rosch\(^{22}\) e incluso en los tipos psicológicos (psychologische Typen) y arquetipos (Archetypen) de Carl Gustav Jung\(^{23}\), si bien su influencia en la ciencia del Derecho ha sido menor.

### 4. EL TIPO EN LA CIENCIA DEL DERECHO

La aparición del tipo en la ciencia jurídica\(^{24}\) tiene lugar en el año 1938, con la publicación de los dos trabajos fundacionales de la denominada teoría clásica del tipo\(^{25}\): *Conceptos de clase y conceptos de orden en el pensamiento jurídico* de Gustav Radbruch\(^{26}\), y *Sobre el objeto y el método del pensamiento jurídico nacional* de Karl Larenz\(^{27}\). Con criterios exclusivamente cronológicos habría que retroceder unos años para constatar el empleo del “tipo” en el Derecho, al menos hasta

---


la publicación en 1924 de Los criterios del Derecho de Felix Kaufmann\textsuperscript{28}. Sin embargo, la confusa y escasamente relevante reflexión de Felix Kaufmann y la influencia de los textos de Radbruch y Larenz en las teorías jurídicas del tipo justifican datar en 1938 el punto de partida.

Refiriéndose a los momentos iniciales del tipo, Josef Kokert ha distinguido un periodo hasta 1936, con los primeros trabajos que se ocupan de su estudio, comenzando con Georg Jellinek (1900) y atendiendo a otros autores (Felix Kaufmann o Carl Schmitt); una etapa que se ciñe al año 1936, cuando aparece el libro de Carl Gustav Hempel y Paul Oppenheim; y una tercera desde 1936 hasta 1939, con especial atención a la teoría de los tipos tributarios propuesta por Theodor Maunz y a sus críticas, para dedicar a continuación un apartado completo al mencionado trabajo de Karl Larenz\textsuperscript{29}.

Sin embargo, considero más justificada la periodización propuesta (1938). Sin olvidar su mayor sencillez, cabe aducir que Jellinek no es tanto un representante de la ciencia jurídica como de la teoría general del Estado. Tampoco Hempel y Oppenheim forman parte ni se ocupan de la ciencia jurídica, a pesar de que su obra mereciese especial atención por parte de Gustav Radbruch. Sin cuestionar su relevancia como hito histórico en las doctrinas jurídicas sobre el tipo, hay dos factores que contribuyen a rebajar la influencia del libro de Hempel y Oppenheim. En primer lugar, se ha argumentado convincentemente que la recepción de Radbruch de dicha teoría fue muy parcial y escasamente rigurosa\textsuperscript{30}. El segundo factor es que el libro de Hempel y Oppenheim apenas influyó en los epígonos de Radbruch, Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, o en el otro gran estudioso del tipo, Karl Larenz; por su parte, Karl Engisch se ocupa brevemente del libro de Hempel y Oppenheim y pone de relieve la escasa acogida de la terminología propuesta y cierta inadecuación de la misma para la ciencia del Derecho. En otras palabras, la influencia del libro de Hempel y Oppenheim se aprecia sobre todo en Radbruch, pero no tanto en la elaboración de una teoría del tipo para la ciencia jurídica a partir de él cuanto en incitar la apertura de una nueva senda. En tal sentido, cabría incluso admitir que no

\textsuperscript{28} Cfr. Felix Kaufmann, Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Tübingen, Mohr Siebeck, 1924.

\textsuperscript{29} Cfr. Josef Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 84-94 y, sobre el escrito metodológico de Larenz, 95-120.

\textsuperscript{30} Al respecto ha sido muy crítico y rotundo Lothar Kühlen, Typuskonzeption in der Rechtstheorie, op. cit., 57-62.
importa cuán acrítica o intuitiva haya podido ser la recepción de Radbruch para determinar tal influencia; más aún, cabría conjeturar que la simplificación y divulgación de la compleja teoría de Hempel y Oppenheim significó más un estímulo que un obstáculo para el desarrollo de las teorías jurídicas del tipo.

