

## América en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario

Por FRANCISCO PUY  
Santiago de Compostela

El tópico América aparece en la conciencia gallega actual con la doblez propia de todos los tópicos. Es decir, revestido de valor positivo o de valor negativo, según situaciones, contextos e intereses personales y colectivos de grupos menores. Un intento de sistematización de las diversas apariciones puede ser interesante para obtener el color predominante del tópico en el universo convenido del pueblo gallego al final del siglo XX. ¿Qué significa América<sup>1</sup> en Galicia en las vísperas de la conmemoración del V Centenario de su Descubrimiento, Conquista y Colonización? Paso, entonces a hacer un muestreo de los dos aspectos del tópico recién aludidos, agrupando en el capítulo negativo solamente las valoraciones netas y juntando en el positivo las claramente favorables y las más tibias o ambiguas.

### 1. IMAGENES POSITIVAS

La clase política gallega ha mostrado en líneas generales una actitud cooperativa y positiva respecto a América con ocasión del Centenario. Pero, ciertamente, no optimista, ni alegre, ni animosa; sino más bien sosegada y calculada. De hecho, los diputados de la oposición<sup>2</sup> se han interesado más por las cifras de los posibles gastos previstos para la conmemoración, que

---

1. Donde digo América quiero decir Latinoamérica, por referencia global imprecisa al continente y a su parte colonial hispana; o sea, a esa nueva parte del planeta a la que primero se llamó el Nuevo Mundo y las Indias Occidentales o simplemente las Indias; luego América y las Américas; y después Hispanoamérica, Iberoamérica y Latinoamérica (ROCA-MARTINEZ 1987: 75).

2. Con la excepción de Rodríguez Pardo a que aludo en seguida.

por la razón de ser de las actividades que los provocaban. Lo ilustro con algunas referencias, comenzando por la meritada excepción.

El abogado y parlamentario gallego José Luis Rodríguez Pardo solicita el 12.03.1990, con rebuscada moderación expresiva, "la creación de una Comisión de Estudios que elabore un informe sobre la aportación gallega al hecho del descubrimiento de América", porque según él "resulta indudable que el acontecimiento de referencia, la celebración y participación de Galicia en el V Centenario, impone una actividad y una presencia institucional"; por lo que es necesario "elaborar estudios y programar actos en Galicia... dirigidos a la potenciación y a la presencia de Galicia en las conmemoraciones y en la celebración del V Centenario del descubrimiento de América" (RODRIGUEZ-PARDO 1990: 348-90<sup>3</sup>). Son dignas de notar en este texto, nada triunfalista, expresiones como "acontecimiento", "conmemoración" o "celebración". Pero otros parlamentarios, como Carlos Alberto González Príncipe o Santos Oujo Bello, son más parcios<sup>4</sup>.

El gobierno gallego, en general, es más cálido que la oposición en la valoración positiva de América y de la celebración. Así puede comprobarse leyendo el discurso de toma de posesión del Director General Comisionado del V Centenario del Descubrimiento de América<sup>5</sup>, pronunciado en el Palacio de Rajoy por su titular Daniel Varela Suances-Carpegna el 7.09.1990<sup>6</sup>. Y más cálido aún fue el tono de la respuesta al mismo del Prof. Fraga Iribarne. En ella, el Presidente hizo un inspirado canto al Descubrimiento, rechazando de plano la tesis del genocidio indígena, que atribuyó más bien a otros colonizadores europeos y a los gobernantes autóctonos que se sucedieron, tras la emancipación, desde el comienzo del siglo XIX hasta nuestros días<sup>7</sup>. En todo caso él ha repetido varias veces en público sus

---

3. El pleno del Parlamento rechaza la "propuesta de creación de tal comisión no permanente especial no legislativa" el 2.05.1990 (BOPG de 10.05.1990, p. 425). Pero esta negativa tiene más que ver con el juego parlamentario formal gobierno-oposición que con el tema de fondo. No debe interpretarse como una devaluación de la imagen de América, ni del centenario.

4. Carlos Alberto González Príncipe sólo habla de "conmemorar el V Centenario" en una interpelación al gobierno gallego de 10.10.1990 (GONZALEZ-PRINCIPE 1990: 1453). Y Santos Oujo Bello, en otra interpelación al gobierno sobre "el pabellón de Galicia en la Exposición de Sevilla de 1992 (Expo-92)" (*sic*), ni siquiera nombra las palabras "América", "Descubrimiento" o "Centenario" (OUJO-BELLO 1990: 1475 s.)

5. Este cargo fue creado por Decreto 353/1990 de 28-06, DOG de 6.07.1990.

6. Cuyo discurso escuché personalmente y he podido tener por cortesía del autor. Resúmenes del mismo, en la prensa gallega del día siguiente.

7. Cfr. FRAGA-IRIBARNE 1990: 55. Es muy posible que en el Presidente Fraga pese mucho su condición de hijo de emigrantes -gallego y vasca- a Cuba, en donde pasó algunos años de la primera niñez.

críticas contra todo el que “pretenda que España se avergüence de lo que se llamó el hecho más grande de la historia, tras crearse el mundo”<sup>8</sup>.

Pero entonación aparte, y yendo al fondo del asunto, es cierto que una parte de la intelectualidad gallega ha respondido a los ataques a la gesta española en Indias, provenientes de los no escasos representantes, europeos y americanos, de una reprimada leyenda negra antihispana que se está transformando en leyenda negra antiindoeuropea en labios de los representantes de las culturas tercermundistas latinoamericanas.

Figura a la cabeza de esta esforzada falange de defensores de lo nuestro, con razón o sin ella, el Premio Nóbel Camilo José Cela. Este, en efecto, ha dicho repetidamente que “España no tiene por qué andar pidiendo disculpas por el Descubrimiento”, ni “tiene por qué gastar un dineral haciendo el ridículo victimándose por la conquista”. Unas declaraciones suyas sobre el tema, de 28.08.1990, en El Escorial, saltaron a los titulares del día siguiente en toda la prensa nacional e internacional, provocando abundantes comentarios de todos los colores<sup>9</sup>. Y lo mismo se ha repetido después a raíz de otras declaraciones suyas, en París, de 8.10.1990<sup>10</sup>. Ultimamente -y esta vez ya en un artículo de su autoría- ha repetido que le “espanta la idea de que en el V Centenario, además de hacer el ridículo, nos gastemos un dineral en pedir perdón” (CELA 1991: 4).

Otras manifestaciones notables sobre el tópico han sido las del intelectual gallego y Arzobispo de Sevilla Carlos Amigo Vallejo. Este, en efecto, en una conferencia sobre “La Iglesia ante la problemática americana: tradición, realidades y perspectivas”, pronunciada el día 17.08.1990 en el Curso de Verano “Por los caminos de América”, de la Universidad Complutense, denunció los “malabarismos semánticos” y la “actitud avergonzada de algunos”; defendió que “la vergüenza ante el V Centenario” es producto de la ignorancia y el desconocimiento de los hechos; y recomendó la crítica histórica auténtica como camino único conducente a la comprensión<sup>11</sup>. Al día siguiente, o sea, el 18.08.1990, el propio Dr. Amigo Vallejo intervenía

---

8. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1991.03.3, 3. Un tono igualmente animoso puede hallarse en las respuestas escritas a las dos interpelaciones antes mencionadas, dadas el 18.02.1991 por el Consejero de Relaciones Institucionales, abogado Víctor Vázquez Portomeñe (VAZQUEZ-PORTOMEÑE 1991: 2734-2735). En ellas se habla de “celebración en Galicia del V Centenario”; de “importante e indiscutible protagonismo de Galicia en el conocimiento europeo del descubrimiento de América”; de promoción del evento”; y de “un título histórico en Galicia indiscutible e indiscutido”.

9. Así p.e. ALVAREZ 1990: 2.

10. Cfr. QUIÑONERO 1990: 59.

11. Cfr. prensa nacional, especialmente madrileña y gallega, del día 18.08.1990.

sobre el mismo tema en el Monte del Gozo de Santiago de Compostela, en el acto de clausura del *Encuentro Conmemorativo de la IV Jornada Mundial de la Juventud*. Allí y delante de una multitud de jóvenes de todo el mundo -muchos de ellos también americanos- volvió a rechazar una celebración "acomplejada de la colonización de América" por parte de la Iglesia, o de España, o de la Iglesia Española, porque -según él- la historia crítica demuestra que "lo que hubo de positivo en la colonización fue infinitamente superior a lo que hubo de negativo" (AMIGO-VALLEJO 1990: 19).

También merece recordatorio la amplia campaña en favor de la celebración del centenario americanista mantenida en solitario desde el diario compostelano *El Correo Gallego* por el escritor Avelino Abuí de Tembrea. Este ha recogido -en su conocido cesto cáustico denominado *Ventos ábregos*- "las pintorescas tesis que condenan a los conquistadores por un delito de genocidio". Y las ha contestado agudamente. Lo primero, arguyendo que se trata "de un anatema insoportable" y, además, "peregrino en labios de algunos íncolas que se consideran historiadores, sociólogos, filósofos, humanistas o investigadores"... lo que está por ver. Y añadiendo, lo segundo, que se trata de una "acusación enormemente grave" e inaplicable "al protagonismo anacrónico de Galicia en América" en forma de emigración; por lo cual "la resolución de genocidas aplicada a la emigración gallega, más que un dictamen, parece un agravio y es, en el fondo, una lindeza inverecunda" (ABUIN DE TEMBREA 1990: 54).

Otro escritor que ha defendido la epopeya hispano-americana entre nosotros ha sido Fernando Amenedo Vilas (AMENEDO-VILLAS 1990: 3), el cual ha replicado a la acusación central, que es la del *genocidio biológico y cultural*, en ambos aspectos. En cuanto al presunto *genocidio biológico*, debido a la guerra y a las inmunodeficiencias indígenas: que éste último no fue un fenómeno previsto voluntariamente; y que lo primero ya existía antes<sup>12</sup>. Y en cuanto al *genocidio cultural*, que lo que se produjo fue una auténtica transculturación, que elevó al Renacimiento a unos pueblos que vivían en el Neolítico<sup>13</sup>.

Importante aportación a la aclaración del tema del genocidio ha realizado también el *Club Nacionalista Alén Nós*, el cual celebró una importante

---

12. Los españoles se encontraron inmersos en una dinámica bélica que ellos no provocaron ni podían tampoco impedir de otra forma que como lo hicieron: combatiendo a favor de algunos de los bandos enfrentados y ganando...

13. Y que puso los medios necesarios para afirmar la dignidad del ser humano contra unas costumbres que incluían tratos tan crueles, inhumanos y degradantes, como lo son los sacrificios humanos.



sesión de trabajo con la dirigente india mixkito Mirna Cunnighan, de Nicaragua, y con la dirigente amazónica Luzmila Chiricente, de Perú, en la que entre otras se llegó a la conclusión de que "los nacientes estados americanos, controlados por criollos, inmigrantes y, en ciertos casos aislados, por mestizos, ignoraron, explotaron o exterminaron al indígena de manera mucho más brutal que en tiempos de la colonia" (ALEN-NOS 1991: 39)<sup>14</sup>.

La actitud favorable a América y al Centenario es globalmente asumida por los medios de difusión<sup>15</sup>. Y muy especialmente por la *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, que ha publicado siete volúmenes desde 1989 hasta la fecha. La filosofía de la misma se resumía por su director, el Prof. Antonio Eiras Roel, diciendo que nacía "con la voluntad de servir de enlace en las relaciones entre Galicia y América" sin limitarse "a quedar reducida al simple recordatorio de una conmemoración" (EIRAS-ROEL 1989: 13). ¿Razones? Porque "América es para los gallegos el fruto tardío de su presencia en la historia y de esta misma circunstancia hay que sacar provecho, pues ella hace que la América de hoy esté biológica y humanamente impregnada de sangre gallega" (EIRAS-ROEL 1989: 17). Y porque -como "América es nuestro gran potencial cultural y económico, que ya no reposa en la emisión masiva de hombres, sino de iniciativas empresariales y culturales" (EIRAS-ROEL 1989: 18)- "cabe en todo caso y es obligado tender, desde este V Centenario, un nuevo puente entre la América galleguizada de hoy y la gran Galicia americana del año 2000" (EIRAS-ROEL 1989: 19).

Ahora bien, reconocida la existencia de esa opinión, se constata que aunque se defiende con ardor el pasado, no se pone demasiado calor en el

---

14. Quizá les faltó añadir que las minorías españolas de inmigrantes, y en especial las gallegas, fueron igualmente explotadas y diezmadas por la rapacidad de los regímenes, liberales o autoritarios, instalados tras la revolución contra el gobierno colonial. Pero sobre eso volveremos después, al analizar la cara variólica del asunto.

15. Así puede verse en sueltos como el que da un "polvorazo", o sea un tiro metafórico, a "los *anti-quinto-centenario*, que no paran de incordiar con historias peregrinas para deslucir la gran fiesta de hispanos y sudamericanos, prevista para el acontecimiento del 92, magnificando los errores del pasado en lugar de prepararse para el hermanamiento y la colaboración institucional del futuro" (Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1990.09.20, 56.). Pero también en artículos ligeros firmados. Así p.e. en el ensayo "Una de niños" de José López Martínez, un interlocutor pregunta: "¿No decía usted que eso del Descubrimiento de América había sido la mayor hazaña de la historia moderna? Pues, según se dice, lo que allí hicimos no fue otra cosa que robar hasta las gallinas". A lo que responde el autor: "Estas cosas pasan siempre que se acerca un gran acontecimiento, como es el V Centenario. Las Organizaciones de cualquier tipo procuran hacerse publicidad. Reclaman una compensación económica por la opresión sufrida y por la pérdida de su identidad étnica, según dicen: pero olvidan otras cosas" ... (LOPEZ MARTINEZ 1990: 3).

presente de la celebración; ni, menos aún, en el futuro de la cooperación. Es difícil, por ello, encontrar manifestaciones mucho más valientes que esas. O que éstas otras de Fernando Santos, cargadas con un evidentemente bajo nivel de emotividad: “El V Centenario, aunque no va a vivirse (en Galicia tan alegremente) como en otras comunidades autónomas, es un hito histórico que puede ser puente de unión con países que hace décadas acogieron a muchos gallegos emigrantes...” (SANTOS 1990: 3). Bien se ve: se trata de “un hito histórico” que, mirando al futuro “puede ser puente de unión” y ocasión para saldar, o algo así, una deuda de gratitud colectiva... “Puede”, nada más...

No es mucho. Sobre todo, si lo comparamos con pronunciamientos más antañones, como “América es el paraíso”, de Rosalía de Castro, en *El caballero de las botas azules* (pf. 6), que es de 1867; o como “América, país de los sueños de fortuna”, de Antonio Losada Diéguez, en sus *Reflexions*, que son de 1908.

Las últimas ensoñaciones de este tipo que recuerdo pertenecen a dos queridos académicos de la Gallega: Casimiro Torres Rodríguez, ya fallecido, y José Filgueira Valverde. Del primero, Torres Rodríguez, basta recordar su consigna de 1983: “América ¡allí está nuestro porvenir!”<sup>16</sup>. Y del segundo, Filgueira Valverde, basta leer sus ya clásicos cantos a la Hispanidad realizados con puntualidad el 12 de Octubre de cada año en la Diputación de Pontevedra... desde 1963 y publicados como colección con el rótulo *Día de la Hispanidad...*

## 2. IMAGENES NEGATIVAS

Junto a los posicionamientos positivos que acabamos de ver, existen otros negativos. En esta dirección hay una línea intelectual gallega que se muestra bastante reticente en su valoración de América y más aún respecto a la celebración del Centenario.

---

16. Cfr. TORRES-RODRIGUEZ 1983: 3. Como una contestación a la misma suena el broche de cierre de un trabajo sobre el tema de José Luis Roca, que dice así: “Los tiempos modifican los caracteres de los pueblos. A la decimonónica frase hegeliana *América es el continente del porvenir*, sucedió: *Nuestro porvenir está en América*. Ahora quizá pueda afirmarse: *El porvenir está en España* (para algunos)”... (ROCA-MARTINEZ 1987: 94). Pero creo yo que tampoco se trata de eso. Para los gallegos, el porvenir está aquí: en Galicia, y por eso en España y por eso en Europa... y por eso en todas partes por todo el planeta: y también - con alguna mayor especialización o interés- en Latinoamérica.

Como es natural, en Galicia se están manifestando grupúsculos análogos a los que en todas partes practican la conocida especie de masoquismo, consistente en la denostación de un pueblo español próximo y conocido, propuesta como una condición-premisa-antítesis necesaria (!) para una antitética-hipotética-presunta (descomprometida) solidarización con unos pueblos indígenas remotos y desconocidos. Organizados en llamativos leviatanes de papel como la "Comisión Gallega contra el V Centenario" o el "Colectivo de Estudiantes Anti V Centenario da Universidade de Santiago" practican la artesanía de la pintada con grafito y el deporte de la manifestación de la pancarta, repitiendo consignas del estilo de: "*Nin V Centenario, nin Hispanidade*", "*Cinco Séculos de Xenocidio*", "*Colón ¿qué fixeches? ¿por qué os descubriches?*"<sup>17</sup> "*Total solidariedade cos pobos indíxenas*" "*Fora co mal chamado V Centenario*", "*Cincocentos anos de opresión*", "*Cincocentos anos de expolio*", "*Cincocentos anos de discriminación*", "*Descubrimiento, conquista, xenocidio: desenmascarádeos*"<sup>18</sup> etc. Y, por ende, también aparecen individuos de ese mismo estilo, escribiendo, p.e. cartas a los directores de los periódicos<sup>19</sup>.

Una mezcla bastante explosiva de individualidades y grupos de denominador común marxista-leninista la constituye la organización pontevedresea *Aula Castelao de Filosofía*, que promueve las "Semanas Gallegas de Filosofía". En la *VIII Semana Gallega de Filosofía*, celebrada en Pontevedra en abril de 1991 se han utilizado todos los tópicos anti-descubrimiento y anti-hispanidad que se conocen, haciéndose hincapié en la tesis de que "la aportación de los exiliados a los países latinoamericanos debe ser vista con tristeza, teniendo en cuenta que la emigración gallega provocó una mentalidad de educación para esa emigración (de fobia a la lengua gallega) y una mentalidad colonialista (como la de discutir y reivindicar con orgullo la galleguidad de Colón)"<sup>20</sup>.

Los argumentos anticonmemorativos son variados, con todo, y no se reducen a esos dos<sup>21</sup>. El más recurrente y pegado a nuestro terreno es el que dice que Galicia no tiene qué celebrar puesto que no ha participado en la gesta americana hasta después de la independencia de la colonia. El Prof.

17. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela 1990.10.13, p. 17.

18. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1990.10.13, p. 28.

19. Ver, p.e. el texto de la carta firmada por FRL, citada en la bibliografía.

20. Cfr. *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1991.04.7, 65.

21. Así p.e. Camilo José Cela denuncia como falsa la justificación esgrimida de que el Descubrimiento y Colonización de América universalizó la cultura española, recordando que ésta "ya era universal" con anterioridad, puesto que "tenía presencia en Italia, Países Bajos" y demás centros de la cultura europea (CELA 1990: 31).

Vilas Nogueira ha publicado un cuento bastante significativo a este propósito, que se puede reproducir por entero gracias a su brevedad. Dice así: "Cuentan que a un ilustre paisano -a lo mejor Valle-Inclán-, le comentaron alguna vez la escasa participación de los gallegos en el descubrimiento y conquista de América. Respondió algo así como que difícilmente las prudentes gentes de este país podían embarcarse en empresa tan disparatada, más propia para extremeños y vascos..."<sup>22</sup>.

Este argumento es bastante eficaz porque contiene una verdad a medias. La media verdad es que al principio fueron pocos gallegos a Indias. Y la otra media es que el número de colonizadores fue creciendo sin parar, hasta ser muchos después de la independencia americana. En efecto, en los primeros 25 años de conquista sólo hubo "un 2% de pobladores gallegos sumidos entre una inmensa mayoría de castellanos, andaluces y extremeños" (EIRAS-ROEL 1989: 14). Pero durante los siglos XVI y XVII la proporción y sobre todo la calidad van aumentando, constatándose la presencia de "siete virreyes, trece obispos, casi un centenar de altos funcionarios de la corona (gobernadores, tenientes de gobernador, oidores, alcaldes mayores, corregidores, oficiales de hacienda) y sobre todo docenas de misioneros" (EIRAS-ROEL 1989: 15). En el siglo XVIII se produce ya "una prefiguración" de "una emigración masiva similar a la que va a producirse en la siguiente centuria" (EIRAS-ROEL 1989: 16). Lo ocurrido desde entonces, ya es más conocido. Hoy día "se hace verosímil la deducción indirecta de un total de medio millón de emigrantes gallegos en el período 1860-1910" (EIRAS-ROEL 1989: 17).

En cualquier caso está claro -para mí- que en Galicia no se tiene simpatía por Latinoamérica. Se la tiene por los paisanos que componen las colonias gallegas en América, y por "los pueblos indígenas que nos sufrieron durante siglos" (FRL 1991: 4). Pero no por América, aunque a veces se confunde unas cosas con otra.

Probablemente es el estudio de los fenómenos migratorios la causa que más ha contribuido en nuestros días a desmitificar el viejo estereotipo de "las Indias como tierra prometida" y "paraíso en el que se proyectan todos los ideales del hombre moderno" como ha dicho José Luis Roca (ROCA-MARTINEZ 1987: 75); o como "invención de un espacio utópico de Europa", según la excelente metáfora de la escuela histórica madrileña,

---

22. Cfr. VILAS-NOGUERA 189: 28. En esa línea se mueve también el discurso, cuando se sostiene que "de las comunidades españolas que participaron en la epopeya, la gallega llevó la peor parte", ya que la emigración realizó "una completa simbiosis Galicia-América" sólo "cuatro siglos, o cinco, después" del Descubrimiento (ABUIN DE TEMBRA 1990: 54).

acogida entre nosotros en su tesis doctoral por Beatriz Fernández Herrero (FERNANDEZ-HERRERO 1988).

La impresión que arrojan todos los estudios recientes sobre el tema es que los emigrantes gallegos no han ido a América, en la época poscolonial, tanto por el factor de atracción presuntamente representado por ella, como por el factor de expulsión probablemente padecido en su propia tierra (FREIRE-ESPARIS/LOSADA-ALVAREZ 1989: 18). Da, incluso, la impresión de que los gallegos que han ido como clase dirigente a América durante el período colonial, más han ido allá por necesidades de la carrera que por ese espíritu de aventura que, al parecer, predominó en otros reinos de las Españas peninsulares e insulares. Pero, sin lugar a dudas, la experiencia inmediata de los siglos XIX y XX, que es de emigración, es la que más condiciona la actitud actual de Galicia para con Latinoamérica.

Tengo para mí que una de las causas que más provoca el desprecio gallego hacia América es la reciprocidad ante la percepción del desprecio latinoamericano hacia Galicia y lo gallego. Colacionaré como muestra de esta reacción un reciente artículo del novelista y ensayista Xavier Alcalá. Protesta él -"con toda la impertinencia de que soy capaz", dice<sup>23</sup>- contra la marginación a que los argentinos someten hoy día a los gallegos. Denuncia que el gallego es allí solamente un ridículo "personaje de sainete porteño y nunca conquistador, ni aventurero, ni pionero, ni mataindios, ni explorador, ni navegante, ni colonizador, ni siquiera valiente empresario"<sup>24</sup>. Alcalá añade que cuando un argentino encuentra un gallego ilustre en su vecindad o en su ascendencia, normalmente silencia el hecho de su origen gallego<sup>25</sup>. Mientras que, otras veces, lo hace pasar por español en general o por vasco en particular<sup>26</sup>. Xavier Alcalá, finalmente, ironiza por lo fino, recordándole a esos soberbios argentinos, que de esa por ellos despreciada

---

23. Apoyándose en su experiencia personal y en documentación de especialistas americanos (como Adolfo Lozano o Félix Luna) y gallegos (como Antonio Pérez Prado) (ALCALA 1991: 42).

24. A los ojos argentinos, dice, aparecen "discriminados y escarnecidos por los humoristas porteños" siempre los mismos: "los rusos, los turcos, los *tanos* o *gitanos* y los *gayegos* o *gaitas*". Todos ellos entran en el mismo estereotipo de "sucios, amarretes, corajudos a ratos, pero brutos y siempre tontos, aunque hábiles en el menudeo y la malicia" (ALCALA 1991: 42).

25. Así se opera con los Dorrego, Saavedra, Ribadavia y otros grandes apellidos de la historia argentina.

26. Así ocurre con una legión de gallegos ilustres, historiados para el caso argentino con meticulosidad por Alberto Vilanova Rodríguez en las mil quinientas páginas de su obra *Los gallegos en la Argentina*, entre los cuales recuerda Alcalá a algunos como el orensano Ramón Santamarina, colonizador de los desiertos del sur; el vignés Rafael Valeiro, colonizador de parte de la cordillera andina; el noyés Vilaríño, explorador del Río Negro; el ferrolano Soto, líder sindical en la Patagonia, etc. (ALCALA 1991: 42).

“masa harapienta” de “gallegos” proceden “ocho millones de descendientes argentinos”, nada menos.

La misma significación peyorativa de la palabra “gallego” en América será siempre inevitablemente recordada entre nosotros. Como certifica el *Diccionario de Americanismos* de Marcos Augusto Morinigo, “Gallego” es (1ª acepción) “nombre genérico que se da a los españoles incultos” y también (2ª acepción) “servidor español” (MORINIGO 1966: 275).

Todo eso tiene fondo porque no es cosa reciente sino de antiguo, como demuestran los más próximos estudios sobre la migración gallega a Latinoamérica. Según José C. Moya, “durante la guerra de la independencia y décadas siguientes la situación del país (Argentina) no era nada propicia a la inmigración y, naturalmente, lo era aún menos para los españoles. El rencor contra ellos se encontraba en su cénit: asociaciones de más de tres españoles fueron prohibidas; sus propiedades confiscadas; se les prohibió casarse con argentinas y muchos fueron encarcelados o fusilados. La entrada de buques españoles fue prohibida hasta finales de los 1830” (MOYA 1987: 154). No hay siquiera que recordar que todas esas vejaciones se repitieron en 1898 en Cuba y Puerto Rico (NARANJO-OROVIO 1987: 233), corregidas y aumentadas por la actitud vengativa del nuevo gobierno colonial yanqui, vencedor de una guerra en que los españoles y España eran el chivo expiatorio.

Algunos años después de alcanzada la secesión de la corona de las Españas, la necesidad de mano de obra obligó a los respectivos gobiernos criollos Latinoamericanos a reclamar inmigrantes europeos y también españoles y gallegos... para explotarlos sin piedad. Las “buenas intenciones oficiales -dice Carlos Zubillaga- se vieron burladas por la acción privada, que hizo de la inmigración un lucrativo negocio. Los agentes y empresarios se enriquecieron a costa de la especulación sobre las tierras públicas destinadas a la colonización, el adelanto de los pasajes, los subsidios estatales, etc. A la vez que los inmigrantes veían negados en los hechos los recursos y ayudas estampados en los incitantes avisos que cónsules y agentes encargados de la propaganda en Europa, hacían circular por villas y aldeas. Formas de esclavitud apenas disimuladas sustituían, en la cruda realidad que debía enfrentar el inmigrante, a las dulzuras de una tierra de promisión que le habían hecho romper el vínculo con el país natal”<sup>27</sup>.

---

27. Cfr. ZUBILLAGA 1987: 198. Este mismo investigador reproduce la siguiente lamentación publicada hace un siglo por los gallegos de Montevideo, en su revista *El Tipógrafo* (del día 16.04.1888): “¿Para qué se necesitan inmigrantes si los pocos que tenemos aquí vivimos en la miseria por falta de trabajo y por la escasa remuneración de él? ¿Para que se

Esta es la realidad que borró muy pronto todo vestigio de una cara amable de Latinoamérica en Galicia. Es decir la pintada por aquellos factores de “difícil ponderación pero de indudable gravitación en la alimentación del flujo migratorio gallego hacia América”, como fueron: “los incentivos (las ilusiones, las expectativas) que implicaba *la conducta del retornante (indiano)* dadivoso y ostentador; la *propaganda consular* y de los agentes privados de los países receptores; la creencia en la facilidad de *hacer fortuna en países nuevos* (es decir, carentes de aristocracias consolidadas y de privilegios consagrados); y (a medida que el proceso avanzó) la existencia de *colonias* de paisanos que operaban como ámbitos de protección y de mediación en la experiencia de la incorporación” (ZUBILLAGA 1987: 197).

### 3. EVALUACION GLOBAL

¿Existe una posibilidad de síntesis entre las dos caras del tópico que acabamos de pergeñar? Yo, que soy más partidario de la dialéctica abierta -a lo Heráclito o Vico que de la dialéctica cerrada -a lo Hegel o Marx- pienso que no hay síntesis que valga en este asunto. Pero también creo que eso no impide que se puedan destacar los aspectos del tópico que tienen hoy por hoy más fuerza tópica; o sea, que se vislumbran como más universalmente compartidos... o en camino de serlo a plazo inmediato. Entre tales aspectos figuran los siguientes.

1º *Sobre los hechos del pasado*. En primer lugar hay que decir que estamos comenzando a conocer mejor la auténtica realidad de la relación existente entre América y Galicia, superando muchas visiones fragmentarias. El estado de la cuestión se puede resumir así.

La presencia gallega en América es permanente a lo largo de los quinientos años (JUANA/FERNANDEZ 1987: 52). La negación de una presencia gallega en América en los siglos XVI a XVIII es una falsedad histórica. Lo que sí es verdad es que el trasvase de los gallegos a América ha seguido una curva oscilante, pero creciente, que ha culminado en la primera mitad del siglo XX. De modo que en los siglos XVI y XVII es pequeña y en su mayoría está formada por dirigentes, especialmente clérigos y letrados (MOYA 1987: 141-2); es algo mayor en el siglo XVIII, siglo en que se incrementa el número de los altos dirigentes y comienzan los comerciantes; y, tras una interrupción breve pero profunda durante la

---

mueran de hambre los infelices que abandonen la madre patria y el hogar en busca de una vida más holgada y de porvenir” (ZUBILLAGA 1987: 200).



primera y la última etapa de la guerra de independencia colonial, se incrementa sin cesar en los siglos XIX y primera mitad del XX. En el último tercio de éste, casi desaparece, permaneciendo con carácter residual<sup>28</sup>.

La época en que prácticamente sólo van emigrantes corresponde a los siglos XIX y XX. Algunos de ellos se incrustan en las clases dominantes: bien asumiendo papeles de riesgo en las guerras civiles<sup>29</sup>; bien luchando decididamente en el mundo empresarial agrícola-ganadero; especialmente, ocupando y colonizando espacios vacíos despreciados por la clase criolla a causa de las enormes dificultades que tal ocupación comportaba. En consecuencia los tópicos que hablan de una representación gallega en América compuesta por un conjunto emigrante exclusivamente suburbano es inexacto e inducente a un gran error de interpretación histórica.

2º *Sobre la actual imagen gallega de América* fue hasta un pasado bien reciente predominantemente positiva y optimista. Cuando se celebró el sexquicentenario, en 1942, el Prof. Legaz Lacambra, rector de la Universidad de Santiago, organizó una serie de conferencias conmemorativas y editó un libro conteniendo el texto de ellas, que él mismo presentó con estas palabras: "El descubrimiento de América constituye el acontecimiento de mayor magnitud y más hondas dimensiones de la historia de España" (LEGAZ-LACAMBA 1943: 3). Esa era entonces la idea general<sup>30</sup>. Esto ha pasado a la historia, aunque no ha mucho tuvo fuerza para apasionar<sup>31</sup>. Hoy, que hemos realizado ya la opción por Europa, como espacio político propio nuestro, y que incluso la emigración se ha reconvertido al europeísmo (HERNANDEZ-BORGE 1987: 104), aquello no tiene ya más sentido.

---

28. Según los especialistas Juana y Fernando, "en conjunto, entre 1885 y 1970, teniendo presente la laguna de 1896-1910, salieron de Galicia con destino a América un total de 1.346.667 emigrantes, lo cual supone el 41% del total de españoles emigrados a Ultramar en esos años... Los países preferidos por los gallegos en América desde finales del siglo XIX experimentaron variaciones en el tiempo. Hasta los años 30 de nuestro siglo los países que atrajeron a mayor número de gallegos fueron, por este orden: Argentina, Cuba, Brasil y en menos escala, Uruguay y Puerto Rico. Desde 1946 predominaron Argentina y Venezuela y, menos, Brasil. Respecto a Cuba, la revolución castrista prácticamente cortó la llegada de emigrantes a ese país" (JUANA/FERNANDEZ 1987: 57).

29. En las independentistas nacionales, libradas entre hispanoamericanos, y en las posteriores, internacionales pero también civiles, libradas entre latinoamericanos. Cfr. PALOMBO 1989: 97.

30. Muchos gallegos próceres, como p.e. Rafael Dieste, defendieron "un galleguismo incardinado en la aventura americana de España y proyectado en su universalidad en la utopía de una gran confederación hispanoamericana" (DOURADO-DEIRA 1990: 63).

31. Según recordaba recientemente M. Dourado Deira en las páginas de *El Correo Gallego*, el poeta Manuel María, p.e., llegó a denostar a Dieste, sólo por eso, de "apóstata e españolista" (DOURADO-DEIRA 1990: 63).

Por otra parte, los factores de atracción americana de carácter artificial que se dieron en la primera mitad de nuestro siglo han desaparecido. Ya no hay allí bienestar económico y social. Ya no hay tampoco necesidad de mano de obra barata. Ya no se ofrecen tierras en donación dotadas con aperos de labranza y ganadería (MOYA 1987: 150); ni hay gages de pasajes gratuitos en los buques o desde los puertos a las zonas del interior (VAZQUEZ-GONZALEZ 1987: 127). En suma, ya no hay emigración gallega apreciable a Latinoamérica. Por lo tanto, las colonias en América de emigrados gallegos son, por su propia naturaleza, una especie a extinguir, aunque esto último no se percibe aún con la suficiente nitidez. La razón fundamental que explica ese futuro es que la emigración ha constituido un fenómeno de la modernidad y que está agonizando con ella. Es que los gallegos y demás españoles no han emigrado sólo porque fueran expulsados de aquí en vista de lo poco que aquí se les ofrecía; ni sólo porque fueran atraídos por lo mucho que allí se les prometía. Ambas cosas son epifenómenos de un fenómeno mucho más profundo y universal.

En efecto, la emigración gallega es una parcela de una emigración española, europea y universal que ha tenido lugar desde el siglo XVI al XX sencillamente obedeciendo a una ley macroestructural planetaria, que fue la expansión de un nuevo sistema-mundo de relación económico-social configurada a través de cinco revoluciones simultáneas: la demográfica, la liberal, la agrícola, la industrial y la de los transportes. La focalización por Latinoamérica de España, en general, y de Galicia, en particular, se debió al epifenómeno microsocial constituido por las cadenas de llamada formadas por conterráneos previamente arribados a la otra orilla<sup>32</sup>. En la actualidad, la expansión del sistema capitalista mundial se ha agotado. La revolución macroestructural está en extinción. Y lo único que sigue existiendo es el canal microestructural en situación de cadena adormecida. Pero ¿hasta cuándo funcionará retroalimentando colonias gallegas en América?<sup>33</sup>.

---

32. Como dice José C. Moya, "para que la emigración dejara de ser un fenómeno potencial y se convirtiera en una realidad, las cinco revoluciones macroestructurales tuvieron que encontrarse con una revolución microsocial: la diseminación de información popular. En una época sin correo aéreo, radio, televisión, teléfono, telex ni fax, la información sobre oportunidades en ultramar fue diseminada por redes primarias de millones de hombres y mujeres humildes: cartas de tíos, relatos de paisanos, cuentos de indios etc... Los emigrantes podrían estar actuando dentro de un marco macroestructural (la expansión del sistema capitalista mundial) del que probablemente no tuvieron conciencia plena: pero en el proceso también hicieron historia" (MOYA 1987: 162).

33. De hecho, está empezando a funcionar al revés, pues hoy día lo que hay es inmigrantes latinoamericanos en España.

Ahora bien, por lo que se refiere a la parte del asunto que ahora estudiamos y según todos los indicios, una coyuntura semejante a la concluida en los años 60 de este siglo no se va a reproducir en adelante, hasta donde alcanza la vista. Sin realimentación permanente, las colonias gallegas de América desaparecerán. Pero desaparecidas tales colonias, con su propia capacidad de atracción de querencias, los gallegos mirarán a América aproximadamente con el mismo fervor con que observan hoy los romanos a sus antiguas colonias cartaginesas o macedonias. Con ninguno.

3° *Sobre la cooperación en el futuro.* Una tercera conclusión que cabe extraer se basa en la percepción de que las dos imágenes contrapuestas de la leyenda rosa/blanca y de la leyenda negra/oscura están obsoletas y deben sustituirse por una imagen más crítica, comprensiva y dinámica<sup>34</sup>.

Según todos los indicios, aquí en Galicia, igual que en el resto de España, para sobrepasar la eterna oscilación entre ambas posiciones encontradas, infructíferas y privadas de porvenir, se está llegando a una *Aufhebung*, según la cual los cinco siglos se condenan y salvan históricamente a la vez. Se condenan por lo que arrastran de violencia gratuita y de etapa colonialista discriminadora. Y se salvan por la simultánea concienciación de los derechos humanos que esos mismos hechos provocaron. Se retorna así a ciertas figuras-mito representativas, encarnadas en algunos santos, beatificados y no beatificados -como el franciscano Junípero Serra-; y de algunos defensores de los hombres y los pueblos -como los dominicos Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria- (QUINTANS-SUAREZ 1990: 43).

Estos últimos son por unas y otras razones (venturosas en todo caso) muy conocidos. No me detendré en ellos. Sí en cambio me voy a permitir una brevísima detención en los santos. Ya que tanto se proclama la condición de truhanes, ladrones, sinvergüenzas etc. en los conquistadores y colonizadores, bueno será testificar que también enviaron las Españas a las Américas algunos españoles y gallegos santos. Así es que recordemos a algunos de ellos. P.e. a Santo Toribio de Mogrovejo (1538-1606)<sup>35</sup>, cuyo "gran amor fueron los indios y los negros" por los que "padeció persecución y bien recia" (ECHEVERRIA 1966: 2/187). O bien a San Pedro Claver

34. Son mayoritariamente compartidas de hecho las actitudes superadoras, como la sostenida por Fernando Amenedo Vilas, rechazando simultáneamente "una versión edulcorada y triunfalista de la aventura americana", o sea, "una leyenda rosa que difumina la realidad"; y "una perspectiva meaculpista en la que renace el mito del buen salvaje enfrentado al hostil conquistador, de leyenda negra" (AMENEDO VILAS 1990: 3).

35. Leonés y estudiante en Santiago con "victor" conmemorativo en los muros de mi Facultad de Derecho.

(1580-1654), el catalán que en Cartagena de Indias pasó muchos años limpiando con sus labios las llagas de los negros leprosos, a quienes les llamaba “señores esclavos” (VALTIERRA 1966: 3/613). O bien al beato Sebastián de Aparicio. Me detengo un minuto en él, que para eso era gallego.

Sebastián Aparicio do Prado (1502-1600) nace en A Gudiña, obispado y provincia de Ourense. Hasta los 20 años se dedica a la agricultura y el pastoreo en su tierra. En 1522 coge la ruta de Sevilla y marcha, ganando por el camino el pasaje para América. En 1533, Sebastián Aparicio tiene 31 años cuando llega a Veracruz. Se va a Puebla de los Angeles que está fundándose. Amansa unos toros bravos, construye unos carros y rotura unas tierras. En nueve años convierte una *manigua* en un *valparaíso* y se enriquece. En 1542, Sebastián Aparicio lo deja todo a los indios nativos y, con unos pocos carros y algunos de ellos que le siguen, se dedica al transporte entre Puebla, Zacatecas y México. Construye por encargo de la Real Audiencia carreteras y puentes, multiplica los carros y los ganados, y se enriquece por segunda vez, haciendo ricos a cientos de indios, incluso los antropófagos chichimecas. En 1560, a los 58 años, lo vuelve a regalar todo a los nativos y retorna a la labranza en Chapultepec. De nuevo convierte la tierra brava en tierra cultivada, organizando escuelas de agricultura y campos de experimentación agrícola. Se enriquece por tercera vez y más que antes. Es multimillonario y nadie carece de nada a su alrededor. A los 64 años, en 1566, padece, a lo largo de un lustro, tres graves enfermedades sucesivas. Piensa que es hora de prepararse para morir. Regala por última vez todo lo que tiene a los indios y toma el hábito franciscano. Como no mure hasta los 98 años, el de gracia de 1600 redondo, dispone de casi treinta años más de vida, que él dedica al trabajo cotidiano bajo el sol y la lluvia... ¡y a realizar milagros a diario, especialmente curando animales o niños enfermos, como un *Poverello* redivivo!<sup>36</sup>.

Es un caso. Pero es el que los gallegos de 1992 queremos recordar, como santo y seña de la nueva relación Galicia-Latinoamérica para el siglo XXI, porque hay miles más. Miles de gallegos hubo que dejaron su vida hecha girones por la mejora de la calidad de vida terrenal y por la salvación eterna de los indios americanos. Cesáreo Gil, Aureliano Pardo, Manuel Rodríguez Pazos, Lino Gómez Canedo y otros varios historiadores de

---

36. En su proceso de beatificación, concluido en 1789, se testificaron más de 800 de tales milagros. Su cuerpo incorrupto está todavía durmiendo plácidamente en una urna de cristal del Convento de San Francisco de Puebla Cfr. un reciente y emotivo recuerdo de este fantástico santo gallego en RIVAS-QUINTAS 1991: 19. Ver también GIL 1976: 99 ss. que aporta interesante bibliografía complementaria.

Galicia han dedicado miles de páginas a documentar el tema y ofrecen listas impresionantes de misioneros gallegos en América, muertos en olor de Santidad, aunque no hayan sido canónicamente beatificados.

¿Por qué vale la pena asumir a estos santos a ideal normativo para nuestro tiempo? Porque este símbolo encauza otra idea que se está abriendo paso en la conciencia gallega sobre América. Que consiste en que el pueblo gallego no consiente a sus gobiernos locales, autonómicos, nacionales o comunitarios que se siga despilfarrando dinero público en obras de caridad para Latinoamérica. Municipios, Diputaciones, Xunta, Gobierno y Comisión están para resolver los problemas de sus ciudadanos y de sus territorios, no de los ajenos. No es la administración civil el cauce de las obras de misericordia. Para hacer caridad existe la institución adecuada que es, por cierto, muy anterior al estado moderno: me refiero a la Iglesia Católica. Galicia admite la atención caritativa y humanitaria a través de la Iglesia y no a través del Estado. ¿No es eso una distinción formal, puesto que el dinero sale del mismo bolso? Sí es una cuestión formal. Pero que es trascendental. Porque el Estado recauda impuestos coactivamente y la Iglesia no recauda impuestos, sino que sólo ruega y recibe las limosnas que voluntariamente le prestan sus fieles.

Este punto de vista es, quizá, el aspecto más novedoso e importante que presenta la actual conciencia gallega relativa a Latinoamérica. La conciencia de que *nosotros no tenemos ninguna obligación jurídica para con los latinoamericanos, ni la deseamos contraer. Con nuestros emigrantes gallegos allí, sí.* Sobre ellos sí se pueden hacer inversiones y beneficencias civiles. Sobre nadie más, no. Ni el Estado Español, ni la Comunidad Europea han sido creados para hacer caridades con Latinoamérica. *El cauce adecuado para ejercer la caridad con la Latinoamérica subdesarrollada y tercermundista es la Iglesia Católica, porque ahí sólo invertiremos los que querramos hacerlo libremente.*

## BIBLIOGRAFIA CITADA

ABUIN DE TEMPRA, A., "Sentencia contra os colonizadores xenocidas" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.09.21, 54.