Se trata de trabajos de índole científica y propósitos distintos, como también son diferentes sus consecuencias y resultados. El artículo de Radbruch comenta la aparición del libro de Hempel y Oppenheim sobre los conceptos de orden y los conceptos de clase y advierte de su utilidad para la ciencia jurídica. No se trata de un texto programático ni de una investigación detallada, sino de una recensión perspicaz: Radbruch selecciona aquello que vale la pena leer y lo introduce en la ciencia del Derecho, proponiendo deseables líneas futuras del pensamiento jurídico mediante el empleo de los tipos y los conceptos de orden. Con más detenimiento y profundidad se ocuparán del tipo su discípulo Arthur Kaufmann y el discípulo de éste, Winfried Hassemer, en dos obras decisivas para el tratamiento del tipo en el Derecho, aunque la influencia del libro de Hempel y Oppenheim apenas perdure en su pensamiento. En el segundo caso, el continuador del escrito metodológico de Karl Larenz será él mismo, con las sucesivas ediciones de su Metodología de la ciencia del Derecho. Como superación de la concepción abstracta y formalista de la Jurisprudencia de conceptos y del positivismo Larenz propone un pensamiento metodológico a partir del tipo y del concepto concreto-general, más adecuado para hacerse cargo del sentido y la función de las relaciones vitales. Luego lo revisará y modificará a lo largo de las décadas y las ediciones de su opus magnum. Alguno de sus discípulos, como Detlef Leenen, desarrollará aspectos del tipo y la concepción típica, pero será principalmente él quien perfilé hasta el final su propia metodología basada en el tipo.

Considerados en sí mismos, estos dos textos de 1938 no son las aportaciones más relevantes de la teoría jurídica del tipo. Sin embargo, su valor estimulante y precursor los convierten en el punto de partida del tratamiento científico del tipo en el Derecho. Junto a ellos, sin antecesor ni sucesor, tiene cabida Karl Engisch, autor del principal esfuerzo sistematizador del tipo en la ciencia jurídica. A pesar de no elaborar una auténtica doctrina del tipo, ya que más bien organiza las...

---

aportaciones precedentes, su estudio constituyó una referencia en su momento e influyó en Kaufmann y Larenz. En tal sentido, desde la perspectiva histórica merece un lugar entre los cultores iniciales del tipo en la ciencia jurídica.

4.1. El tipo como concepto de orden: Gustav Radbruch

En su recensión del libro de Hempel-Oppenheim Gustav Radbruch introduce la teoría de los conceptos de orden (Ordnungsbegriffe) y los conceptos de clase (Klassenbegriffe), explorando su aplicabilidad en la ciencia del derecho. En los años siguientes apenas se ocupará del tipo, aunque sí dedicará su atención a la noción de “naturaleza de la cosa” (Natur der Sache) y a su repercusión en el pensamiento jurídico, y en dicho contexto retomará brevemente la reflexión sobre el tipo y los conceptos típicos.

La contribución de Radbruch no es un desarrollo detallado de los conceptos de orden o conceptos-tipo (Typusbegriffe), sino la introducción de un conjunto de observaciones - el tipo como protoconcepto (Urbegriff), los conceptos típicos como formas de transición (Durchgangsformen)-, que luego van a ser ampliadas por otros autores, sugiriendo nuevas vías para la evolución del pensamiento jurídico.

4.2. La teoría metodológica del tipo: Karl Larenz

Corresponde a Karl Larenz el mayor empeño en desarrollar una auténtica metodología del tipo que proyecte su influencia en la legislación, la interpretación y la aplicación del Derecho. Desde su escrito metodológico inicial, Sobre el objeto y el método del pensamiento jurídico nacional, el tipo, vinculado con el pensamiento de orden concreto (konkretes Ordnungsdenken), se propone como vía de superación del positivismo formalista y de la Jurisprudencia de conceptos. El tipo es concebido como una totalidad dotada de sentido (sinnbestimmtes Ganzes) que se hace cargo de las relaciones vitales, a diferencia del concepto, de carácter abstracto y carente de contenido.


Con posterioridad, en las sucesivas ediciones de su *Metodología*, el tipo servirá como modelo del pensamiento tipológico–valorativo (*typologisch-wertendes Denken*).

La concepción del tipo de Larenz intenta conciliar la inicial influencia hegeliana con la recepción de la perspectiva hermenéutica y de aportaciones de precursores, como Karl Engisch, y discípulos, como Detlef Leenen. Así, el concepto concreto general (*konkret-allgemeine Begriff*) cede paulatinamente su lugar al tipo y a las series de tipos (*Typusreihen*), con una caracterización más acabada y no siempre precisa, así como al pensamiento jurídico orientado a valores (*wertorientierte juristisches Denken*) y a un sistema abierto de principios jurídicos generales (*offenes System allgemeiner Rechtsprinzipien*).