- ALCALA, X., "O dereito ao mito", *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.05.5, 42.
- ALLEN-NOS, C.N., "Os indíxenas americanos diante do 92" *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.01.23, 39.
- ALVAREZ, F., "Camilo José Cela y el V Centenario" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.09.3, 2.
- AMENEDO-VILAS, F., "Encuentro entre dos mundos" *El Ideal Gallego*, La Coruña, 1990.10.4, 3.
- AMIGO-VALLEJO, C., "Celebrar el V Centenario con proyección de futuro", *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.10.13, 31.
- CELA, C.J., "Me retiro" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.10.13, 31.
- CELA, C.J., "A culpa de cáseque todo", *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.02.13, 4.
- DOURADO-DEIRA, M., "Paisaxe e patriotismo en Rafael Dieste", *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.10.21, 63.
- ECHEVERRIA, L., "Santo Toribio de Mogrovejo", en ECHEVERRIA/LLORCA 1966: 2/181 ss.
- ECHEVERRIA/LLORCA, L./B., *Año Cristiano*, Madrid, BAC, 1966 (4 vols).
- EIRAS-ROEL, A., "Galicia e América dende o Quinto Centenario", *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, 1 (1989) 13 ss.
- FERNANDEZ-HERRERO, B., *La utopía de América*, Universidad de Santiago de Compostela, 1988 (ms. de tesis doctoral).
- FRAGA-IRIBARNE, M., "V Centenario do Descubrimiento de América" *El Correo Gallego*, Santiago, 1990.09.8, 55.
- FREIRE-ESPARIS/LOSADA-ALVAREZ, M.P./A.F., "Aproximación al estudio de la emigración en el pensamiento gallego (1880-1920)", *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, 2 (1989) 13 ss.
- FRL, "El mágico 92, etnocentrismo a la española" *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.01.29, 4. (Se trata de una carta al director firmada con esa sigla).
- GIL, C., *Santos Gallegos*, Santiago, Porto, 1976.
- GONZALEZ-PRINCIPE, C.A., "Pregunta con resposta oral de 10.10.1990" *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 67 (1990.10.20) 1.453.
- HERNANDEZ-BORGE, J., "La crisis actual de la emigración", en JUANA/CASTRO 1987: 97 ss.
- JUANA/FERNANDEZ, J./M.A., "Población y emigración en la Galicia contemporánea", en JUANA/CASTRO 1987: 11 ss.
- JUANA/CASTRO, J./X. (Eds.), *V Jornadas de Historia de Galicia: Galicia y América: El Papel de la Emigración*, Deputación de Ourense, 1990.
- LEGAZ-LACAMBRA, L. (Ed.), *LD Aniversario del Descubrimiento de América*, Universidad de Santiago, 1943.
- LOPEZ-MARTINEZ, J., "Una de niños", *El Ideal Gallego*, La Coruña, 11.14.1990, p. 3.

- MORINIGO, M.A., *Direccionario de Americanismos*, Buenos Aires, Muchnik, 1966.
- MOYA, J.C., “Aspectos macroestructurales y microsociales de la emigración española a Argentina (1850-1930)”, en JUANA/CASTRO 1987: 137 ss.
- NARANJO-OROVIO, C., “El proceso inmigratorio gallego en Cuba en el siglo XX”, en JUANA/CASTRO 1987: 231 ss.
- OUIJO/BELLO, “Pregunta con resposta oral de 16.10.1990” *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 68 (1990.10.27) 1.475 s.
- PALOMBO, G., “El Cuerpo de Voluntarios de Galicia en Buenos Aires (1806-1809)” *Revista da Comisión Galega do Quinto Centenario*, 3 (1989) 97 ss.
- QUINTANS-SUAREZ, M., “V Centenario del Descubrimiento de América” *El Correo Gallego*, Santiago, 1991.01.20, 43.
- QUIÑONERO, J.P., “Cela”, *ABC*, Madrid, 1990.10.9, 59.
- RIVAS-QUINTAS, E., “O Beato Sebastián de Aparicio e América” *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1991.04.8, p. 19.
- ROCA-MARTINEZ, J.L., “Emigración y literatura hispánicas”, en JUANA/CASTRO 1987: 71 ss.
- RODRIGUEZ-PARDO, J.L., “Proposición non de lei sobre Creación dunha Comisión Parlamentaria para o seguimento da presenza e das actuacións da Comunidade Autónoma respecto da Celebración en 1992 do V Centenario do Descubrimiento de América” *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 24 (1990.04.27) 348 s.
- SANTOS, F., “El Año Santo Compostelano de 1993, la Expo-92 y el V Centenario” *El Correo Gallego*, Santiago de Compostela, 1989.12.9, 3.
- TORRES/RODRIGUEZ, C., “El Miño y su profecía”, *El Correo Gallego*, Santiago, 1983.02.18, p. 3.
- VALTIERRA, A., “San Pedro Claver”, en ECHEVERRIA/LLORCA 1966: 3/605 ss.
- VAZQUEZ-GONZALEZ, A., “Alguns aspectos do transporte da emigración galega a América (1850-1930)”, en JUANA/CASTRO 1987: 121 ss.
- VAZQUEZ-PORTOMEÑE, V.M., “Respostas de 18.02.1991 ás preguntas dos Sres. González-Príncipe e Oujo-Bello”, *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* 120 (1991.03.7) 2.734 s.
- VILANOVA-RODRIGUEZ, A., *Los gallegos en la Argentina*, Buenos Aires, Eds. Galicia, 1966.
- VILAS-NOGUEIRA, J. “Licor Café” *El Correo Gallego*, Santiago, 1989.06.4, 28.
- ZUBILLAGA, C., “La migración gallega y los orígenes del sindicalismo uruguayo”, en JUANA/CASTRO 1987: 191 ss.



---

---

## **II ESTUDIOS**



## 1. ANALISIS DEL DERECHO



## La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos\*

Por NEIL MACCORMICK y ZENON BANKOWSKI.

Edimburgo

### I. INTRODUCCION

Históricamente, la teoría de los actos de habla de Austin ha debido en parte su difusión a la reflexión sobre la naturaleza de los actos jurídicos. La teoría apareció en Oxford después de la guerra, en una serie de seminarios dirigidos por Austin con la colaboración de Hart. En esa época Austin desarrolló sus ideas sobre los “enunciados performativos”, sobre “cuando decir es hacer” (“*how to do things words*”). Por su parte, Hart -desde la gran experiencia adquirida antes de la guerra en la práctica del Derecho Privado- dio a ver la analogía existente entre tales actos de habla y los actos formalmente jurídicos, como un testamento, una transmisión de propiedad inmobiliaria o la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. A partir de esta analogía, Hart sugirió además que los “enunciados performativos” deberían ser llamados “enunciados operativos”, a la manera de lo que los juristas ingleses denominan “los términos operativos” en una notificación o acto jurídico<sup>1</sup>.

---

\* Este trabajo fue editado por vez primera, en versión original francesa, dentro del volumen colectivo que bajo la dirección de PAUL AMSELEK publicó Presses Universitaires de France el año 1986 con el título *Théorie des Actes de Language, Ethique et Droit*, ocupando allí las pp. 195 a 209.

1. J.L. AUSTIN, *Philosophical Papers* (Oxford, 1961), cap. 10, “Performative Utterances”. *How to do Things with Words* (Oxford, 1962); H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983), pp. 1-4; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (London, 1981), pp. 12-19.

Si la teoría del derecho ha contribuido así a la teoría lingüística, también se ha producido una contribución no menos importante desde la filosofía del lenguaje en la filosofía jurídica de Hart. Esta aportación concierne a la teoría hartinana de los actos jurídicos<sup>2</sup>. Según éste, tales actos pueden ser realizados sólo si se admite que el sujeto ejerce un poder jurídico, como el poder de prestar una promesa unilateral, contratar, celebrar matrimonio, o incluso promulgar una ley. Pero dichos poderes presuponen reglas que los confieran. Son las reglas habilitantes (*power-conferring rules*); reglas que determinan qué es preciso para la realización del acto en cuestión en tanto que acto válido, y qué personas (o clases de personas) pueden llevarlo a cabo. El ejemplo favorito de Hart ha sido el caso extra-jurídico de la promesa moralmente obligatoria. Según su teoría, deben existir reglas sociales que determinen lo que cuenta como promesa válida. Estas reglas están, pues, necesariamente unidas a otra regla, de acuerdo a la cual existe obligación moral de cumplir las promesas. Nosotros detectamos aquí un reconocimiento de deuda hacia la teoría de los enunciados performativos de Austin, así como el desarrollo de esta última. Se aprecia igualmente la prefiguración de la teoría de John Rawls sobre las reglas “constitutivas” y “regulativas”, también enriquecida con posterioridad por John Searle en su teoría de las instituciones sociales y los actos ilocutorios<sup>3</sup>.

En Hart, la distinción entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen deberes resulta fundamental en orden a su análisis del concepto de derecho. Es, en efecto, fundamental distinguir entre las reglas que confieren los poderes y las reglas que imponen las obligaciones, incluidas las surgidas del ejercicio válido de los poderes. Ahí reside lo esencial de la distinción entre reglas primarias (las reglas de obligación) y reglas secundarias (incluyendo las reglas habilitantes). A este respecto, conviene recordar que la teoría jurídica de Hart se presenta como una teoría del derecho contemplada en tanto que “unión de reglas primarias y secundarias”<sup>4</sup>.

Esta teoría de la estructura del sistema jurídico no se halla sin embargo por completo exenta de dificultades y problemas, bien que es posible reconstruirla evitando la incoherencia interna, y mostrarla en su capacidad explicativa de sistemas jurídicos reales<sup>5</sup>. Con todo, no será aquí donde profundicemos.

---

2. H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), cap. 5: cfr. MACCORMICK, *Hart*, pp. 25-26, 92-120.

3. AUSTIN, *op. cit.*; J. RAWLS, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 3-32; J. SEARLE, *Speech Acts* (Cambridge, 1969), pp. 33-42.

4. HART, *Concept of Law* caps. 5-6.

5. MACCORMICK, *Hart*, caps. 9-10.

Más importantes resultan hoy algunas de sus consecuencias. La más notable y llamativa consiste en su radical incompatibilidad con el voluntarismo ambiental en lo que hace a la naturaleza de las leyes, de las reglas y de las normas. Ya hemos subrayado la idea esencial según la cual todo acto jurídico válido, todo ejercicio de poderes legales, presupone una cierta regla que es constitutiva del *acto* como *acto jurídico*, o bien que confiere poderes de ejercicio para la realización del acto en cuestión. Si esto es así, de ello se desprende necesariamente que no todas las reglas pueden en sí mismas ser creadas por actos de “creación regulativa” (*rule-creating acts*), es decir, por actos de habla o actos de voluntad destinados a crear reglas. Según la teoría hartiana, un acto puede ser creador de reglas solamente si una determinada regla le confiere un poder de “creación regulativa” (*rule-creating power*): para evitar un inaceptable *regressus ad infinitum*, deberemos entonces admitir que las reglas que confieren el poder de “creación regulativa” (*rule-creating power*), no son todas, en sí mismas, reglas creadas.

Además, un acto no es jurídico sino a condición necesaria de tener en cuenta el nuevo estado de cosas jurídicas originado por su realización; la misma conclusión, por consiguiente, cabe aplicar aquí: no todas las reglas normativas pueden ser explicadas en términos de enunciados performativos o de actos jurídicos. Porque es evidente que todo enunciado performativo o todo acto jurídico presupone una regla preexistente según la cual se debe tomar en consideración el estado jurídico de cosas por él originado. En consecuencia, al menos algunas de las reglas normativas han de contemplarse como poseyendo una prioridad lógica frente a cualquier enunciado performativo o cualquier acto de habla. Puesto que las reglas normativas constituyen la especie más importante del género “norma”, se desprende igualmente que no todas las normas pueden explicarse en términos de actos jurídicos. Sucede más bien exactamente lo contrario: las normas han de ser explicadas independientemente de los actos de habla, ya que éstos las precisan para su explicación.

Esta presunción lógicamente necesaria de normas no dispuestas como (lógicamente) anteriores a los actos de habla y a los actos jurídicos conduce a la teoría kelseniana de la norma fundamental presupuesta, pero no planteada, en la conciencia jurídica. Es verdad que Kelsen confirió una importancia excesiva a la “significación subjetiva” de los actos de la voluntad como determinantes de su cualidad normativa. Esto le condujo a una conclusión insatisfactoria e insostenible: la norma fundamental es la significación de un acto de voluntad ficticio<sup>6</sup>.

---

6. H. KELSEN, *La théorie pure du droit* (París, 1962), cap. 1.



Cuando contemplamos el paralelismo entre los actos de habla y los actos jurídicos, el error de la teoría kelseniana como principio de validación última de los actos jurídicos se hace evidente. Porque, sin lugar a dudas, está claro que las normas o reglas convencionales (o consuetudinarias) son las condiciones mismas de la posibilidad del lenguaje, ya sea a nivel pragmático o semántico. Son las costumbres y usos de las comunidades lingüísticas las que hacen posible la mutua inteligibilidad de nuestros enunciados. Estas costumbres o usos permiten que algunos de esos enunciados sean inteligibles, por ejemplo, como promesas; e igualmente, esas costumbres o usos autorizan a afirmar que una persona ha hecho una promesa que debe ser mantenida. Parece evidente que las normas consuetudinarias del lenguaje -las convenciones lingüísticas- constituyen el trasfondo de nuestros actos de habla. Del mismo modo sucede en el derecho. Detrás de una ley formalmente promulgada se encuentra siempre alguna base consuetudinaria o, al menos, alguna razón no positiva según la cual debemos adecuarnos a las normas dispuestas, es decir, creadas por actos de habla legalmente reglados cuales son los actos jurídicos.

En contra de Kelsen, estas consideraciones hacen más creíble la teoría de Hart sobre la "regla de reconocimiento" como regla consuetudinaria y fundamental del sistema jurídico<sup>7</sup>. Sucede igual para la teoría de Friedrich Lachmayer acerca del *präkonstitutionelles Gewohnheitsrecht*<sup>8</sup>. Pero de todas formas debe evitarse el error de considerar que las normas pueden ser íntegramente explicables en términos de actos de habla creadores de normas (*norm-creating acts*).

En realidad, aunque efectivamente existen actos de habla creadores de normas (*nom-creating speech-acts*), las normas creadas mediante ese proceso (por ejemplo, la legislación, las órdenes, los testamentos, los estatutos de sociedades), son todas normas derivadas. Los actos de habla en sí mismos presuponen normas "superiores". Ahora bien, entre esas normas superiores, no todas poseen la naturaleza de normas derivadas. Algunas de ellas deben ser no derivadas. Así pues, una teoría adecuada de las normas resulta anterior (lógicamente) a toda adecuada concepción de los actos de habla o actos jurídicos.

Una tal conclusión parece poder traerse rigurosamente de la teoría clásica de los actos de habla de Austin y de sus sucesores, como John Searle. Sin embargo, esta argumentación es errónea: el error está en suponer que todos

---

7. HART, *Concept*, cap. 6.

8. F. LACHMAYER, "Präkonstitutionelles Gewohnheitsrecht", *Juristische Blätter*, 99 (1977), pp. 411-415.

los actos de habla se definen a partir de reglas (*rule-defined*), o derivan de normas. Por lo tanto, como vamos a demostrar (inspirados en parte en los trabajos de Grice)<sup>9</sup>, determinados actos de habla no resultan de ese modo. Entre ellos, algunos casos de aserciones, de promesas y de órdenes. Llamamos a este tipo de actos de habla "actos informales". Nos ocuparemos de estudiarlos en la siguiente sección de este trabajo.

## II. ACTOS INFORMALES

Como hemos dicho, no hay que creer que todos los actos de habla están ligados a normas o que derivan de normas de igual manera que aquellos, altamente formalizados, que llamamos actos jurídicos. En esta segunda sección examinaremos brevemente los actos de habla informales oponiéndolos a los actos de habla formales y a los actos jurídicos. Resumiremos una investigación publicada con anterioridad por uno de nosotros (MacCormick) en tres trabajos<sup>10</sup>.

Análiticamente, el tipo más simple de acto humano comprende algún movimiento corporal, acompañado de una determinada intención. Parece plausible suponer que al menos ciertos actos de habla implican una combinación entre el enunciado de sonidos y una intención concerniente al sentido de esos sonidos. Un grito de advertencia inarticulado puede ser dirigido por una persona a otra. El ruido ha sido emitido con la intención de advertir. Puede que lo entienda y comprenda como su autor lo comprendió, y el destinatario se salve de un peligro inminente. Esto tiene lugar más verosimilmente cuando el destinatario comprende que el sonido ha sido emitido con la intención de ser reconocido en su finalidad de advertencia.

Ciertamente, no existe lenguaje que sea tan simple como el caso de un sonido inarticulado. En cada lenguaje están implicados convenciones lingüísticas complejas, al menos en el nivel semántico. Además, los tipos de

---

9. Cfr. H. PAUL GRICE, "Meaning", *Philosophical Review*, 68 (1957), p. 67; P.F. STRAWSON, "Intention and Convention in Speech Acts", *Philosophical Review*, 73 (1964), pp.439-460.

10. N. MACCORMICK, "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series (ed. A.W.V. Simpson, Oxford, 1973), pp. 100-130; "Voluntary Obligations and Normative Powers", *Aristotelian Society Supplementary Volume* 46 (1972), pp. 59-78, y, más recientemente, "Voluntary Obligations", en N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy* (Oxford, 1982), cap. 8, y "What is Wrong with Deceit", *Sydney Law Review*, 10 (1983), pp. 7-19. (De *Legal Right and Social Democracy* existe trad. castellana, *Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, por M<sup>a</sup> D. González Soler, Madrid, 1990. N. del T.).

intenciones que se manifiestan al hablar son bastante más complejos que en la advertencia inarticulada, porque es preciso que se tenga la intención de que el destinatario reconozca las palabras emitidas como habiendo sido pronunciadas en un sentido más o menos determinado. Cuando afirmo algo, no revelo solamente mi intención de que otro tome por verdadera la propuesta que acabo de enunciar: revelo voluntariamente por una parte, mi intención de que el otro tome mis palabras por verdaderas y, por otra parte, mi intención de llevarle a encontrar en mi manera de expresarme una razón para creer esa verdad. De igual modo, cuando hago una promesa, no sólo revelo mi intención de cumplir el acto prometido, sino que expresamente desvelo también la intención de que el otro tome mis palabras como palabras en las que quiero que tenga fe. En fin, cuando le ordeno hacer algo no sólo quiero que lo haga, sino que *al propio tiempo* expreso la intención de que comprenda mi enunciado como constitutivo de una razón para obedecer.

Incluso si estas precisiones resultan muy concisas, una cosa es clara. Las intenciones, a pesar de su complejidad, son completamente independientes de toda presunción concerniente a reglas normativas o a reglas que confieren poderes. En estos casos, mi intención ilocutoria consiste en una intención con la que el destinatario comprenda que intento realizar un efecto perlocutorio. Puesto que un efecto tal no presupone regla alguna, el acto ilocutorio es esencialmente informal.

Si sé cómo enunciar una propuesta indicativa en el lenguaje natural, y si la dirijo a otros con la intención requerida, afirmo esa propuesta en dirección a esas personas. Aquí no existe ninguna posibilidad de hacer una distinción entre las afirmaciones formalmente válidas y las formales inválidas. Ya triunfe o fracase en mi aserción de algo, ninguna cuestión de validez se planteará aquí. De la misma manera, consiga transmitir la intención de que el otro debe fundar sus actos en expectativa firme respecto de los míos, o no lo logre, satisfaré o incumpliré mi promesa. Ya sea que logre apelar a su obediencia mediante una indicación clara de mi intención, o que fracase, ordenaré o no ordenaré. No es necesario invocar aquí regla alguna que otorgue capacidad para realizar una promesa, o la autoridad para dar órdenes. En los casos más simples, la confianza o la obediencia intencionalmente producidas son más que suficientes.

Cada vez, que es posible precisar la naturaleza de un acto del lenguaje por referencia al solo enunciado de palabras (siguiendo las convenciones semánticas que determinan el sentido de las palabras), y por referencia a las intenciones complejas reveladas por el enunciado, estamos ante un acto de *habla que puede ser llamado* acto de habla informal. Como hemos señalado, la intención expresa concierne un efecto perlocutorio.

Tales actos no implican habitualmente el uso de formas explícitamente performativas, y recaen por lo normal sobre frases simples como estás:

“El tren llega con quince minutos de retraso” (aserción).

“Te llevaré con tiempo para coger el tren de las 2” (promesa).

“No pierdas el tren de las 2” (orden).

De todas formas, ya que la intención es esencial para la naturaleza de los actos puede ser útil declarar abiertamente la intención en cada caso apropiada:

“Te aseguro que el tren llega con quince minutos de retraso”.

“Te prometo llevarte con tiempo para coger el tren de las 2”.

“Te ordeno que te asegures de llegar a tiempo para coger el tren de las 2”.

En cada uno de estos tres ejemplos hay aspectos normativos que surgen del mismo acto en cuestión. En las aserciones y salvo casos excepcionales, no se debe engañar al prójimo -la mentira es mala, deshonrosa y, en situaciones graves, viciosa. Así mismo, salvo en casos excepcionales, no se deben incumplir las promesas; faltar a la promesa es malo, deshonroso y en los casos graves, vicioso. Estas consideraciones normativas son *naturales*, no puramente convencionales, aunque se puede esperar que también lo sean en cada comunidad humana. Incluso independientemente de estas convenciones, existen razones por las cuales el engaño y la falta a lo prometido son malos. Pero lo que hace malo al engaño y a faltar a las promesas no se confunde con lo que hace posible la afirmación o la promesa.

Evidentemente, si la mentira y la infidelidad a lo prometido se hacen habituales, las afirmaciones serias y las promesas firmes podrían resultar imposibles simplemente porque nadie las tomaría en serio. Esto no prueba ni implica que la idea de querer seriamente hacer pasar un enunciado como una afirmación o una promesa presuponga un “poder normativo” emanado de o asociado a normas que prescriban decir la verdad o mantener las promesas. También, en el caso de la orden, existen razones naturales para no dar órdenes salvo cuando existan buenas razones para obedecerlas, provengan del poder coercitivo, de las relaciones familiares, de una situación particularmente urgente, etc. En el caso más simple, estas razones no se deducen de una *competencia* normativa, convencionalmente establecida, sino simplemente de razones de prudencia y de conveniencia.

En los tres casos, las implicaciones normativas de una aserción, de una promesa o de una orden son tales que puede ser importante remarcar, con claridad absoluta, la intención que preside el enunciado dado por una persona. Cuando esto sucede, la fórmula explícita se revaloriza: “Te prometo coger el tren”, “Te aseguro que el tren trae retraso”. Es una manera convencional de manifestar la intención de modo que no pueda ser posteriormente negada, al menos en los casos normales. Así, se nos podrá tener por nuestras propias aserciones, promesas y órdenes.

En casos importantes, bien puede ocurrir que alguien haya afirmado, prometido u ordenado sin haberlo hecho explícitamente. Nada será considerado entonces como afirmación, promesa u orden en ausencia de un enunciado formalmente performativo. En ese supuesto se requiere un procedimiento especial. Sólo cuando se ha utilizado la fórmula apropiada se dará la afirmación, promesa u orden correspondiente. Llegamos así a una condición de validez: sin el empleo de un procedimiento performativo especial, no hay afirmación, promesa u orden válida. Por consiguiente, ninguna acción especial se enfrentaría a una afirmación falsa o a una promesa rota no válida, o para el caso de una orden no válida o de desobediencia no válida a una orden válidamente dada. Sin un acto válido el mal correspondiente en realidad no tiene lugar.

Es así que, en contextos especiales y destinados a finalidades específicas ciertos actos que podrían ser considerados como puramente informales se convierten en actos formales. Por lo demás, se pueden introducir cualificaciones suplementarias: exigencias relativas a las cualificaciones que deben poseer las personas antes de ser juzgadas aptas para realizar el acto en cuestión, exigencias suplementarias en orden al acto mismo y a las formalidades procesales necesarias, exigencias respecto a las circunstancias requeridas así como a los vicios y condiciones de anulación. En este sentido, se comprende ahora que hay exigencias formales para un acto formal. Existen reglas que dictan lo que hay que hacer, y cómo hacerlo para formular una afirmación formal, una promesa solemne o una orden oficial. Para realizar el acto válidamente se las debe observar. Tenemos aquí lo que puede ser considerado, en sentido propio, como “norma de competencia”, o “regla habilitante” (*power-conferring rule*). Sólo cuando se ha adquirido la validez necesaria se aplicarán las consecuencias contempladas en cada caso. Esta es la razón de la importancia de los procedimientos especiales y de otras condiciones particulares.

Es de esta manera como los actos informales tendrían la posibilidad de convertirse en formales, es decir, de ser definidos en términos de conformidad con “reglas constitutivas” o “secundarias” especiales, o “reglas que confieren poderes” (*power-conferring rules*), cualquiera sea la denominación

que se elija. Pero ya que *puede haber* (y hay) algunos actos informales, está claro que no todos los actos de habla presuponen normas constitutivas. Sobre esta base, parece posible dar cuenta de normas que se muestren derivando, en la forma más simple, del tiempo más simple de acto de habla informal. En el fondo, es casi exactamente lo que intentaron hacer en los siglos XVIII y XIX los partidarios de la teoría imperativista del derecho, tales Jeremy Bentham y el jurista John Austin<sup>11</sup>. Pero esta visión es también falsa. Conduce a lo que uno de nosotros (MacCormick) ha llamado “el horror imperativista”: no se puede derivar un “deber ser” (“ought”) de un imperativo (“shall”), sino de un indicativo (“is”)<sup>12</sup>. Como ya vimos en nuestra anterior sección, el punto crucial de toda esta argumentación relativa a la formalización de los actos informales consiste en observar que existen razones normativas, ya sean naturales, ya sean naturales y convencionales a tener presentes respecto del estado de cosas originado por el cumplimiento de tales actos. Estas razones no pueden derivar por igual para actos informales que para actos formales. En consecuencia, aunque la teoría clásica pueda equivocarse al considerar que todos los actos de habla se explican en términos de normas situadas en un nivel superior, no se equivoca sin embargo al intuir que estas normas, en última instancia, no son explicables como actos de habla.

### III. ACTOS INFORMALES Y FORMALES: UN EJEMPLO

Podemos dudar aún de la existencia de una diferencia real entre los actos informales y los formales tal como arriba se ha indicado. Para ilustrar y clarificar nuestra teoría, y con la esperanza de disipar esa duda, daremos en esta sección dos ejemplos contrastados: por un lado, el acto de decir o de afirmar que un determinado individuo es culpable de homicidio, y, por otro, el acto de pronunciar un veredicto de culpabilidad por homicidio a resultas de un proceso penal.

Observemos los siguientes puntos: puedo decir que Macbeth es culpable de cierto homicidio sin tomar posición oficial; puede decirlo utilizando la fórmula que prefiera y hacerlo en el momento que me apetezca; ninguna fórmula, ningún procedimiento de enunciación se exige en particular.

Moralmente hablando, está claro, no debería decir tal cosa sin una fuerte evidencia en ese sentido y sin que ella me haga creer sinceramente que es

11. J. BENTHAM, *Of Laws in General* (ed. J. Burns y H.L.A. Hart, London, 1970), cap. I; J. AUSTIN, *Lectures in Jurisprudence*, (ed. R. Campbell, London, 1885), caps. 1, 2, 6.

12. MACCORMICK, “Legal Obligation and the Imperative Fallacy”, *cit.*

la verdad. En el plano legal, sería altamente no razonable afirmarlo sin poseer una evidencia imperiosa en que apoyarlo; porque de otra manera tendría que pagar a Macbeth daños y perjuicios muy elevados. Pero al margen de esta posibilidad de difamación, el derecho no tiene en cuenta mis palabras.

Por el contrario, el pronunciamiento de un veredicto de culpabilidad por homicidio al final de un proceso penal es del todo diferente. Sólo una persona especialmente designada para ser jurado y a continuación elegida como presidente por el resto de los miembros de aquél, se encuentra en posición de decir que alguien es culpable *produciendo así como efecto un veredicto*; la forma de las palabras está precisada por (al menos) la costumbre y el uso, y las palabras se pronuncian en un diálogo estandarizado entre el magistrado y el presidente del jurado; el contexto debe ser el de una etapa particular de un concreto procedimiento y altamente formalizado; es decir, el de un procedimiento penal. El veredicto ha de ser únicamente pronunciado frente a una persona formalmente acusada, después de que ésta haya obtenido un proceso justo y de que el jurado haya sido debidamente informado por el magistrado de la ley aplicable en ese caso.

Desde luego, ya que se dice lo mismo que en el supuesto informal (y a pesar de las dudas que a veces pudieran surgir, se dice exactamente lo mismo, “culpable”), de ello se deriva que no debería moralmente declararse la culpabilidad careciendo de una evidencia particularmente fuerte en su apoyo y sin creer en esa culpabilidad. Pero esto no es todo. Porque este acto formalmente definido, está definido formalmente precisamente por causa del efecto jurídico que conlleva: decir “culpable” en esas circunstancias es *condenar* a Macbeth. A partir de ese momento aquél será condenado por homicidio, y la sentencia a dictar no otra que la que legalmente el juez ha de dictar contra alguien condenado por homicidio. Todo esto es ciertamente así porque dar un veredicto constituye lo que uno de nosotros (Bankowski) ha llamado un “procedimiento de testimonio de verdad” (*truth certifying procedure*)<sup>13</sup>. Lo que es afirmado como verdadero por este procedimiento legal es tomado por una verdad establecida en todas las vías jurídicas ulteriores salvo (y hasta) recurrir en apelación.

Todos los aspectos de formalización del pronunciamiento de “culpable” (o “no culpable”) discurren y dependen del régimen normativo planteado por el derecho penal. Siendo un procedimiento destinado a tener efectos jurídicos extremadamente importantes es un procedimiento cuidadosamente

---

13. Z. BANKOWSKI, "The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited", *Legal Studies*, 1 (1981), pp. 257-278.



reglamentado por el derecho. Este tipo de acto de habla altamente formalizado es lo que constituye, al mismo tiempo, un acto jurídico en sentido clásico.

Esperamos que la comparación de contraste entre estos dos ejemplos sirva para magnificar la diferencia entre los actos informales y los actos formales. Ayudará también para recordar que los actos jurídicos pertenecen a la clase de actos formales. En nuestra última sección vamos a acercar estos análisis a la teoría de las instituciones legales.

#### IV. ACTOS FORMALES E INSTITUCIONES JURIDICAS

En la sección anterior hemos aludido al hecho de que los actos de habla formalizados requieren ser explicados en términos de respuestas a preguntas del siguiente tipo:

I. ¿Qué cualificación debe poseer una persona para poder realizar este acto?

II. ¿Cuál es la naturaleza del acto a realizar?

III. ¿Con qué intención tiene que realizarse?

IV. ¿Qué procedimientos especiales deben llevarse a cabo a fin de realizarlo válidamente?

V. ¿En qué circunstancias debe realizarse para ser válido?

VI. ¿Cuáles son las condiciones de irregularidad cuya presencia invalidaría un acto, por otro acto válido, o lo volvería susceptible de ulterior rechazo?

En todos los casos en los que los actos de habla se han formalizado deberá atenderse a la existencia de reglas, o al menos de convenciones, teniendo incluso que responder a preguntas de ese tipo; ellas plantean lo que J.L. Austin llamaba “las condiciones de triunfo” (“*felicity conditions*”) de cada acto de habla<sup>14</sup>. Aunque a los juristas les sea fácil reconocer cómo se aplican estas condiciones en el marco del derecho, donde los actos de habla son al mismo tiempo actos jurídicos, se debe hacer notar que el derecho

---

14. J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, cit., pp. 14-15.

positivo (derecho del Estado) no es el único que admite tal formalismo. Las reglas de muchos juegos, las leyes y rituales de diferentes formas de religiones organizadas, las prácticas del mercado y de la Bolsa, las ceremonias de botadura de barcos y sin duda muchas más aún, constituyen casos no menos evidentes.

En todos los casos, ya sean o no legales, aparece cierto resultado estandar habitualmente observado cualquiera sean los fines subsiguientes que el agente pueda tener a la vista. Dicho de otro modo, el agente tiende a producir cierto efecto estandarizado de su acto: que tal persona sea ordenada sacerdote, que tal jugada sea adjudicada a tal jugador (o el juego, set y match), que tal barco sea llamado a partir de ese momento *Francia*, etc. Las consecuencias normativas de este tipo son intrínsecas al acto mismo. También, cuando una persona hace testamento legalmente válido, una consecuencia directa y normalmente contemplada, que sus herederos y ejecutores testamentarios estén jurídicamente obligados a repartir su patrimonio siguiendo sus instrucciones.

En los actos formales, al lado de las reglas o convenciones que determinan lo que cuenta como realización válida y apropiada del acto, existen también reglas convencionales que determinan sus consecuencias normativas directas. Y la intención estandarizada del agente es siempre provocar las mismas consecuencias, cualquiera sean los objetivos subsiguientes. Esta consideración concierne particularmente al derecho positivo, donde el objetivo mismo de la realización de un acto jurídico es provocar un cambio importante en el estado de cosas jurídico, llevar a la existencia nuevas consecuencias jurídicas, como las que acompañan a la conclusión de un contrato válido o a la confección de un testamento válido.

Se encuentran, desde luego, diferencias notables en derecho, como las que existen entre los actos que surgen del ámbito del derecho público y los de relevancia en el derecho privado. La diferencia fundamental procede en consideración al ulterior objetivo para el cual se estima legítimo actuar. En todos los deseos personales orientados ya sea para el propio bien, ya sea para el bien del prójimo al que vaya a favorecer, nos encontramos en presencia de un acto privado. En el caso de que una persona se vea requerida a actuar en bien de la comunidad o de una parte de ella, sin intervención de amistad u otra relación personal, el poder de actuar es un poder público.

Estas diferencias se ven fielmente reflejadas en las condiciones de realización del acto. En el supuesto de actos que proceden del derecho privado, la capacidad de actuar depende de factores como la edad, sexo, situación matrimonial, etc., o reposa en una autorización dada en atención

a un interés privado; es una cuestión de ley determinar quién puede hacer qué. En el supuesto de actos públicos, la *competencia* para realizarlos no depende sólo o necesariamente de las condiciones legislativas sino más bien de la nominación o elección en un puesto o posición oficial. Otra diferencia consiste en que los actos públicos pueden normalmente tener en cuenta el acuerdo o consentimiento de la persona afectada. Por el contrario, los actos privados normalmente no producen efectos más que en virtud del acuerdo de las respectivas partes, salvo en el caso de relaciones específicas tales como las de padres e hijos.

Se dice comunmente, y es bien sabido, que los actos formalizados y las prácticas que los rodean equivalen a instituciones, ya sean instituciones sociales y morales (como la promesa), religiosas (como los sacramentos), o jurídicas (como los contratos, testamentos, matrimonios, o constitución de sociedades de responsabilidad limitada, e igualmente en la esfera del derecho público las decisiones administrativas o los procedimientos contencioso-administrativos). Una verdadera teoría de los actos de habla formales en tanto que actos jurídicos parte, en consecuencia, de la teoría de las instituciones jurídicas. Uno de nosotros (MacCormick) ha presentado una teoría de las instituciones jurídicas que es, de hecho, el fundamento teórico de la postura adoptada en este estudio<sup>15</sup>. Según esta teoría, cada institución jurídica debería ser conceptualizada en términos de una tríada de reglas entre sí relacionadas:

1. Deben existir reglas constitutivas en las que se establezca 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).

2. Deben existir reglas consecuenciales, estableciendo cuáles son los efectos de un contrato, de un matrimonio o de un testamento válidos. Precisarán las cosas que deben ser hechas y quién está autorizado a hacerlas, debe o puede hacerlas, dada la existencia de un caso concreto de institución.

3. Por último, tiene que haber reglas extintivas que pongan fin al contrato, matrimonio o sucesión.

---

15. N. MACCORMICK, "Law as Institutional Fact", *Law Quarterly Review*, 90 (1974), pp. 102-129; N. MACCORMICK - O. WEINBERGER; *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (Berlín, 1985). (De esta última existe edición holandesa en inglés *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986. (También versión italiana, a cargo de M. LA TORRE, *Il Diritto come Istituzione*, Milano, 1990. N. del T.).

Esta teoría clarifica varias cuestiones. En primer lugar, permite conocer la existencia de entes jurídicos altamente abstractos. En segundo lugar, muestra como están estructurados nuestros conceptos jurídicos y -por ello- nuestra actividad jurídica. Las reglas constitutivas suministran las condiciones de validez de las instituciones. Como tales, guían nuestras acciones, indican lo que debemos ser y hacer a fin de celebrar un contrato, y las irregularidades que debemos evitar. ¿Qué debemos ser y hacer para tomar una decisión administrativa?, ¿qué irregularidades debemos evitar? Esta guía, desde luego, no es sino hipotética; indica lo que hay que hacer si *deseamos* celebrar un contrato o tomar una decisión administrativa. Pero tendremos razones para desearlo únicamente si las tenemos para desear que las reglas consecuenciales correspondientes intervengan en la operación, de suerte que así nos deberemos mutuamente prestaciones contractuales o la construcción de un hospital deberá legalmente llevarse a efecto en un determinado lugar. Estos deseos serán razonables si tenemos motivos inmediatos, no legales, para querer que aquellas prestaciones o ese hospital existan.

Por otra parte, al presentar los criterios para la validez de las instituciones, las reglas constitutivas suministran las posibles bases de impugnación de los efectos de ciertos pretendidos contratos, testamentos o decisiones administrativas. Por ejemplo, en derecho privado, no reconocemos status o capacidad para contratar o testar cuando se trata de un menor de edad; o en derecho público, no reconocemos competencia a un administrador en caso de exceso de poder (acto *ultra vires*) o cuando su interés personal lo descalifica; o bien cuando un acto se realiza erróneamente, v. gr. la aceptación no se produce en los mismos términos que la oferta, en cuyo caso ninguna "decisión" como tal se habrá tomado; o bien en el supuesto de vicios de procedimiento respecto a la forma (por ejemplo, defecto de debate contradictorio), o de vicios en la intención -como el error en derecho privado o la desviación de poder en el público, así como el contrato referido a un bien inexistente; o bien ante la omisión de una formalidad sustancial en la decisión de una jurisdicción administrativa; o también cuando se descubre alguno de los factores que enervan el acto en que aparece (conclusión del contrato bajo coacción, inserción de una cláusula que sobrepase lo susceptible de ser estipulado en virtud del derecho público aplicable al caso, etc.).

Incluso en este breve resumen, y sin otra pretensión que la de ofrecer algunos ejemplos extraídos del derecho público y privado, es posible advertir la fuerza explicativa y analítica general de la teoría. Esta se inscribe en el cuadro de la moderna y clásica de los actos de habla en materia jurídica, si bien a nuestro juicio la supera en varios aspectos esclarecedores, y así precisamente ayuda a revelar mejor la profunda pertinencia en lo jurídico que aquélla posee. Además, en tanto que teoría de la estructura de la

actividad jurídica, promete abrir nuevos horizontes respecto a la estructura de los sistemas jurídicos.

Para terminar, debemos confesar avergonzados nuestra ignorancia de la mayoría de los trabajos recientemente publicados por investigadores franceses en el campo de la lingüística. Sin embargo, no hace mucho que vimos reforzadas nuestras convicciones al encontrar esbozada en los escritos del profesor Bernard Jackson una interesante analogía entre la semiótica de Greimas y la obra de MacCormick<sup>16</sup>, que aquí hemos aprovechado. Con todo, aún más importante resulta otra analogía con la teoría francesa: nos referimos a la exposición publicada once años atrás por Chistophe Grzegorzcyk en los *Archives de Philosophie du Droit*<sup>\*\*</sup>. Particularmente en lo que concierne a la cuestión de los veredictos y los enunciados veredictivos, no hemos hecho otra cosa que retrazar las líneas de la teoría de nuestro colega. Si nos equivocamos, al menos podremos decir que lo hicimos en la mejor compañía.

(Traducción de JOSÉ CALVO GONZÁLEZ)

#### ADDENDA BIBLIOGRAFICA. (Nota del Traductor)

Reuno aquí textos, artículos y algunas reseñas y notas críticas a mi juicio útilmente relacionados con la temática de la que MacCormick y Bankowski se han ocupado en su trabajo. En este sentido, sin pretender ser exhaustivos, ofrecemos un panorama orientativo lo bastante completo como facilitar y animar ulteriores análisis de detalle.

ALSTON, W.P.: Recensión a *Speech Acts: An Essay in Philosophical Language*, de J.R. Searle, en *The Philosophical Quarterly*, 20, 79, 1970, pp. 172-179.

AMSELEK, P.: "Philosophie du droit et théorie des actes de langage"? en *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, P. Amselek (ed.), Presses Universitaires de France, 1986, pp. 109-164, igualmente en versión inglesa, por Z. Bankowski y A. Bankowska, "Philosophy of Law and Theory of Speech Acts", en *Ratio Juris*, 1, 3, 1988, pp. 187-223.

16. N.del T. Vid. *Semiotics and Legal Theory* (London, 1985), cap. 7.

\*\* N. del T. Vid. G. GRZEGORCZYK, "Le role performatif dans le langage du Droit", *Archives de Philosophie du Droit*, 19 (1974), pp. 229-241.

- ANSCOMBE, G. E. M.: *Intention*, Basil Blackwell, Oxford, 1957, 2ª ed. 1963 (1979 última reimp.) Trad. castellana de A. I. Stellino, con introd. de J. Mosterín. Paidós - I.C.E - Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Buenos Aires, México, 1991.
- AUSTIN, J. L.: *Philosophical Papers*, Oxford University Press, 1961, 2ª ed. 1970. Hay versión castellana de "Emisiones realizadoras" en *Revista de Occidente*, 1975 y recientemente trad. de A. García Suárez en *La búsqueda del significado*, L. Ml. Valdés Villanueva (ed.), Tecnos, Madrid, 1990, pp. 415-430.
- : *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 2ª ed. a cargo de J. O. Urmson & M. Sbisà, The Clarendon Press, Oxford, 1975. Trad. francesa de G. Lane, *Quand dire, d'est faire*, Seuil, Paris, 1970. Trad. castellana de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Buenos Aires, 1ª ed. 1971, 2ª 1982.
- AZZONI, G. P. M.: "Condizioni costitutive", en *RIFD*, 1986, pp. 160-195.
- BANOKOWSKI, Z.: "Institutional Legal Positivism?", en *Rechtstheorie*, 20, 1989, pp. 289-302.
- BOURDIEU, P.: *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, Paris, 1987.
- BOUVERESSE, *La force de la règle*, Minuit, Paris, 1987.
- CARCATERRA, G.: *La forza costitutiva delle norme*, Bluzoni, Roma, 1979.
- CARDONA, C. R.: *Atti linguistici. Un saggio de filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976.
- CLARK, M.: "Descriptions and Speech Acts", en *Journal Philosophy*, 68, 13, 1971, pp. 400-405.
- CONTE, A. G.: "Materiali per una tipologia delle regole", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 15, 1985, pp. 345-368.
- DE KERCHOVE, M. V.: "La Théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation", en *Théorie des Actes de langage...*, cit., pp. 211-248.
- DUCROT, O.: *Dire et ne pas dire. Principes de sémantique linguistique*, Hermann, Paris, 1980.
- EDGEWORTH, B.: "Legal Positivism and the Philosophy of Language", en *Legal Studies*, 6, 1979, pp. 115-139.
- GEACH, P. T.: "Ascriptivism", en *The Philosophical Review*, 69, 1960, pp. 221-225.
- GELLNER, E.: *Words and Things*, Penguin Books, London, 1968, 2ª ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1980.
- GOODRICH, P.: "The Role of Linguistics in Legal Analysis", en *Modern Law Review*, 47, 1984, pp. 523-534.
- : *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, MacMillan, London, 1987.
- GUASTINI, R.: *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982.