### 4.3. El tipo y la concreción del Derecho: Karl Engisch

Se debe a Karl Engisch el primer gran ensayo de sistematización del tipo en el Derecho, que influirá en la obra de Karl Larenz y Arthur Kaufmann. El capítulo octavo de *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia del Derecho actuales* (1953; 1968) es un vasto panorama de las doctrinas sobre el tipo en diferentes ramas científicas, incluida su aplicación en la ciencia jurídica. Años más tarde, completará esta primera aportación con una breve reflexión metodológica sobre el tipo en la séptima edición de su clásica *Introducción al pensamiento jurídico* (1956; 1977), si bien carece de la relevancia de la contribución anterior.

---


37 Cfr. Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho*, op. Cit. La contribución de Engisch aparece en la primera edición (1953), concretamente en el capítulo VIII (páginas 415-497). La segunda edición (1968) es una reimpresión de la primera edición con las correspondientes correcciones tipográficas y la adición de un índice más detallado y un epílogo bibliográfico (páginas 499-523), que enriquece la primera edición con un comentario de las novedades editoriales sobre el tipo ordenado temáticamente (páginas 518-523).

A través de un matizado análisis de su uso y estructura concibe el tipo como algo más concreto que el concepto. Asimismo, presta atención a los usos y ámbitos de aplicación del tipo, así como al tema central compartido con otros autores: la relación dialéctica entre el tipo y el concepto. En este ámbito destaca su concepción del tipo en cuanto figura lógica y la distinción entre núcleo y el halo del concepto (Begriffskern; Begriffshof), originaria de Philip Heck, pero que en la formulación de Engisch cobra nuevos perfiles, siendo retomada más tarde por Arthur Kaufmann.

4.4. Una concepción analógica y hermenéutica del tipo: Arthur Kaufmann

Para Arthur Kaufmann el tipo actúa como Tertium o medio entre el deber ser (Sollen) y el ser (Sein) en el proceso de conocimiento jurídico. La dimensión ontológica del tipo lo relaciona con una categoría metodológica estudiada en detalle por Kaufmann, en la que resuena la influencia de su maestro Gustav Radbruch: la naturaleza de la cosa (Natur der Sache). En obras posteriores no dedicará tanta atención al tipo, pero el pensamiento tipológico (typologisches Denken) seguirá presente hasta el final, junto con una mayor y más explícita presencia de la perspectiva hermenéutica.

La doctrina del tipo de Kaufmann está orientada a la práctica, desde una noción flexible del tipo próxima a la realidad y a la argumentación. Presta atención especial a su papel en el proceso de obtención del Derecho (Rechtsgewinnung), donde se muestran los rasgos estructurales del tipo y comparece otro importante rasgo hermenéutico, la historicidad del Derecho, que condiciona el proceso de concreción o realización del Derecho (Rechtsverwirklichung). En el ámbito de la praxis del Derecho se aprecia mejor la vinculación entre la doctrina del tipo y la analogía clásica, representada por Aristóteles o Tomás de Aquino. De este modo es posible hablar de un pensamiento inclusivo (einschließendes Denken), que concibe


el proceso de determinación del Derecho como proceso de armonización y puesta en correspondencia (Angleichungs- oder Entsprechungsprozess).

4.5. El desarrollo lingüístico y funcional de la concepción hermenéutica del tipo: Winfried Hassemer

Una última e importante contribución sobre el tipo corresponde a Winfried Hassemer\(^{42}\), quien desarrolla su dimensión hermenéutica más allá de la lógica deductiva formal, a través de dos vías. De una parte, la relación entre el tipo y su carácter lingüístico (Sprachlichkeit), mediante la función del tipo como filtro lingüístico (sprachliches Sieb) de la realidad. De otra parte, la relación entre el tipo y la realidad (Wirklichkeit), que hace posible la construcción y el despliegue de tipos originarios (originäre Typen).

El núcleo hermenéutico del Derecho es un punto de vista normativo (normativer Gesichtspunkt). En concreto, el tipo es el punto de vista jurídico de la realidad, un punto de vista funcional que debe servir de respuesta a la pregunta “para qué” (wofür). En consecuencia, los tipos sólo pueden ser comprendidos en relación con su función. Este enfoque funcional ilumina la calidad hermenéutica del supuesto de hecho (Tatbestand) y su relación con el tipo y la tipicidad. A partir de la comprensión del supuesto de hecho como tipo Hassemer examina la relación entre el ser y el deber ser y refina la doctrina del círculo hermenéutico, proponiendo su reemplazo por la figura de la espiral (Spirale) hermenéutica: no se trata de un ir y venir de la mirada (ein Hin- und Herwandern des Blickes) entre la premisa mayor y el hecho de la realidad\(^{43}\), sino de varios (mehrere). De este modo propone una perspectiva diferente de la interpretación jurídico-penal, ampliable al proceso de interpretación y determinación del Derecho. Por último, aunque sin tanto detalle, alude Hassemer al posible carácter ejemplar del tipo (exemplarischer Charakter) y su función como ejemplo (Beispiel), dejando abiertas nuevas posibilidades de desarrollo hermenéutico del tipo en la ciencia jurídica.

4.6. Otras contribuciones jurídicas sobre el tipo

Junto a estas cinco aportaciones principales existe un número significativo de contribuciones menos desarrolladas o parciales sobre el tipo. Es el caso del

---


mencionado Felix Kaufmann y su paradójica propuesta de un tipo conceptualizado (\textit{begrifflicher Typus}) como parte de su método de formación de tipos (\textit{Typenbildung})\textsuperscript{44}. Más coherentes son la temprana reflexión de base jurisprudencial de Theodor Maunz sobre la doctrina del tipo en el Derecho tributario\textsuperscript{45}, la concepción del tipo normal (\textit{Normaltypus}) como tipo jurídico de Wilhelm Sauer\textsuperscript{46} y el análisis de la tipología (\textit{Typologie}) en la praxis jurídica del Derecho de sociedades de Walter Ott\textsuperscript{47}. Asimismo, merece ser incluida la tipificación de los rasgos jurídicamente significativos (\textit{Typisierung der rechtlichen bedeutsamen Merkmale}) en el proceso de configuración de los hechos debida a Joachim Hruschka, influída por Karl Engisch y, en menor medida, por Karl Larenz y Arthur Kaufmann\textsuperscript{48}.

La reflexión sobre la aplicación del tipo de Reinhold Zippelius\textsuperscript{49}, la relación entre el tipo y la individualidad en el Derecho estudiada por Heinrich Henkel\textsuperscript{50}, la conexión entre los tipos y los conceptos comparativos analizada por Ingeborg Puppe\textsuperscript{51}, apoyada en la previa concepción del tipo como concepto comparativo (\textit{komparativer Begriff}) de Gerhard Otte\textsuperscript{52}, son otras contribuciones destacadas. Un

\textsuperscript{44} Cfr. Felix Kaufmann, \textit{Die Kriterien des Rechts}, op. cit.


grupo más homogéneo está formado por los manuales de metodología jurídica, que analizan sobre todo la doctrina de Larenz, y en menor medida las de Karl Engisch y Winfried Hassemer: Franz Bydlinski\textsuperscript{53}, Hans-Martin Pawlowski\textsuperscript{54} y, adoptando una perspectiva netamente crítica, Hans-Joachim Koch y Helmut Rüßmann\textsuperscript{55}. Un caso relativamente diferente es el de Friedrich Müller, quien amplía en su manual algunos estudios previos sobre el tipo, próximos a la doctrina de Arthur Kaufmann\textsuperscript{56}.

Por último, es necesario referirse a los estudios detallados sobre las teorías del tipo, que podrían dividirse en dos grupos. En primer lugar, aquellos que pretenden desarrollar o ampliar las aportaciones precedentes: es el caso de Detlef Leenen\textsuperscript{57}, que introduce claridad y orden en las características del tipo a partir de la teoría de su maestro, Karl Larenz –quien incorporará estas aportaciones a su propia teoría–, o el análisis de la relación entre el tipo y el estándar debida a Karl-Heinz Strache\textsuperscript{58}. En segundo lugar, los análisis monográficos sobre la doctrina del tipo de Karl Larenz, con vocación descriptiva y crítica, cuyos mejores ejemplos son Monika Frommel\textsuperscript{59} y Josef Kokert\textsuperscript{60}, y otros netamente


\textsuperscript{57} Cfr. Detlef Leenen, Typus und Rechtsfindung, op. cit.

\textsuperscript{58} Cfr. Karl-Heinz Strache, Das Denken in Standards, op. cit.

\textsuperscript{59} Cfr. Monika Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach (am Main), Rolf Gremer, 1981.

\textsuperscript{60} Cfr. Josef Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, op. cit.
críticos con la doctrina del tipo y su empleo en la ciencia jurídica, entre los que destaca sobremanera Lothar Kuhlen61.