- : "Cognitivismo ludico e regole costitutive", en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, U. Scarpelli (ed.), Comunità, Milano, 1983, pp. 153-176.
- : "Teoria delle regole costitutive", en *RIFD*, 1983, pp. 548-564.
- : *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino, 1985.
- GRICE, P.: "Utterer's Meaning, Sentence-Meaning and Word-Meaning", en *Foundations of Language*, 4, 1968, reedit. en J. R. Searle, *The Philosophy of Language*, Oxford University Press, 1971, pp. 54-70.
- : "Utterer's Meaning and Intention", en *Philosophical Quarterly*, 78, 1969, pp. 147-177. Existe trad. castellana de J. José Acero, "Las intenciones y el significado del hablante", en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 481-510.
- GRZEGORCZYK, Ch.: "Le role performatif dans le langage du Droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1979, pp. 229-241.
- : "L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique", en *Théorie des Actes de Langage...*, cit., pp. 165-194.
- HARE, R. M.: *The language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952. Trad. castellana de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *El lenguaje de la Moral*, Universidad Autónoma de México, 1975.
- : "Meaning and Speech Acts", en *Philosophical Review*, 74, 1970, pp. 3-24. También en *Practical Inferences*, MacMillan, 1971, pp. 74-93.
- : "Austin's Distinction Between Locutionary and Illocutionary Acts", en *Practical Inferences*, cit., pp. 100-114.
- HART, H. L. A.: "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, XLIX, 1948-49, pp. 171-194.
- : *The Concept of Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961. Trad. castellana de G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- (S.-P.) HIERRO, J.: *Problemas del análisis del lenguaje moral*, Tecnos, Madrid, 1970.
- HINTIKKA, J.: "Cogito, ergo sum: inference or performance?", en *Philosophical Review*, 71, 1962, pp. 3-32.
- HOLDCRAFT, D.: *Words and Deeds. Problems in a Theory of Speech Acts*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- JACKSON, B. S.: *Semiotics and Legal Theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985.
- : *Law, Fact and Narrative coherence*, Deborah Charles Publication, Merseyside, 1988.
- : "Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire: points de vue sémiotique", en *Archives de Philosophie du Droit*, 34, 1989, pp. 243-258.
- JORI, M.: "Abrogazione, validità, atti linguistici", en *In tema di abrogazione*, C. Luzzati (ed.), Giuffrè, Milano, 1987.
- KEVELSON, R.: "Legal Speech Acts: Decisions", en *Linguistics and the Professions*, R. Di Pietro (ed.), Norwood, 1984, pp. 121-132.



LEGAUT, G. A.: *La structure performative du langage juridique*, Les Presses Université de Montreal, 1977.

MACCORMICK, N. & BANKOWSKI, Z.: "Speech Acts, Legal Institutions and Real Laws", en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, P. M. S. Hacker & J. Raz (eds.), Oxford University Press, 1977, pp. 126 y ss.

MACCORMICK, N. & WEINBERGER, O.: *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985. Trad. inglesa, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986. Trad. italiana a cargo de M. La Torre, *Il Diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990.

MACCORMICK, N.: "Institutions, Arrangements and Practical Information", en *Ratio Juris*, 1, 1, 1988, pp. 73-82.

PÁRAMO ARGUELLES, J. R.: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, C. E. C., Madrid, 1984.

PITCHER, G.: "Hart on Action and Responsibility", en *The Philosophical Review*, 69, 1960, pp. 226-235.

POLLASTRO, P.: "Fenomenologia delle regole costitutive", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13, 1983, pp. 233-262.

RECANATI, F.: *Les énoncés performatives. Contributions à la pragmatique*, Minuit, Paris, 1981.

RICOEUR, P.: *Du texte à l'action. Essai d'hermeneutique II*, Seuil, Paris, 1986.

-: "Les implications de la théorie des actes de langage pour la théorie générale de l'éthique", en *Théorie des Actes de Langage...*, cit., pp. 89-108.

RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M<sup>a</sup>: "La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica", en *A. F. D.*, VII, 1990, pp. 479-502.

ROSS, A.: "The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives", en *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, R. E. Olson & A. M. Paul (eds.), Johns Hopkins, Baltimore-London, 1972, pp. 197-212.

SBIZÀ, M.: "Actes de Langage et (Acte d') Enontiation", en *Langages*, 1982, pp. 99-106.

SEARLE, J. R.: "How to Derive 'Ought' from 'Is'", en *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 43-58. Existe trad. italiana, "Come dedurre 'deve' da 'è'", en *Problemi di teoria del diritto*, R. Guastini (ed.), Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 89-107.

-: "What's a speech act?", en *Philosophy in America*, M. Black (ed.) Allen & Unwin, London, 1965, pp. 223 y ss. Versión castellana en *Cuadernos Teorema*, Valencia, 1977 y recién trad. de L. Ml. Valde's Villanueva, "¿Qué es un acto de habla?", en *La búsqueda del significado*, cit., pp. 431-448.

-: "Austin on Locutionary and Illocutionary Acts", en *The Philosophical Review*, 77, 1968, pp. 405 y ss.



- : *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969. Trad. francesa de H. Pauchard, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*, Hermann, Paris, 1972, Trad. italiana de G. R. Cardona, *Atti linguistici. Saggio de filosofia del linguaggio*, Boringhieri, Torino, 1976. Trad. castellana de L. Ml. Valdés Villanueva, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 1986.
- : *Intentionality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.
- STRAWSON, P. F.: "Intention and Convention in Speech Acts", en *The Philosophical Review*, 73, 1964, pp. 439-460.
- TARELLO, G.: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- TWINING, W. & MIERS, D.: *How To Do Things with Rules*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1986 (2ª ed.) Trad. italiana de C. Garbarino y Presentación de R. Guastino. *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1990.
- WEINBERGER, O.: "'Is' and 'Ought' Reconsidered", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXX, 1984, pp. 454 y ss.
- : "Das institutionelle Dasein des Rechts", en *Recht als Sinn und Institution*, D. Mayer-Maly & O. Weinberger (eds.), Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 245-259.
- : *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Steiner, Stuttgart, 1987.
- : *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Manz Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988.
- : "The Role of Rules", en *Ratio Juris*, 1, 3, 1988, pp. 224-240.
- : "Droit et connaissance du droit au regard du positivisme institutionnaliste", en *Droits*, 10, 1, 1989, pp. 109-112.
- WRIGHT, G. H. von.: "Is and Ought", en *Man, Law and Modern Forms of Life*, E. Bulygin, J. L. Gardies, I. Niiniluoto (eds.), Reidel, Dordrecht, 1985, pp. 263-281.



## Sobre el silogismo judicial

Por VICTORIA ITURRALDE

San Sebastián

### 1. INTRODUCCIÓN

1.1. La complejidad e imperfección formal del material normativo en los sistemas jurídicos actuales, junto con la diversidad de operaciones que tiene que realizar todo aplicador del derecho, permite desechar la idea de un sistema de normas jurídicas del que se pueda deducir *la* solución de un determinado caso<sup>1</sup>. Podemos decir, que la decisión judicial se enfrenta, en la mayor parte de los casos, a una “situación de elección” en la que el juez debe elegir una de entre las varias alternativas posibles.

Como se ha señalado, no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del Derecho que pueda brindar en todo momento a los sometidos al Derecho y a los encargados de aplicarlo, reglas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión. La existencia de casos en los que, conforme a un mismo material normativo, caben distintas interpretaciones, justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica<sup>2</sup>.

---

1. Entre las razones que motivan lo anterior podemos señalar: la indeterminación lenguaje legislativo; la posibilidad de que el ordenamiento jurídico contenga ya un exceso de normas sobre una misma materia, dando lugar a antinomias normativas, ya un defecto de aquellas, con la aparición de lagunas; la limitada capacidad humana de prever todos los aspectos de un problema, con la consiguiente posibilidad de lagunas axiológicas, Cfr. R. Alexy en A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik (1981), p. 274; R. Alexy (1989), p. 1.

2. A. Aarnio, R. Alexy, y A. Peczenik (1983), pp. 53-54, cit. en A. García Amado (1988), p. 314.

Pues bien, a través de las teorías de la argumentación jurídica se pretende dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación judicial: el relativo a cómo *justificar* la elección entre las alternativas jurídicamente posibles<sup>3</sup>. En otras palabras, para evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad, resulta imprescindible el recurso, no ya a argumentos más o menos persuasivos sino, a una justificación racional de las decisiones judiciales. Ahora bien, la cuestión reside en determinar qué hay que entender por “decisión judicial racionalmente justificada”<sup>4</sup>.

El término racionalidad (referido a la decisión judicial), se emplea con dos sentidos diferentes: racionalidad externa y racionalidad interna. En el primer sentido, se dice que la decisión jurídica es racional si las premisas han sido debidamente justificadas. En el segundo, la racionalidad se refiere a la forma correcta de razonamiento. Así, es un lugar común señalar que el razonamiento judicial es racional si el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico.

Pues bien, uno de los instrumentos que se aduce como garantía de racionalidad de las decisiones judiciales es el carácter lógico de las mismas. “La lógica” se convierte en el discurso iusfilosófico en una garantía de certeza y seguridad jurídica, y, correlativamente, en un obstáculo a la inclusión de criterios subjetivos en la decisión.

En las páginas siguientes vamos a limitarnos a analizar el aspecto interno de la justificación.

1.2. Como hemos visto, la justificación interna de una decisión judicial se refiere a la relación entre las premisas y la decisión. Esta relación puede calificarse bien como “inferencia” bien como “transformación”. Con el primero de los términos se indica que la relación entre las premisas y la conclusión (decisión judicial) es una relación lógica a la que se llega por medio de una inferencia en el sentido que este término tiene en la lógica formal. El empleo del segundo vocablo denota que la relación premisas-conclusión no tiene dicho carácter, sino que consiste en una transformación, un “salto”<sup>5</sup>.

---

3. Cfr. A. Aarnio (1987), p. 216.

4. Cfr. R. Alexy (1989), pp. 212-220 y 14-16. También R. Alexy en R. Alexy, A. Aarnio, A. Peczenik (1981), pp. 259-260.

5. Cfr. J. Wroblewski (1986), p. 215.

Pues bien, es una opinión compartida por buena parte de teóricos y filósofos del derecho (desde autores como Engisch y Larenz hasta Wróblewski y Alexy), que la aplicación judicial es, al menos en cierta medida, una relación del primer tipo (inferencia) reconducible a la figura del silogismo. Esta opinión no ha estado exenta de críticas, por parte fundamentalmente de las doctrinas jurídicas antiformalistas. Sin embargo, como trataremos de mostrar a continuación, creemos que dichas críticas no son suficientes para rechazar la teoría del silogismo judicial, sino únicamente para poner de relieve el limitado alcance de la misma. Creemos que es desde otro punto de vista (el de la lógica) desde donde puede evaluarse con más precisión la virtualidad de dicha teoría.

A fin de analizar el papel del silogismo jurídico en la aplicación y razonamiento jurídicos, vamos a proceder como sigue. Comenzaremos indicando diferentes formulaciones de la teoría del silogismo judicial. En segundo término, expondremos las críticas más comunes que se realizan a dicha teoría y el alcance de las mismas. Por último, realizaremos (lo que podemos denominar) versión lógica de la crítica a la tesis del silogismo judicial. Trataremos de mostrar por qué la decisión judicial no se puede reconducir (o no encaja dentro de) la figura "del" silogismo, y de analizar si la aplicación o el razonamiento judicial pueden explicarse a través de una inferencia lógica de otro tipo.

## 2. TEORÍA DEL SILOGISMO JUDICIAL

### 2.1. Formulaciones de la teoría del silogismo judicial

Llamaremos teoría del silogismo judicial a la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica<sup>6</sup>. A tenor de la misma la premisa mayor está constituida por

---

6. Somos conscientes de la indeterminación de esta teoría así formulada; pero es así, sin más precisiones como suele presentarse. Buena parte de las páginas que siguen tratan precisamente de deslindar los diferentes significados de la misma.

En primer lugar, podemos decir que la denominación "teoría del silogismo judicial" constituye un "genus" dentro de una categoría general: "teoría del silogismo jurídico". Esta última puede definirse como la tesis según la cual el razonamiento efectuado por cualquiera que quiera conocer cuál es el derecho aplicable a un caso concreto (sea con fines puramente teóricos o con propósitos prácticos) se limita a la subsunción de unos hechos en unas normas jurídicas. Cuando esto es realizado por el juez en su trabajo como tal, podemos referirnos a dicha teoría como teoría del silogismo judicial.

En segundo término, aunque se trata de una materia que abordaremos más adelante, tenemos que decir ya, que al referirnos a la Teoría del Silogismo Normativo, utilizamos la expresión Silogismo en el sentido de **Silogismo Teórico** (y no en el de Silogismo Práctico).

la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. No obstante esta exposición de la teoría del silogismo judicial, las formulaciones que los diferentes autores hacen de la misma no son totalmente coincidentes. Por ello, a continuación expondremos algunas formulaciones de aquella.

---

Esta precisión está ausente en la mayoría de los autores cuando se refieren a la teoría del silogismo. No obstante, creemos que las mismas se refieren al silogismo teórico por lo siguiente.

A pesar de que, como recuerda von Wright (1987), p. 121, son varios los esquemas que se pueden cobijar bajo el rótulo de silogismo práctico, todos ellos tienen en común la idea de que la primera premisa tiene un carácter intencional, esto es, menciona algo que el sujeto pretende realizar, quiere, tiene como fin, etc., la segunda menciona una acción que constituye precisamente el medio para el fin explicitado en la premisa mayor, y la conclusión es una acción. Para ver esto con mayor claridad y por medio de voces más autorizadas tomaremos los ejemplos de silogismos prácticos de Aristóteles y de von Wright. La noción aristotélica de silogismo práctico, puede representarse como sigue: El punto de partida de la premisa mayor del silogismo menciona alguna cosa pretendida o la meta de la actuación; la premisa menor refiere algún acto conducente a su logro, algo así como un medio dirigido a dicho fin; por último, la conclusión consiste en el empleo de este medio para alcanzar el fin en cuestión. De modo que el asentimiento a las premisas de una inferencia práctica entraña la acción correspondiente como, en una inferencia teórica, a la afirmación de las premisas lleva necesariamente a la afirmación de la conclusión (cfr. G. H. von Wright (1987), p. 48). De otro lado, veamos dos de las inferencias prácticas propuestas por von Wright (G. H. von Wright (1987), p. 121:

- 1) A se propone dar lugar a p.  
A considera que no puede dar lugar a p a menos de hacer a.  
Por consiguiente, A se dispone a hacer a.
- 2) Una persona quiere conseguir x  
A menos que se haga y, x no se conseguirá  
Por tanto, debe ser hecho y.

La primera premisa es un enunciado intencional. Lo que se quiere obtener o conseguir es el fin. La segunda premisa indica una relación causal: la acción mencionada en la segunda premisa es un medio para el fin que se menciona en la primera premisa. La conclusión expresa una necesidad práctica, la necesidad práctica de usar el medio mencionado en la segunda premisa en orden a conseguir el fin mencionado en la primera premisa. G. H. von Wright (1983 a), p. 2.

Pues bien, creemos que los esquemas que los teóricos y filósofos del derecho, señalan como ejemplos de silogismos judiciales no responden a lo que es un silogismo práctico: no se hace ninguna mención a la intención, deseo o fin del juez en la premisa menor y en la menor no suele haber ninguna alusión a un medio para alcanzar un determinado fin.

Engisch, por ejemplo, distingue dos “modos” del silogismo jurídico (denominados por él *modus barbara I* y *modus barbara II*), y pone como ejemplo del primero de ellos el siguiente:

Premisa mayor: “Todos los que cometan el delito de falsificación de moneda deben ser castigados con pena de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos”.

Premisa menor: “Todos los acusados en el proceso penal contra A y socios son falsificadores de moneda”.

Conclusión: “Todos los acusados en el proceso penal contra A y socios deben ser castigados con la pena de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos”<sup>7</sup>.

Larenz presenta el caso más sencillo de silogismo jurídico (al que denomina “silogismo de determinación de la consecuencia jurídica”) como sigue:

1.  $S \rightarrow C$  (Para S -es decir, para “todo caso” de S- rige C)
2.  $H = S$  (H es un “caso” de S)
3.  $H \rightarrow C$  (Para H rige C).

Para este autor la premisa mayor la constituye una proposición jurídica concreta, más exactamente, una proposición declarativa que repite el contenido de una proposición jurídica. La premisa menor consiste en la subordinación de un hecho concreto, como un “caso”, en el supuesto de hecho de la proposición jurídica; la conclusión produce la consecuencia jurídica concreta, es decir: la “aplicable” a este hecho<sup>8</sup>.

La tesis del carácter lógico de la relación entre la norma general y la norma individual correspondiente (emanada del órgano de aplicación) es sostenida asimismo por Kelsen, en base a que el hecho comprobado *in concreto* por el tribunal puede ser subsumido en el hecho determinado *in abstracto* por la norma general. Esta subsunción -escribe Kelsen- es lógica.

7. K. Engisch (1960), cit. en E. García Maynez (1977), p. 283.

8. K. Larenz (1966), p. 211. Señala también casos más complejos como el caso de que un mismo acontecimiento puede “caer” en distintos supuestos de hecho legales que tienen las mismas o distintas consecuencias jurídicas, o que no se dé la situación de hecho, etc., pp. 209-213 y 224-226.

El juez subsume el hecho por él comprobado en un caso concreto -“Meier ha provocado intencionalmente la muerte de Schulz, disparándole”- en el concepto de asesino contenido en la norma general. Esta relación de correspondencia es una relación de subsunción y, puesto que la subsunción en cuestión es una relación lógica, por tanto, existe una relación lógica entre la norma general y la norma individual que aplica aquella a un caso concreto<sup>9</sup>.

Más recientemente autores como Wroblewski y Alexy sostienen la misma tesis, si bien ofrecen formulaciones más precisas (tanto respecto a su presentación como al alcance de la misma).

Para Wroblewski el silogismo jurídico tradicional es una gran simplificación que sirve para justificar la decisión judicial sólo en situaciones muy particulares. Es por esto que, según el filósofo polaco, es necesario distinguir varios tipos de silogismos. Con la exposición de los diferentes tipos de silogismo, Wroblewski pretende mostrar que se puede usar la forma

---

9. H. Kelsen (1980), p. 191.

Posturas semejantes sostienen otros autores. Así según Klug (1984) p. 48 cit. en Kelsen (1985), p. 424, la deducción de un juicio normativo (válido para el caso específico de la realidad) de los juicios generales del derecho estatuido tiene la forma lógica de una deducción. Para mostrar ésto ofrece el siguiente ejemplo de silogismo:

Premisa mayor: Todos los receptadores de profesión *deben ser* castigados con la cárcel hasta diez años.

Premisa menor: Todos los acusados en el proceso penal contra A y compañeros son receptadores de profesión.

Conclusión: Todos los imputados en el proceso contra A y compañeros deben ser penados con la cárcel hasta diez años.

Y Foriers (1961), p. 51, señala que "Todo juicio, toda sentencia, se presenta, en definitiva, como la conclusión de dos premisas y por ello se resuelve en un silogismo del que la norma jurídica, es decir, la norma general objetiva, constituye la premisa mayor; la descripción de los hechos del caso particular, realizada en forma determinada y general acompañada por una valoración de estos hechos que implica su cualificación, constituye la premisa menor y en fin, la conclusión forma la decisión verdadera y propia,..."

Perelman, por su parte, formula como sigue el silogismo normativo:

- a) la norma a aplicar que establece la premisa mayor del silogismo;
- b) la cualidad de la persona -la valoración de ella como miembro de una categoría dada- que establece la premisa menor del silogismo;
- c) el acto justo que debe ser conforme a la conclusión del silogismo.

Para Perelman, la conclusión del silogismo es una norma, no un acto; en el caso de una sentencia judicial es una norma individual; y señala que dicha norma debe ser obtenida por medio de una deducción lógica: "Un acto para ser justo debe dar ejecución a la conclusión de un silogismo" y señala que la estructura del silogismo teórico se diferencia del "silogismo deóntico" sólo en el hecho de que su premisa mayor y su conclusión afirman no lo que debe ser sino lo que es"; Ch. Perelman (1963 b), cit. en H. Kelsen (1985), p. 422. Vd. también, Ch. Perelman (1961), pp. 601-610.



silogística para la justificación de la decisión judicial; es “un intento de buscar las vías de racionalización de la toma de decisión judicial”<sup>10</sup>. Hay que decir que Wroblewski entiende el silogismo como un esquema de razonamiento, respecto al que considera que es una manera apropiada de justificar la decisión judicial *como una decisión racional*.

Los tipos de silogismo señalados por este autor son los siguientes: silogismo decisional simple, silogismo de elección de consecuencias y silogismo decisional complejo. El primero justifica la decisión cuando la norma señala sólo una consecuencia posible; el segundo, cuando el juez tiene que elegir entre varias posibles consecuencias; y el silogismo decisional complejo representa el supuesto en que la norma aplicada enumera más de una consecuencia de hecho y dichas consecuencias no pueden ser determinadas conjuntamente en una decisión jurídica, por lo que el juez tiene que efectuar una elección<sup>11</sup>.

Vamos a ver en qué consisten los diferentes esquemas silogísticos propuestos por el filósofo polaco.

- Silogismo de subsunción:

- (a) El hecho F tiene las consecuencias jurídicas  $C_1$  o  $C_2$  ... o  $C_n$
- (b) El hecho del caso F ha tenido lugar en t y en p
- (c) El hecho del caso F tiene las consecuencias jurídicas  $C_1$  o  $C_2$  o ...  $C_n$

- Silogismo decisional simple:

- (a) El hecho F tiene la consecuencia jurídica  $C_k$
- (b) El hecho del caso F está caracterizado por  $A_k$
- (c) El hecho del caso F tiene las consecuencias jurídicas  $C_1$  o  $C_2$  ...  $C_k$

- Silogismo de elección de consecuencias:

- (a) Las características  $A_1, A_2, \dots, A_n$  del hecho F implican la elección de la correspondiente consecuencia jurídica  $C_1$  o  $C_2$  o ...  $C_n$
- (b) El hecho del caso F está caracterizado por  $A_k$
- (c) El hecho del caso F tiene la consecuencia jurídica  $C_k$

- Silogismo decisional complejo:

10. J. Wroblewski (1974), pp. 38, 43-45.

11. J. Wroblewski (1974), pp. 43-45.

- (a) El hecho F tiene las consecuencias jurídicas  $C_1$  o  $C_2$  o...  $C_n$
- (b) El hecho del caso F ha tenido lugar en t y en p
- (c) El hecho del caso F tiene las consecuencias jurídicas  $C_1$  o  $C_2$  o ...  $C_n$
- (d) Las características  $A_1, A_2 \dots A_n$  del hecho F implican la elección de las correspondientes consecuencias jurídicas  $C_1$  o  $C_2$  o ...  $C_n$
- (e) El hecho del caso F está caracterizado por  $A_x$ .
- (f) El hecho del caso F tiene la consecuencia jurídica  $C_x$

También Alexy se remite al silogismo cuando se refiere a la justificación interna, y señala como ejemplo de silogismo el siguiente<sup>12</sup>:

- (J.1.1) (1)  $(x) (x \rightarrow ORx)$   
 (2) Ta  
 (3) ORa

Y ofrece el siguiente ejemplo:

- (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos de servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del soldado)
- (2) El señor M es un soldado
- (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos de servicio<sup>13</sup>.

12. "x" es una variable de un individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, "a" una constante de individuo (p. ej. un nombre propio), "T" un predicado que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y "R" un predicado que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

Señala que este esquema de fundamentación (J.1.1) es insuficiente en todos los casos complicados, por ejemplo: 1) cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, 2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas, 3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o 4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones; R. Alexy (1989), pp. 222-224 y 227.

13. Para Alexy esta forma satisface la justificación mediante reglas universales requeridas por el principio de universalidad. Este principio sirve de base al principio de la justicia formal que exige "observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría". Al lado de esta Forma simple, señala una Forma más general.

Por otra parte, incluye como parte de la justificación interna, las siguientes reglas:

- (J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- (J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
- (J.2.3) Siempre que exista duda sobre si es un T o un M<sup>i</sup>, hay que aducir una regla que decida la cuestión.
- (J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

## 2.2. Críticas a la teoría del silogismo judicial y alcance de las mismas

La teoría del silogismo judicial ha sido blanco de diversas críticas. A continuación examinaremos las mismas para, por esta vía, establecer el alcance y los límites de la misma como fórmula de representación o de justificación de la decisión judicial.

Las críticas adoptan fundamentalmente estas tres direcciones: 1) la ineficacia del silogismo para el establecimiento de las premisas; 2) la inviabilidad del mismo para explicar la actividad judicial, y 3) la no conformación del silogismo jurídico a los cánones de la lógica. Abordaremos brevemente las dos primeras, para dedicarle más atención a la tercera

### 2.2.1. Críticas

1) En primer lugar, se afirma que el silogismo no agota el razonamiento judicial porque representa sólo el *iter* que el juez sigue para alcanzar la decisión, pero no comprende la actividad esencial del juez a través de la que éste llega a fijar las premisas. Así, como crítica al silogismo judicial, se señala que el aspecto relevante para fijar la corrección de la decisión judicial no es tanto probar que ésta ha sido obtenida de las premisas, como justificar las premisas empleadas<sup>14</sup>. Esta crítica puede descomponerse en las siguientes:

a) La individualización de las normas (a fin de su subsiguiente inclusión en un argumento deductivo) no es en sí mismo un proceso en el que la lógica formal puede tener un papel central, o por lo menos es un proceso en el que no se han desarrollado mecanismos lógicos. Esta dificultad concierne tanto a la premisa mayor, como a la menor, y se debe, entre otros, a los siguientes factores: la vaguedad del lenguaje legal y la consiguiente necesidad de interpretación antes de que una norma se pueda establecer como premisa mayor de un silogismo; el hecho de que en la mayoría de los casos la premisa mayor se forma a partir de varias normas y no de una sola, y que su consecuencia no sea única sino ofrezca un margen de elección. El problema del juez -se argumenta en esta línea- no es obtener una conclusión

---

(J.2.5) Ha que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo; R. Alexy (1989), pp. 223-230.

14. A. Aarnio (1977), p. 58.

(lógica) de premisas dadas, sino fijar las premisas, que en ningún caso pueden considerarse dadas, preconstituidas<sup>15</sup>.

b) En muchas ocasiones podemos encontrarnos con normas jurídicas en conflicto, o con falta de normas aplicables al caso (lagunas) y no es posible usar el razonamiento silogístico para determinar la norma aplicable, con la consiguiente indeterminación acerca de qué norma ocupa el lugar de premisa mayor<sup>16</sup>.

c) En gran número de casos el problema puede expresarse como sigue: "Todos los S son P", pero la cuestión esencial es precisamente si la conducta del demandado o acusado es S. En otras palabras, el problema es de clasificación, de otorgar una cualificación jurídica a los hechos reales, más que de deducción. La lógica -señala Gottlieb- no puede ayudar a clasificar los particulares<sup>17</sup>.

En este contexto se enmarca la crítica de Ross cuando señala que es incorrecto concebir la decisión judicial como un silogismo, puesto que la conclusión lógica presupone que la premisa menor sea verdadera. Es descaminado -dice- pensar que el juez tenga la tarea de realizar inferencias lógicas... La tarea del juez (suponiendo siempre que conozca el derecho) es formular la segunda premisa; establecer que en base a los hechos que constan al tribunal, dicha cosa constituye un bosque, esa otra un contrato. Esta formulación de la premisa menor expresa no un reconocimiento teórico

---

15. R. Guastini (1981), p. 199.

Bobbio, por ejemplo, bajo el epígrafe de "Insuficiencia del razonamiento deductivo" señala que "El razonamiento deductivo no agota el discurso jurídico. Mediante el razonamiento deductivo el jurista obtiene conclusiones necesarias de las ciertas premisas. Pero la dificultad está en ponerse de acuerdo en las premisas", N. Bobbio (1989), p. 174. Y señala que las principales condiciones que obstaculizan el acuerdo sobre las premisas son: 1) que el significado de la norma explícita, a la que se quiere referir para probar una conclusión, sea equívoco. Ello significa que los juristas pueden estar de acuerdo en que la conclusión no puede derivarse más que de aquella norma, pero pueden extraer de la misma norma dos premisas diversas y obtener por tanto dos diversas conclusiones; 2) que haya dos o más normas de las que puede derivarse la cualificación de un determinado comportamiento. Según se elija una u otra la conclusión cambia. El caso en que no haya ninguna norma explícita (laguna) no es diferente, siempre que la norma para cualificar el comportamiento no regulado pueda ser obtenida de dos o más normas explícitas, N. Bobbio (1989), pp. 174-175.

16. G. Gottlieb (1968), pp. 166-167.

17. G. Gottlieb (1968), p. 17. Cfr. también O. C. Jensen (1957), p. 16.

de la verdad, sino una decisión formulada en base al uso del lenguaje en conexión a una serie de consideraciones prácticas teleológicas<sup>18</sup>.

2) Como segundo argumento, se sostiene que la teoría del silogismo es una explicación totalmente inadecuada e inexacta de la manera en que los jueces *realmente* deciden los casos. Los tribunales -se arguye- no invocan un procedimiento formal a través del cual los casos particulares se deciden según las normas; por el contrario, su metodología ha sido y continúa siendo claramente no deductiva<sup>19</sup>.

Consideraciones como estas son propias de autores encuadrados dentro del realismo americano. Así por ejemplo, Frank subraya que el proceso judicial no es verdaderamente racional y que los jueces simplemente racionalizan los resultados deseados<sup>20</sup>.

En la misma dirección (si bien por diferentes razones), Kelsen negará en su obra póstuma el carácter silogístico de la decisión judicial partiendo de que la premisa mayor (norma general) no puede estar implícita en la conclusión (premisa menor), puesto que “el acto de voluntad del juez cuyo sentido es la conclusión no puede estar implícito en el acto de voluntad cuyo sentido es la premisa mayor, porque éste es el acto de otra persona”<sup>21</sup>. Esta opinión kelseniana está directamente ligada a su concepción de la norma jurídica como acto de voluntad.

### 2.2.2. Alcance de las críticas

Para establecer el alcance de las críticas señaladas resulta imprescindible comenzar realizando algunas distinciones.

1) En primer lugar, es necesario deslindar dos sentidos del término “justificación” de la decisión judicial: justificación interna (esto es, justificación del “paso” de las premisas a la conclusión) y justificación externa (es decir, de las premisas). Pues bien, la primera de las críticas a la

---

18. A. Ross (1982), pp. 95-96.

Sobre este tipo de críticas, además de los autores señalados, vd. H. L. A. Hart (1962), p. 27; M. Tauffo (1975), pp. 153-155; A. Aarnio (1977), pp. 60-62; J. A. García Amado (1988), pp. 199-200; R. A. Wasserstrom (1978), pp. 18-19; N. Bobbio (1989), pp. 174-175, y N. McCormick (1978), pp. 67-70.

19. A. Wasserstrom (1978), p. 16.

20. J. Frank (1930), p. 111.

21. H. Kelsen (1985), p. 415. Sobre la última obra de Kelsen Vd. en general L. Gianformaggio (1987) y C. Alarcón Cabrera (1989), pp. 328-330.

tesis del silogismo jurídico sólo es válida si, haciendo caso omiso de la distinción entre justificación interna y externa, se afirma (sin más precisiones) que la decisión judicial es o puede reducirse a un silogismo.

En este sentido esta crítica se vendría abajo, pues el carácter, deductivo o no (aspecto interno), de la justificación no puede ser enjuiciado en base a datos o elementos pertenecientes a la vertiente externa (como son los relativos a la indeterminación y/o dificultad de establecer las premisas, el establecimiento de los hechos, etc.)<sup>22</sup>.

Es cierto que reducir la decisión judicial al esquema silogístico supone una simplificación extrema del proceso de aplicación de la ley. Ahora bien, si se tienen en cuenta los dos aspectos de la justificación reseñados, puede decirse que la decisión judicial, desde el punto de vista de la justificación interna puede reconducirse a la forma del silogismo.

2) De otro lado, es necesario distinguir las diferentes maneras en que puede entenderse la tesis del silogismo. Distinguiremos las cuatro siguientes: como tesis (a) explicativa, (b) descriptiva, (c) prescriptiva, y (d) como medio de control ex post de la racionalidad de la decisión. Aunque algunos de estos puntos de vista no puedan ser tajantemente separados, ello no impide distinguir los diferentes aspectos de un mismo fenómeno (la actividad judicial).

La teoría del silogismo jurídico entendida como tesis explicativa significa que el silogismo *puede servir para explicar porqué* el juez tomó una determinada decisión. Se trata de un medio para explicar la toma de decisión judicial en tanto que acción. Se trata de saber *porqué* el juez tomó precisamente esa solución. Desde este punto de vista, la acción del juez se considera un *acto creativo* y la comprensión de dicha acción consiste en la descripción de ese *acto*. Para analizar esto, Aarnio recurre a la idea de razonamiento práctico (desarrollada en los últimos años por von Wright<sup>23</sup>) y de lógica de la acción<sup>24</sup>. Esta es la perspectiva que adopta Aarnio cuando

---

22. Esta distinción la olvida, por ejemplo, MacCormick cuando se refiere a los límites de la justificación deductiva, pues las limitaciones de que habla no lo son de la deducción sino de la justificación externa, Cfr. N. MacCormick (1978), pp. 65-70.

23. Explicar una acción individual es dar una verdadera respuesta a la cuestión porqué la acción fue realizada (undertaken) "¿Porque?" significa "¿porqué motivo?" o "¿porqué razón?", G. H. von Wright (1983 b), p. 53.

Como señala Raz, la teoría de la razón práctica contribuye a la explicación de la acción al describir aquellas normas de razonamiento que el agente estaba tratando de seguir, J. Raz (1986), p. 14.

24. A. Aarnio (1977), p. 43.

ofrece una explicación teleológica o intencional de la toma de decisión judicial: el juez es considerado como un agente que intenta alcanzar ciertos fines y que tiene a su disposición cierta información. En base a esto intentará descubrir un medio o herramienta (el silogismo) que garantice la realización de sus fines, y la decisión debe estar de acuerdo con el sistema de fines subyacentes al sistema jurídico. De ahí deduce Aarnio que el comportamiento del juez es -al menos en cierta medida- teleológico<sup>25</sup>.

Pues bien, desde este punto de vista, hay quienes han considerado la decisión judicial como silogismo, pero hay que decir que se trata de un *silogismo práctico, no teórico*. Así lo entienden, además de Aarnio, Wroblewski y Ross, por ejemplo<sup>26</sup>. Toda vez que una norma general se aplica a un caso concreto (por ejemplo, cuando el juez impone una pena a un criminal en base a la norma general del código penal), se tiene un caso de inferencia práctica<sup>27</sup>.

Como tesis descriptiva significa que *de hecho* las decisiones judiciales se justifican a través del silogismo. La verdad o no de esta afirmación puede determinarse por medio del análisis empírico de las sentencias judiciales.

Como tesis normativa (o prescriptiva) la teoría del silogismo jurídico constituye una directiva dirigida a los jueces acerca del *cómo deben aplicar* el derecho. Bajo la teoría del silogismo jurídico, muchas veces subyace una prescripción del siguiente tenor: la aplicación judicial debe estar de acuerdo con el esquema silogístico porque a través del mismo se garantizan valores jurídicos como los de legalidad, seguridad, certeza jurídica, etc., evitándose al mismo tiempo cualquier posibilidad de creación judicial de derecho.

Por último, dicha teoría puede ser entendida en el sentido de empleo de la forma silogística como *medio de control ex post de la racionalidad* de la decisión judicial.

---

25. A. Aarnio (1977), p. 134, y (1977-78), p. 98.

26. Cfr. Aarnio (1977) y (1987-88), Wroblewski (1974), p. 39 y Ross (1982).

De otro lado, creo que es la falta de distinción entre silogismo teórico y práctico lo que le hace a Kelsen refutar el silogismo normativo, partiendo de que la validez de la norma individual (decisión) no puede estar implícita en la norma general, puesto que se requiere un nuevo acto de voluntad, H. Kelsen (1985), pp. 387-388. Si analizamos la sentencia judicial desde la perspectiva de la teoría de la acción esto es cierto; no así si la consideramos como razonamiento o inferencia teórica.

27. Inferencia práctica que Ross explica a través del siguiente ejemplo: Mantén tus promesas; esta es una promesa tuya; mantén esa promesa. A. Ross (1982), p. 77. Si bien el mismo Ross afirmará más adelante que la aplicación del derecho no constituye un silogismo práctico, *ibidem*, p.95.

Pues bien, teniendo presente lo anterior, la segunda de las críticas tiene que ser precisada. En el sentido (a), la teoría del silogismo judicial no puede sostenerse sin más: requeriría investigaciones acerca del proceso psicológico que tiene lugar en la mente de los jueces. Como tesis descriptiva (sentido (b)) son necesarios exámenes empíricos de sentencias judiciales concretas.

Si asumimos (como es nuestro caso) una concepción no cognoscitivista de los valores, no cabe preguntarse si la afirmación hecha desde la perspectiva normativa (c) es verdadera o falsa. En tanto que tesis prescriptiva, puede defenderse que el silogismo es el medio a través del cual *deben* justificarse las decisiones judiciales<sup>28</sup>, de la misma manera que puede defenderse la postura contraria; estas opiniones pueden ser calificadas como correctas o incorrectas, justas o injustas, pero no de verdaderas o falsas.

Podríamos decir que en el único sentido en que la teoría del silogismo jurídico podría tener alguna virtualidad es en el (d), esto es medio de control de la racionalidad de la decisión; y admitir como requisito de la racionalidad interna de la decisión judicial el respeto de las reglas del silogismo. Ahora bien, hay que decir, en primer lugar, que ello supone admitir una tesis prescriptiva: que el silogismo es un requisito *sine qua non* para calificar una decisión judicial como racional. En segundo término, presupone la virtualidad del silogismo (por tanto de una parte de la lógica formal) para “tratar” las sentencias judiciales (hecho que intentaremos poner en entredicho más adelante).

Por tanto, podemos decir que las críticas examinadas hasta este momento no son determinantes para rechazar aquél de manera absoluta. Estas críticas muestran únicamente la insuficiencia de la teoría del silogismo jurídico para dar u ofrecer una explicación global del proceso de aplicación judicial. Teniendo en cuenta únicamente lo dicho hasta ahora, podíamos decir que el silogismo judicial puede servir como medio de control *ex post* del aspecto interno de la justificación de las decisiones judiciales: es decir, una decisión judicial está justificada internamente si el paso de las premisas a la conclusión respeta las reglas del silogismo.

---

28. Desde una perspectiva retórica o argumentativa puede defenderse esta postura, aún sabiendo que se trata de una prescripción de imposible cumplimiento, porque, suceda que por ejemplo la estructura lógica del silogismo no encaje en lo que constituye una sentencia judicial.



### 2.3. Críticas desde una perspectiva lógica

A continuación realizaremos una doble crítica a la teoría del silogismo judicial. La primera de ellas es únicamente una crítica a algunas presentaciones de la teoría del silogismo judicial (no es por tanto una crítica de fondo). La segunda se dirige a mostrar la no adecuación del silogismo teórico a lo que podría ser la estructura (simplificada hasta extremos que pueden estimarse ridículos) de una sentencia judicial.

Un problema diferente es el relativo a si la decisión judicial *es* (al menos en parte) o *puede ser reconstruida como* una inferencia lógica. Se trata de una cuestión directamente ligada a la problemática de la lógica de las normas. Esta cuestión queda fuera del objetivo central del presente trabajo, no obstante lo cual realizaremos algunas reflexiones sobre el mismo.

#### 2.3.1. Crítica débil

Tenemos que comenzar señalando que cuando se acude al silogismo como instrumento de representación, control, etc., de la decisión judicial, no suele precisarse en la mayoría de los casos (salvo las excepciones antes señaladas) de qué tipo de silogismo se trata (teórico o práctico, y dentro del primero de qué figura) y menos aún dentro de qué lógica se encuadra. No obstante, la mayoría de los autores se refieren al silogismo teórico<sup>29</sup> y por tanto a la lógica formal. Considero, por ello que no está de más comenzar recordando algunos lugares comunes sobre esta última.

A la lógica formal<sup>30</sup> le importa únicamente la forma válida de los

---

29. Cfr. infra nota 6.

30. La palabra "lógica" pertenece al léxico filosófico y científico, así como al uso ordinario del lenguaje. Limitándonos al primero de los ámbitos, dicho término adquiere significados diversos en función de sus diversas teorizaciones.

Comenzaremos destacando el carácter formal de la lógica. La lógica -señala Deaño- es *lógica formal*, en cuanto que es ciencia de las formas o esquemas válidos de razonamiento. Se llama una forma válida de razonamiento a un esquema de inferencia tal que, dado cualquier razonamiento que podamos hacer interpretando las variables de ese esquema, si las premisas del razonamiento son verdaderas, entonces necesariamente la conclusión será verdadera también" (A. Deaño (1985), p. 40). En otros términos, se ha definido la lógica formal como una ciencia abstracta que tiene por objeto el análisis formal de los argumentos o también, y más concisamente, como *teoría formal de la deducción* (M. Garrido (1978), pp. 20-21).

Ahora bien, hoy en día resulta más correcto referirse a la lógica en plural ("las lógicas"), dada la variedad de éstas. Las tipologías y clasificaciones de la lógica son múltiples. Una distinción básica es la que se realiza entre "lógica formal" y "lógicas no-clásicas" o mejor entre la primera y las "lógicas desviadas" o "lógicas divergentes".

razonamientos. Podemos decir que una forma válida de razonamiento consiste en un esquema de inferencia tal que, dado cualquier razonamiento que podamos hacer interpretando las variables de ese esquema, si las premisas del razonamiento son verdaderas, entonces necesariamente la conclusión será también verdadera. Así, para que un razonamiento lógico sea tal necesitamos que las variables, es decir, los enunciados del mismo sean susceptibles de adquirir valores veritativos. Que las premisas sean *de hecho* verdaderas o no lo sean es una cuestión que queda fuera de la lógica. La validez lógica de una inferencia no garantiza la validez de su conclusión; que la inferencia es válida implica solamente que si las premisas son verdaderas la conclusión debe ser verdadera; pero la lógica por sí misma no garantiza la verdad de las premisas. Lo esencial de todo razonamiento formalmente válido es la relación de *necesidad* que se establece entre las premisas y la conclusión, de tal modo que la verdad de las primeras acarrea inevitablemente la verdad de las segundas<sup>31</sup>.

Pues bien, asumiendo una postura no-cognoscitivista sobre las normas diremos que cualquier tipo de formalización jurídica (sea a través de la figura del silogismo o de otro medio) tiene que recaer sobre proposiciones susceptibles asumir con sentido los valores de verdad/falsedad.

---

Dentro de la lógica formal suele distinguirse entre la lógica clásica y la lógica tradicional (silogística aristotélica) (Cfr. S. Haack (1982), p. 24, y A. Deaño (1985), p. 299); si bien hay quienes incluyen esta última como parte de la lógica de predicados, Cfr. M. Garrido (1978), cap. VII.

Así, Deaño define la "lógica clásica" como la forma clásica de la lógica contemporánea, esto es, la lógica que Boole, Peirce y Schröder construyeron algebraicamente durante el siglo XIX y a la que Frege, en 1879, dio forma axiomática; la lógica que se halla en los "Principia Mathematica" (1910-13) de Whitehead y Russell su texto de referencia, A. Deaño (1985), p. 299. Cfr. también A. Deaño (1980), pp. 10-13.

Los rasgos (o al menos algunos de ellos) que caracterizan dicha lógica se pueden resumir diciendo que la lógica clásica es *apofántica, bivalente, asertórica y extensional*. Apofántica, porque deja fuera de consideración aquellos enunciados de los que no quepa preguntar con sentido si son verdaderos o falsos. Bivalente porque no admite más que dos valores de verdad. Asertórica, porque excluye la existencia de "modalidades" de verdad y falsedad. Extensional, porque si admitimos que toda expresión -un nombre, un predicado, un enunciado- tiene una extensión (que serían, respectivamente, un individuo, un enunciado, un conjunto y un valor de verdad) y una intensión (siendo la intensión de un nombre el "concepto individual" que designa, la intensión de un predicado la propiedad que significa y la intensión de un enunciado la proposición que expresa), la lógica clásica opera exclusivamente en términos de la primera. A. Deaño (1985), pp. 299-300 y 322.

En las páginas que siguen emplearemos el nombre "lógica formal" como comprensivo de la lógica tradicional silogística y la lógica clásica.

31. Cfr. A. Deaño (1985), p. 39-41.

La crítica por tanto es la siguiente: la lógica formal a la que se apela como esquema de la decisión judicial, y el silogismo teórico en particular, tratan con proposiciones, es decir, con enunciados susceptibles de verdad o falsedad. Y las normas no pertenecen a la categoría de proposiciones, por lo que no pueden ocupar el lugar de premisas de una decisión judicial<sup>32</sup>.

Así, un silogismo que represente el punto de llegada de la decisión judicial, tendría como premisa mayor una proposición normativa acerca del derecho válido y, como premisa menor otra proposición acerca de unos determinados hechos (los mismos descritos con carácter genérico en la premisa mayor). En ambos casos no se trata de normas, sino de proposiciones normativas<sup>33</sup>. La premisa mayor podría decirse que es susceptible de verdad o falsedad atendiendo a las prescripciones del ordenamiento jurídico sobre validez normativa; y la menor atendiendo a los criterios de "verdad jurídica". Por último, la conclusión tendrá el carácter de una *verdad lógica* derivada de la verdad de las premisas<sup>34</sup>.

En este sentido son inválidas las formas de silogismo presentadas por autores como Perelman, Klug, Engisch y Alexy por cuanto que violan las leyes más elementales de la lógica clásica al incluir entre sus premisas proposiciones de deber ser y obtienen como conclusión s del mismos carácter ("Todos los imputados... deben ser penados" [Klug]; "El asesino debe ser penado" [Engisch]), "El soldado debe decir la verdad..." [Alexy] o proposiciones acerca de la realidad [Perelman]).,

---

32. Como es sabido, son diversas respuestas dadas al dilema de Jørgensen, y por tanto las concepciones sobre las relaciones entre lógica y normas. Nosotros estamos optando por la posición según la cual las normas no tienen valor de verdad (y por tanto no son susceptibles de tratamiento lógico), pero sí los enunciados normativos. Esta es por ejemplo la postura de G.H. von Wright (1970), pp. 109-121 especialmente pp. 118-119.

El denominado dilema de Jørgensen está expuesto en J. Jørgensen (1937-38). Acerca del mismo cfr. por ejemplo la opinión de A. Ross en (1982). Cfr. la alternativa de C. E. Alchourrón y A. A. Martino (1987-88) especialmente pp. 24-34, quienes defienden una "lógica sin verdad", esto es, la posibilidad de una lógica de las normas basada, no en las nociones de verdad y falsedad, sino en la noción abstracta de consecuencia.

33. Sobre la distinción entre norma (o enunciado normativo) y proposición normativa cfr. entre otros, C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1981), p. 95 y G. H. von Wright (1970), p. 120; A. Ross (1970), p. 9 (este último distingue entre normas y proposiciones doctrinarias).

34. Esto tampoco es totalmente correcto porque implica que la determinación de la validez de las normas aplicables o de los hechos probados es una cuestión que puede resolverse por medios objetivos a través de la verificación de la validez de las normas y de los hechos. Creemos que esto no es así, y que en muchos casos en el establecimiento de cuáles son las normas válidas entran en juego criterios valorativos, y por tanto no verificables (o no verificables totalmente).

Ahora bien, en cualquier caso esas premisas nunca nos permitirán deducir nada acerca del comportamiento real de los operadores jurídicos. Por tanto, la figura del silogismo judicial no sirve como razonamiento decisorio (para lo cual tendríamos que servirnos del razonamiento práctico), sino (en todo caso) como justificación *ex post* de la misma.

### 2.3.2. Crítica fuerte

Situada la cuestión en estos términos, vamos a ver a continuación si el silogismo judicial es válido como medio de control *ex post* de la vertiente interna de la decisión. Para ello vamos a realizar una breve digresión sobre la figura silogística.

La teoría del silogismo fue formulada por primera vez por Aristóteles y más tarde completada por la tradición medieval y el pensamiento posterior hasta Kant. Al comienzo de los *Primeros Analíticos* Aristóteles define el silogismo como "una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente en otra proposición diferente, sólo por el hecho de haber sido aquellas sentadas"<sup>35</sup>; pero el término "silogismo" se aplica de un modo más estricto por los lógicos (incluido Aristóteles) para referirse a aquellas argumentaciones que satisfacen unas determinadas condiciones que a continuación pasamos a exponer.

El primer silogismo aristotélico, llamado después *Barbara*, es representado como sigue<sup>36</sup>:

Si A se atribuye a toda B  
y B se atribuye a toda C,  
es necesario que A se atribuye a toda C

En general podemos decir que un silogismo (categórico) es una argumentación con tres proposiciones, dos premisas y una conclusión, cada

35. Aristóteles (1987), L. 1º, Sec. 1ª, Cap. 1, §8.

36. Aristóteles (1987), L. 1º, Sec. 1ª, Cap. 4º, §4.

Las traducciones de los textos aristotélicos varían. Para Lukasiewicz el silogismo aristotélico se expresa en los siguientes términos: "Si A es predicado de todo B, y B es predicado de todo C, entonces A es predicado de todo C". Aunque señala que la traducción exacta de la conclusión del texto griego es: "A tiene que ser predicado de todo C". Aunque éste se considera el genuino silogismo aristotélico, el Estagirita empleó también otras formas como: "Si todo B es A, y todo C es B, entonces todo C es A"; o "Si B pertenece a todo A, y C no pertenece a ningún A, entonces C no pertenece a algún B". Cfr. J. Lukasiewicz (1977), pp. 14 y 20.

una de las cuales es de una de las cuatro formas: A,E,I,O (es decir, universal afirmativa, universal negativa, particular afirmativa y particular negativa).

El silogismo consta de tres proposiciones llamadas premisas. Los elementos involucrados en una premisa son su sujeto y su predicado, a los que Aristóteles llama términos. Los términos son aquellos elementos de las proposiciones que no son ellos mismos proposiciones ni se expresan por la cópula o por los signos de cualidad y cantidad (todos, algunos, ningún, no)<sup>37</sup>.

Los nombres que reciben los términos son: término mayor, término menor y término medio. Se llama "término mayor" el término-predicado de la conclusión y "premisa mayor" a la premisa en que aparece aquél. "Término menor" es el término-sujeto de la conclusión y "premisa menor" es la premisa en que aparece aquél. El "término medio" es idéntico en ambas premisas y no aparece en la conclusión<sup>38</sup>.

La forma del silogismo puede simbolizarse como sigue:

Todo M es P  
Algún S es M  
 Algún S es P

37. Para Aristóteles, toda premisa es o universal, o particular o indefinida. "Todo" y "ningún" añadidos al sujeto son signos de universalidad, "algún", "algún no" o "no todo" son signos de particularidad. Una premisa sin ningún tipo de cantidad se denomina indefinida. Un término es llamado universal si es de naturaleza tal que es predicado de muchos sujetos, p. ej. "hombre"; un término que no tiene esta propiedad se denomina singular, p. ej. "Callias". Aristóteles olvida que un término no-universal no es necesariamente singular; puede ser vacío. Al construir su lógica, Aristóteles no hace referencia ni a los términos singulares ni a los términos vacíos, Cfr. J. Lukasiewicz (1977), pp. 15-16.

En la proposición "Todos los hombres son mortales", "hombres" y "mortales" son, término-sujeto y término-predicado respectivamente.

38. Tomemos el siguiente ejemplo:

Todos los profesores son instruidos  
 Algunos escoceses son profesores  
 ∴ Algunos escoceses son instruidos.

En este caso "profesores" es el término medio, "escoceses" el término menor e "instruidos" el término mayor. Para Aristóteles el orden de las premisas en los silogismos es arbitrario, porque las premisas del silogismo forman una conjunción y los miembros de una conjunción con conmutables. Es sólo una convención que la premisa mayor sea colocada en primer lugar, Cfr. J. Lukasiewicz (1977), p. 37.

Tomando como único criterio la disposición del término medio, y dado que la conclusión debe ser S-P, se obtienen las cuatro “figuras” del silogismo según que el término medio sea: 1) sujeto en la premisa mayor y predicado en la menor; 2) predicado en ambas; 3) sujeto en ambas, o 4) predicado en la mayor y sujeto en la menor.

Los esquemas, donde S, M y P representan respectivamente los términos menor, medio y mayor, son los siguientes:

Figura 1	Figura 2	Figura 3	Figura 4
M-P	P-M	M-P'	P-M
<u>S-M</u>	<u>S M</u>	<u>M-S</u>	<u>M-S</u>
S-P	S-P	S-P	S-P

Dado que cada una de las premisas puede revestir cualquiera de las cuatro formas, A,E,I,O ( $4 \times 4 \times 4 = 64$ ), y las figuras son a su vez 4 ( $64 \times 4$ ) se puede construir 256 esquemas llamados “modos”. Ahora bien, de todas estas combinaciones posibles sólo 24 constituyen modos válidos. Los modos válidos son 4 de la primera figura, 4 de la segunda, 6 de la tercera y 5 de la cuarta. A estos hay que añadir un grupo de 5 modos llamados “subalternos” que se caracterizan por ofrecer una conclusión particular aunque las premisas permitirían que fuese universal.

Para la construcción de las figuras se utilizan unas reglas generales (de la distribución y de la cantidad y la cualidad) y unas reglas particulares de cada una de las figuras<sup>39</sup>.

A modo de ejemplo vamos a exponer los modos válidos de la primera figura:

Todo M es P ( <i>Barbara</i> )	Ningún M es P ( <i>Celarent</i> )
<u>Todo S es M</u>	<u>Todo S es M</u>
Todo S es P	Ningún S es P

Todo M es P ( <i>Darii</i> )	Ningún M es P ( <i>Ferio</i> )
<u>Algún S es M</u>	<u>Algún S es M</u>
Algún S es P	Algún S no es P

39. Estas reglas pueden verse p. ej. en W. y M. Kneale (1972), pp. 70-73, y D. Mitchell (1974), pp. 31-34. Si bien desde Euler (s. XVIII) se utilizan círculos para expresar gráficamente las relaciones entre los términos de las proposiciones (categóricas), modernamente se utilizan los diagramas de Venn (inspirados en el cálculo de clases de Boole), útiles para establecer cuáles son los modos válidos y cuáles no.

Según Aristóteles, hay un número de modos silogísticos cuya validez es evidente y que pueden ser considerados como axiomas en el sistema formal silogístico. Son los silogismos llamados perfectos, o sea, los modos válidos de la primera figura: Barbara, Celarent, Darii, Ferio. En una ocasión Aristóteles redujo los modos perfectos o axiomas del sistema a los dos primeros<sup>40</sup>.

Pues bien, creemos que el silogismo no constituye una representación adecuada de la decisión judicial.

En primer lugar, representaciones de la decisión judicial como las de Engisch o Klug, no constituyen silogismos, pues incluyen términos de "deber ser". De esta manera violan uno de los principios de la lógica clásica como es el de su carácter apofántico, es decir, que deja fuera de consideración aquellos enunciados de los que no puede preguntarse con sentido si son verdaderos o falsos<sup>41</sup>.

Tampoco las representaciones de la sentencia judicial libres de este error (como p. ej. la de Wroblewski) se ajustan al esquema silogístico. Las razones por las que la estructura del silogismo (en cualquiera de sus diferentes modos) no es parangonable a la estructura interna de la decisión judicial podemos cifrarlas en las siguientes.

1) En primer lugar, hay que mencionar que cuando se habla de la decisión como silogismo la cuestión se resuelve señalando que aquella tiene la estructura *del* silogismo. No se dice a cuál de las figuras se hace referencia, dando a entender la existencia de un único modo silogístico.

Por tanto, si pretendemos tratar la decisión judicial como silogismo lo primero que tenemos que afrontar es la *traducción* de los términos de la decisión judicial a uno de los modos del silogismo; puesto que el lenguaje de una sentencia judicial no es parangonable a los términos en que se exponen cualquiera de las figuras silogísticas. Hay que tener en cuenta

---

40. Los modos que no son evidentes por sí mismos son modos imperfectos, y deben ser probados en base a los modos perfectos. Los métodos usados por Aristóteles para ello son tres: el de conversión, el de *reductio ad impossibile* y el de exposición, Aristóteles (1987), L. 1<sup>o</sup>, Sec. 1<sup>o</sup>, Cap. 23.

Sobre el silogismo pueden verse, entre otras, las siguientes obras: Lukasiewicz (1977), W. y M. Kneale (1972); voces "Silogismo", "Modo", y las de las diferentes figuras en J. Ferrater Mora (1965); I. M. Copi (1974); M. Sacristán (1976); J. Ferrater Mora y H. Leblanc (1970); M. Garrido (1978); W. v. O. Quine (1981); D. Mitchell (1974); I. M. Bochenski (1976), I. Tammelo (1969).

41. Cfr. A. Deaño (1985), pp. 299-300.

además, la dificultad de esta tarea desde el momento en que las dos “premisas” de esta decisión judicial se construyen sobre una pluralidad de normas jurídicas. Así, a la dificultad de traducción en forma silogística de cada una de las normas jurídicas, se añade la previa construcción de una proposición normativa que figura como premisa mayor y de una proposición normativa como premisa menor (Como se ve, pues, la distinción entre los aspectos interno y externo de la justificación judicial no es tan tajante como en un primer momento pudiera pensarse).

2) Tomaremos un ejemplo de lo que puede ser una decisión judicial, intentando aproximarla a la estructura silogística. Tomaremos el art. 407 del Código penal según el cual: “El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor”. La premisa mayor es una proposición sobre este artículo. La premisa menor es una proposición acerca de unos determinados hechos.

P M: A todos los homicidas les corresponde la pena de reclusión menor  
 p m: Algún X es un homicida  
 A algún X le *corresponde* la pena de reclusión menor,

o

A todo H le corresponde P  
Algún H  
 A algún H le corresponde P  
 H = homicida  
 P = pena de reclusión menor

Como hemos visto, en el silogismo tradicional tanto las premisas como la conclusión tienen la estructura de sujeto-cópula-predicado; estructura que nos parece demasiado estricta para encajar en ella la forma de una decisión judicial (a no ser que estemos dispuestos a hacer malabarismos lingüísticos) sobre todo si tenemos en cuenta que la premisa mayor sería siempre una proposición normativa.

En primer lugar, si bien en la premisa mayor y en la conclusión parece que se dan los dos términos del silogismo en cada una (homicidio y reclusión menor (en la premisa mayor, y homicida y reclusión menor (en la conclusión)), no es así. En ambas (premisas y conclusión) los términos son los mismos (lo que varía es el cuantificador);

El término “es” de la premisa menor tiene un carácter diferente al del mismo término en la premisa mayor. Mientras que en la premisa mayor dicha partícula representa el nexo entre dos términos del silogismo, en la



menor forma parte de uno de los términos. Por tanto en la premisa menor falta el término medio.

En segundo lugar, la cópula tradicional del silogismo la constituye el verbo “es” o similares. Si bien en algunos casos dicha cópula puede mantenerse, no ocurre siempre así. En los supuestos de sentencias penales por ejemplo, la relación entre el delito (o falta) y la pena se representa mejor por medio de expresiones como “le corresponde”, “está penado con”, que a través del verbo ser.

En tercer lugar hay que poner de relieve que si bien en algunos casos la consecuencia es única (p. ej., nulidad del matrimonio, inhabilitación para todo cargo público), en otros casos, (como, por ejemplo, reclusión mayor), la conclusión deberá ser determinada por el juez dentro de unos márgenes legales<sup>42</sup>. De forma que en este ejemplo tanto la premisa mayor como la conclusión habría que sustituir el término “reclusión mayor” por “la pena de entre 12 años y un día a 20 años de reclusión”, lo que supone un alejamiento mayor del esquema silogístico.

### 3. LA DECISIÓN JUDICIAL ¿PUEDE SER EXPRESADA COMO UNA INFERENCIA LÓGICA DIFERENTE AL SILOGISMO?

Llegados a este punto pueden plantearse dos cuestiones (cuestiones que van más allá del objeto de estas páginas). Una primera es la relativa a si la decisión judicial puede ser expresada como una inferencia lógica diferente al silogismo. Esta cuestión puede plantearse en términos más generales como sigue: ¿la lógica, o mejor, alguna regla lógica o alguna clase de lógica puede servir para controlar la corrección de las decisiones judiciales (o de una parte de las mismas)? Un segundo problema se refiere a la virtualidad del silogismo práctico como instrumento para explicar la toma de decisión judicial (el acto de decidir). Esta cuestión, a la que hemos aludido en páginas anteriores cuando hablábamos del silogismo judicial como tesis explicativa, no vamos a abordarla. Sí vamos a decir algo, sin embargo, acerca de la primera.

Tenemos que comenzar diciendo que este problema lleva implícito uno más genérico como es el de la lógica de las normas, concretamente la aplicabilidad de la lógica a las normas jurídicas o a las proposiciones normativas.

---

42. Cfr. los silogismos de elección de consecuencias y silogismo decisional complejo que presenta J. Wroblewski (1974), pp. 43-45 (y que hemos expuesto en páginas anteriores).

Uno de los autores que recientemente ha defendido el papel de la lógica en el razonamiento judicial es MacCormick. La tesis central de MacCormick es que una decisión judicial puede ser justificada a través de un argumento puramente deductivo.

Para este autor un argumento deductivo es un argumento que pretende mostrar que una proposición, la conclusión de un argumento, es implicada por alguna otra proposición o proposiciones, las premisas del argumento. Un argumento deductivo es válido -dice- si, cualquiera que sea el contenido de las premisas y de la conclusión, su forma es tal que sus premisas de hecho implican la conclusión. En ocasiones es posible mostrar de manera concluyente que una decisión está legalmente justificada a través de un argumento puramente deductivo. Para demostrar esto es suficiente -dice MacCormick- dar un ejemplo de dicha justificación. No se trata -señala- de la demostración de verdades lógicas, sino de su aplicación, esto es, de la aplicación de formas válidamente lógicas de argumentos en contextos jurídicos<sup>43</sup>.

Demostrar que al menos en un caso una justificación concluyente de una decisión puede ser dada a través de un argumento puramente deductivo -continúa- es mostrar concluyentemente que la justificación deductiva es posible, y que a veces tiene lugar. Esto deja abierta la cuestión de si sucede siempre así (que no) y también la relativa a qué formas de razonamiento pueden usarse cuando una justificación puramente deductiva no es posible, o por alguna otra razón no es adoptada por el juez o tribunal<sup>44</sup>.

MacCormick presenta el argumento deductivo a través de la regla *modus ponens* de la lógica proposicional<sup>45</sup>, como sigue:

(A) En cualquier caso, si p entonces q

43. NF. MacCormick (1978), pp. 21-22, 19 y 25.

44. N. MacCormick (1978), p. 37.

45. Hay que señalar que MacCormick emplea la expresión "argumento lógico" para referirse indistintamente a la regla *modus ponens* de la lógica proposicional y a la lógica tradicional silogística. Así, a la vez que utiliza reiteradamente la fórmula "Si p entonces q; p; ∴ q", emplea el término silogismo, premisa mayor y premisa menor. Así, dice: "Todas las premisas mayores implicadas en el argumento, no todas las cuales han sido expresamente afirmadas, son reglas jurídicas respecto de las cuales puede indicarse la autoridad. Las premisas menores son o afirmaciones de "hechos primarios" probados o conclusiones de "hechos secundarios" derivados de los primeros por deducción a través de alguna premisa mayor que es una regla jurídica. ... cada fase del argumento afirma una expresión simbólica del silogismo, indicando que muestra una forma válida", N. MacCormick (1978), p. 29. También p. ej. G. Kalinowski (1964), p. 277-278, utiliza la regla *modus ponens* de la lógica de predicados.

- (B) En el presente caso p  
 (C) ∴, en el presente caso q  
 o “Si p entonces, q; p; ∴ q”

Veamos uno de los ejemplos de argumento deductivo que ofrece MacCormick<sup>46</sup>:

(A) En cualquier caso, si los bienes vendidos por una persona a otra tienen defectos que los hacen impropios para su uso propio pero (los defectos) no son aparentes en un examen ordinario, entonces los bienes vendidos no son de cualidad mercantil.

(B) En el presente caso, los bienes vendidos por una persona a otra tienen defectos que los hacen impropios para su uso propio pero no son aparentes en un examen ordinario.

Por tanto (C), En el presente caso, los bienes vendidos no son de cualidad mercantil.

Más tarde, manteniendo en lo sustancial su tesis, modificará el modo de formalización de la lógica de la deducción jurídica, y presentará el argumento deductivo a través de la lógica de predicados<sup>47</sup>. Y ofrece el siguiente ejemplo: “Para todos los ‘x’ y todos los ‘y’; si ‘x’ vende a ‘y’ y si ‘y’ compra de ‘x’ alguna cosa ‘g’, y si ‘g’ es un tipo de bienes, y si ‘x’ es una persona que comercia con bienes del tipo ‘t’, y si ‘t’ es un tipo de bien al cual pertenece ‘g’, entonces el contrato entre ‘x’ e ‘y’ está sujeto a la condición implícita de que ‘g’ es de cualidad mercantil y ‘x’ está obligado a compensar a ‘y’ si ‘g’ no es de cualidad mercantil”<sup>48</sup>.

Además, MacCormick considera que el cumplimiento de los requisitos de la lógica deductiva es un elemento necesario en la justificación jurídica<sup>49</sup>.

46. N. MacCormick (1978), pp. 24-25.

47. Acepta así la crítica de P. White. Es inadecuado -dice MacCormick- usar la lógica proposicional para la formalización de dichos argumentos. Hacerlo así (a través de la lógica proposicional) es omitir algunos de los elementos claves del razonamiento. Se necesita alguna forma de la lógica de predicados. La razón para ello es que las normas jurídicas tienen el carácter de *open hypotheticals*, esto es, emplean hipótesis que son realizables en cualquier ocasión. N. MacCormick (1989), p. 4.

48. N. MacCormick (1989), p. 5.

49. MacCormick señala que, más allá de las diferencias que pueda haber entre los distintos sistemas jurídicos, en la medida en que todos ellos incluyen normas que es obligatorio aplicar en todos los casos a los que aquellas se refieran claramente, el cumplimiento de los requisitos

En principio podría decirse que la decisión judicial se representa mejor a través de la *ley modus ponendo ponens* de la lógica proposicional (o lógica de enunciados)<sup>50</sup>, que a través de cualquiera de las figuras silogísticas. Las ventajas que dicha ley tiene sobre cualquiera de dichas figuras en orden a representar la decisión judicial radican en que las variables de dicha ley pueden ser sustituidas por cualquier cosa, o mejor, por cualquier cosa *siempre que esa cosa sea un enunciado* (esto es, se tiene que tratar de enunciados respecto de los que pueden predicarse los valores de verdad), y si se trata de lógica de predicados teniendo en cuenta la presencia de cuantificadores. La ley modus ponens no es más que una forma de inferencia que, afirmando que se da una relación condicional ( $p \rightarrow q$ ) y afirmando (*ponendo*) que se da lo enunciado por el antecedente, deduce y afirma (*ponens*) como verdadero lo enunciado por el consecuente. Este esquema no hace sino desarrollar el sentido del condicional<sup>51</sup>.

Ahora bien, creemos que la tesis de MacCormick puede ser objeto de algunas puntualizaciones.

En primer lugar, MacCormick no deja del todo claro el carácter de las variables lógicas, esto es si se trata de normas (no susceptibles de asumir valores de verdad) o de proposiciones normativas. Para ser aplicable la lógica formal tendría que tratarse de las segundas: las variables ocuparían el lugar de proposiciones acerca de la existencia de determinadas normas jurídicas, y sobre la existencia de ciertos hechos. Sin embargo, se refiere a las variables indicando que las premisas mayores del silogismo son normas jurídicas, las premisas menores son "hechos primarios" probados o conclusiones de hechos secundarios (derivados de los primarios deductivamente)<sup>52</sup>. Y caracteriza la inferencia deductiva o razonamiento deductivo/subsuntivo como sigue: postulas una norma general hipotética, estableces hechos en un caso particular subsumibles en la hipótesis de la norma, y obtienes la conclusión lógica para el caso particular de normas mas hechos<sup>53</sup>.

---

de la lógica deductiva es un elemento necesario en la justificación jurídica. Con esto muestra su disconformidad con la opinión de que el sistema anglo-americano de *common law* es en alguna medida menos "lógico" o "deductivo" que cualquier otro sistema de otro lugar, N. MacCormick (1981), p. 108. Sobre la postura de MacCormick cfr. J. R. de Páramo Argüelles (1988), pp. 91-96.

50. A. Deaño (1980), p. 111 y 155 y M. Garrido (1978), pp. 65 y 75.

51. A. Deaño (1985), p. 111.

52. N. MacCormick (1978), p. 29. Cfr. las críticas de A. Wilson (1982) a MacCormick [y la réplica de éste en MacCormick (1982)] y de C.E. Alchourrón y E. Bulygin (1989).

53. N. MacCormick (1989), p. 2.

Su postura es que las *propositions of law* son genuinamente proposicionales y capaces de poseer valor de verdad<sup>54</sup>.

Así, si tanto las premisas como la conclusión tienen un carácter normativo, nos encontraríamos frente al conocido dilema de Jørgensen: o la noción de inferencia y las conectivas proposicionales se caracterizan en términos de verdad y por tanto no hay lógica de normas, o es posible hablar de lógica de normas, pero entonces el concepto de inferencia y de conectivas lógicas no debe ser definido en términos de verdad. Como indican Alchourrón y Bulygin<sup>55</sup>, esto se deriva de que MacCormick asume que los enunciados (*sentences*) que adscriben predicados normativos (tales como “estar obligado”, “tener derechos y obligaciones”,...) son verdaderas o falsas, pero al mismo tiempo tienen alcance normativo. Esto es consecuencia de la falta de distinción por parte de MacCormick entre normas y proposiciones normativas: los enunciados en los que los predicados normativos (*normatives predicates*) tienen lugar pueden usarse a la vez descriptivamente (para expresar proposiciones normativas) y prescriptivamente (para expresar normas), pero ningún enunciado puede ser usado para describir y prescribir a la vez; por tanto, ningún enunciado puede ser verdadero o falso y al mismo tiempo tener alcance normativo.

Como ha señalado Alchourrón y Bulygin refiriéndose a la justificación de las decisiones judiciales, el principal problema es que, en la medida en que aquellas son normativas no pueden ser justificadas por meros enunciados de hecho. Cuando un juez condena a John a cadena perpetua porque le encuentra culpable de haber matado a Alfred, no sólo afirma un hecho (que John ha cometido asesinato), sino que promulga una prescripción, es decir, una norma con el efecto de que John sea enviado a prisión de por vida. Una proposición normativa que afirma que de acuerdo con el sistema de normas del país el juez tiene la obligación de condenar a aquellos que han cometido asesinato, siendo una mera proposición de hecho, no es suficiente para justificar la prescripción (norma), producida por el juez. De cara a justificar-

---

54. Escribe MacCormick: "Like Dr. Wilson, I take all my so-called 'propositions of law' to be directly or indirectly 'oughty'. Unlike her, I see this as no obstacle to treating them as genuinely propositional and genuinely capable of possessing truth-value. I do not say, indeed I explicitly deny, that all speech acts concerning such propositions have truth value ..., the legislative act and the judicial enunciation of a ruling were neither true nor false. But if valid as acts in the law, they established rules for the UK legal systems. And within the legal universe of discourse, a statement of the law having as its content a true proposition of law. That legal predicates are normatives predicates does not make them less predicative -it merely signifies that those committed to implementing the systems are committed to taking action in cases to which such predicates apply", N. MacCormick (1982), pp. 289-290.

55. C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1989), p. 15.

la el juez debe usar la norma promulgada por el legislador,... el correspondiente artículo del Código Penal<sup>56</sup>.

De otro lado, en la exposición de MacCormick hay una falta de claridad acerca de si su tesis se refiere al proceso de toma de decisión judicial o a la justificación de la misma. Así, si en ocasiones parece dejar clara la cuestión al decir, respecto de la inferencia deductiva, que “Esto no dice ni implica que alguien de hecho toma una decisión ni que presenta una demanda. Decidir es un acto intencional, y los actos intencionales no están de ninguna manera determinados por la lógica”<sup>57</sup>. Sin embargo, hay otros pasajes que inducen a pensar lo contrario; por ejemplo, cuando señala que “Mi argumento en *Legal Reasoning and Legal Theory* está dirigido a mostrar que ... los sistemas jurídicos como sistemas de reglas *se llevan a la práctica* por un proceso de razonamiento esencialmente deductivo”<sup>58</sup>. Y también escribe que “Si esta negación es entendida en sentido estricto, implicando que el *razonamiento jurídico* no es nunca, o no puede ser nunca únicamente deductivo en la forma, entonces la negación es manifiesta y demostrablemente falsa. En ocasiones es posible mostrar concluyentemente que una determinada decisión jurídica *es jurídicamente justificada* a través de un argumento puramente deductivo...”<sup>59</sup>.

Independientemente de las matizaciones que puedan hacerse a la aplicación de la lógica tal y como es expuesta por MacCormick podría sostenerse que la ley *modus ponens* (bien de la lógica de enunciados o de la de predicados) sirve como medio de control *ex post* de la decisión judicial en la vertiente de la justificación interna.

Si bien el planteamiento de MacCormick no agota el tema del papel de la lógica en el razonamiento judicial, podemos decir que muchas veces es en estos términos como se plantea el mismo. Pues bien, creemos que la cuestión no se plantea en términos de si “la lógica” se aplica (en alguna manera) a las decisiones judiciales. Y ello porque: 1º, términos como “lógica”, “inferencia lógica” y similares adoptan en el lenguaje jurídico significados múltiples, y 2º, incluso circunscribiéndonos a la lógica formal, y más concretamente a la lógica de enunciados a la que apela MacCormick, su tesis se limita a la aplicación de una regla (*modus ponens*). El empleo de algún tipo de lógica para el control de la racionalidad de la decisión judicial sería relevante si efectivamente se aplicara dicha lógica, esto es, todas sus

---

56. C. E. Alchourrón y E. Bulygin (1989), p. 13.

57. N. MacCormick (1989), p. 2.

58. N. MacCormick (1982), p. 287.

59. N. MacCormick (1978), p. 19, cursivas mías.

reglas y sólo ellas. Ahora bien, como sabemos, el razonamiento jurídico es un razonamiento que, al menos parcialmente, está sometido a unas normas jurídicas; y esto da lugar (entre otras cosas) a que en derecho se cumplan leyes (al menos una) que no forman parte de la lógica de enunciados. Veamos un ejemplo.

En la lógica de enunciados de la negación del antecedente de una implicación  $[(p \rightarrow q) \wedge \neg p]$  no se sigue nada (ni la afirmación del consecuente ni su negación). Ahora bien, en el terreno jurídico esto no se cumple. En un proceso judicial hay siempre (en base a la prohibición de *non liquet*) una consecuencia que, en caso de que no se dé una de las premisas (en este caso la relativa a parte de la norma aplicable<sup>60</sup> (porque, por ejemplo, la misma no sea norma válida) será la absolución del procesado o demandado. Por tanto, en derecho sería una inferencia válida:  $[(p \rightarrow q) \wedge \neg p] \rightarrow \neg q$ <sup>61</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión, creemos que merecen destacarse los siguientes puntos:

1) Las razones que han llevado a muchos autores a negar el carácter silogístico de la decisión judicial no han sido razones de tipo lógico (es decir, de la no conformidad de la estructura de las sentencias a alguna de las figuras silogísticas), sino derivadas de las consecuencias que la apelación al silogismo parecía necesariamente implicar.

Estas consecuencias pueden reconducirse a dos. La primera hace referencia a la estructura de la motivación. A través del silogismo la decisión judicial tiende a presentarse no como una cadena intermedia de la decisión final, sino como la única consecuencia posible y correcta de las premisas. La segunda deriva del hecho de que cuanto más se estructura la motivación según el modo deductivo, tanto menos emergen los rasgos esenciales en la justificación de una decisión que se asume no es el resultado automático de una serie de pasos formales; atribuyéndose de esta manera un estatus de certeza y automaticidad a la toma de decisión. Sobre todo, tienden a

---

60. Si tenemos en cuenta que la mayoría de las veces la "premisa mayor" la componen más de una norma jurídica la negación de dicha premisa puede venir dada del hecho de que una de esas normas sea una norma inválida dentro del sistema jurídico de que se trate (p. ej., por ser inconstitucional, por estar implícitamente derogada por otra norma, por ir en contra de una norma superior del ordenamiento, etc.).

61. Cfr. el ejemplo que ofrece MacCormick (1978), p. 44.



ocultarse los momentos en que se efectúan elecciones interpretativas y la enunciación de los juicios de valor y de apreciaciones subjetivas del juez<sup>62</sup>.

2) De lo expuesto anteriormente tenemos que concluir que la forma más adecuada de representar formalmente (y controlar la validez) de la decisión judicial tomada no es el silogismo sino, *en todo caso*, la regla *modus ponens* de la lógica de enunciados (o de predicados).

Ahora bien, lugar hay que señalar la naturaleza tautológica y la consiguiente ausencia de valor heurístico de las reglas de la lógica de enunciados. Por tanto, dicho modelo lógico hay que entenderlo *únicamente* como justificación interna de la decisión, en otras palabras, como esquema de control de la validez formal de la inferencia (en tanto que es un esquema *lógico*). Esto tiene que ver con el carácter de las reglas de inferencia de la lógica citada. Como señala Mitchell “inferir no es ‘dar un paso’, sino reconocer que *hay* una implicación ... No podemos *decidir* inferir de proposiciones que creemos verdaderas que es verdadera otra proposición, ... Así, si infero de acuerdo con el principio del *modus ponens* es porque éste es un principio válido. Solamente se me puede pedir, en un sistema de lógica dado, que no cuenten como pruebas demostraciones hechas de acuerdo con otros principios lógicos válidos”<sup>63</sup>.

De otro lado, dado el carácter cognoscitivo de las variables del razonamiento teórico, la conclusión es asimismo una proposición cognoscitiva. Pero lo que se establece en una sentencia judicial es una norma de acción, prescriptiva, y por tanto no susceptible de verdad o falsedad. Por tanto, si alguna forma de inferencia se aplica a las decisiones judiciales, ésta no puede en ningún caso servir para dar cuenta del proceso real de toma de decisión (tarea ésta del razonamiento práctico) sino, y a través de la reconstrucción de la inferencia realizada, para controlar *ex post* la validez de la misma.

Además, la aplicación de la regla *modus ponens* presupone que las variables pueden tener valor veritativo. Pues bien, en el caso del contenido de las variables de una decisión judicial (entendidas no como normas sino como proposiciones normativas) la presencia de este requisito puede, al menos, ser dudosa. Las proposiciones normativas, principalmente las relativas a las normas aplicables, implican frecuentemente el empleo de

---

62. Cfr. M. Taruffo (1975), pp. 159-161.

63. D. Mitchell (1974) pp. 62-63. Y Deaño se refiere a las leyes de la lógica de enunciados como tautologías en el sentido de que en ellas la conclusión no hace sino decir de otro modo lo que ya está dicho en las premisas, A. Deaño (1985), p. 235.



criterios que van más allá del marco legal (porque éste no soluciona todos los casos de lagunas, contradicciones e indeterminaciones lingüísticas). Esto hace que éstas tengan carácter valorativo y no cognoscitivo, lo que les excluye (al menos parcialmente) del tratamiento lógico<sup>64</sup>.

Para terminar, sirvan las palabras de Guastini (que nosotros aplicaríamos a la regla *modus ponendo ponens*): “Se puede decir, como MacCormick dice: ‘realizada la interpretación, realizada además la convalidación (o juicio de validez de las normas) el juez realiza una inferencia lógica’; Pero esto, aunque es sostenible, suena ahora ya francamente irrelevante. *La teoría del silogismo judicial, reducida así entre límites estrechísimos, pierde todo interés*”<sup>65</sup>.

3) La apelación al silogismo judicial cumple (en la mayoría de los casos) lo que Soeteman acertadamente ha llamado la *alibi-function* (función de coartada) de la lógica.

Si el resultado no atractivo, dado por ejemplo un particular texto jurídico, es presentado sin embargo como lógicamente obligatorio (y por tanto como inevitable) -señala Soeteman- entonces se está cometiendo un error de razonamiento. En casos como éste hablo de *alibi-function* de la lógica. *Alibi* puede ser descrita como una “justificación falaz”. La justificación parece ser válida sólo si el carácter contestable (al menos desde un punto de vista lógico) de ciertas premisas o de interpretaciones de juicios (normativos) es injustamente desconocida. En este caso la compulsión lógica del argumento, que sólo puede tener la condición de una correcta interpretación de los juicios concernidos, se considera incondicional. Esto significa que el argumento es considerado (injustamente) como válido en un sentido absoluto, y que la conclusión se presenta (injustamente) como lógicamente obligatoria, o por lo menos como lógicamente obligatoria en un particular texto. De esta forma la lógica recibe una autoridad que no merece<sup>66</sup>.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

AARNIO, Aulis (1977): *On Legal Reasoning*, Annales Universitatis Turkuensis, Loima.

64. Cfr. A. Guastini (1981), pp. 202-203, y A. Ross (1982), pp. 95-96.

65. R. Guastini (1981), p. 201, cursivas mías.

66. A. Soeteman (1989), pp. 229-230.

- (1987): "La teoria dell'argomentazione. Alcune osservazioni sulla razionalità della giustificazione giuridica", en P Comanducci-R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, pp. 211-242.
- (1987-1988): "On Legal Reasoning as Practical Reasoning", en *THEORIA* (seg. época), nº 7-8-9, pp. 97-107.
- AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander (1981): "The Foundation of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, nº 12, pp. 133-158, 257-279, 423-448.
- (1983): "Grundlagen der juristischen Argumentation", en W. Krawietz (ed.) *Metatheorie juristischer Argumentation*, Kunker & Humbolt, Berlin, pp. 9-87.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos (1989): "En torno a la lógica del último Kelsen", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. VI, pp. 313-337.
- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio (1981): "The expressive conception of norms", en R. Hilipen (ed.) *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London, D. Reidel, pp. 95-124.
- (1989): "Limits of Logic and legal Reasoning" (no publicado).
- ALCHOURRON, Carlos E.; MARTINO, Antonio A. (1987-88): "Lógica sin verdad", en *THEORIA* (segunda época), nº 7-8-9, pp. 7-43.
- ALEXY, Robert (1988): "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en E. Garzón Valdés (comp.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 2ª ed., pp. 43-57.
- (1989): *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford. Hay traducción en español de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ARISTÓTELES, (1987): "Primeros Analíticos", en *Tratados de Lógica*, Porrúa, México, pp. 65-153.
- BOBBIO, Norberto (1989): "Sul ragionamento dei giuristi", en P. Comanducci-R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, G. Giappichelli, Torino, pp. 161-179.
- BOCHENSKI, I. M. (1976): *Historia de la lógica formal*, Gredos, Madrid (1ª reimpr.), (trad. de M. Bravo Lozano).
- CUETO-RUA, Julio C. (1981): *Judicials Methods of Interpretation of the Law*, Paul M. Herbert Law Center, Louisiana State University, Louisiana.
- COPI, Irving, M. (1974): *Introducción a la lógica*, EUDEBA, Buenos Aires.
- DEAÑO, Alfredo (1980): *Las concepciones de la lógica*, Taurus, Madrid.
- (1985): *Introducción a la lógica formal*, Alianza, Madrid (5ª ed.).
- ENGISCH, Karl (1960): *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Zweite Aufl. Heilderberg.
- (1970) *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano.
- FERRATER MORA, José (1965): Voces "Modo" y "Silogismo", en *Diccionario de Filosofía*, Ed. Suramericana, Buenos Aires, Vols. I y II (5ª ed.), pp. 217-219 y 668-672.

- FERRATER MORA, José; LEBLANC, Hugues (1970): *Lógica Matemática*, F. C. E., México (3ª reimp.).
- FORIERS, Paul (1961): "Introduction au droit de la preuve", en Ch. Perelman-P. Foriers (eds.) *La preuve en droit*, Bluylant, Bruxelles, pp. 7-26.
- FRANK, Jerome N. (1930): *Law and the Modern Mind*, Coward-Mc. Cann, New York.
- GARCÍA AMADO, José Antonio (1988): *Teorías de la tópic jurídica*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1977): *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México (2ª ed. revisada).
- GARRIDO, Manuel (1978), *Lógica simbólica*, Tecnos, Madrid.
- GOTTLIEB, Gidon (1968): *The Logic of Choice. An Investigation of the Concept of Rule and Rationality*, George & Allen Unwin Ltd., London.
- GUASTINI, Ricardo (1981): "In tema di ragionamento giudiziario", en *Materiali per una Storia Della Cultura Giuridica*, n° 11, pp. 199-203.
- HAACK, Susan (1982): *Filosofía de las lógicas*, Cátedra, Madrid (trad. de A. Antón).
- HART, H. L. A. (1962): "El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral", en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, pp. 1-64 (trad. de G. R. Carrió).
- JENSEN, O. C. (1957): *The Nature of Legal Argument*, Basil Blackwell, Oxford.
- JØRGENSEN, Jorgen (1937-38): "Imperatives and Logic", en *Erkenntnis*, VII, pp. 288-296.
- KALINOWSKI, Georges (1964): "Le syllogisme d'application du droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, T. IX, pp. 273-285.
- KELSEN, Hans (1980): "Diritto e logica", en R. Guastini (a cura di) *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, pp. 173-195.
- (1985): *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino (trad. M. Torre).
- KLUG, Ulrich (1984): *Juristische Logik*, Springer, Berlín (4ª ed.).
- KNEALE, William y Martha (1972): *El desarrollo de la lógica*, Tecnos, Madrid (trad. de J. Muguerza).
- LARENZ, Karl (1966): *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel, Barcelona (trad. E. Gimberanrt).
- LUKASIEWICZ, Jan (1977): *La silogística de Aristóteles*, Tecnos, Madrid (trad. de J. Fernández Robles).
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- (1981): "The Artificial Reason and Judgement of Law", *Rechtstheorie*, Beheft 2, pp. 105-120.
- (1982): "The Nature of Legal Reasoning: a Brief Reply to Dr. Wilson", en *Legal Studies*, N° 2, pp. 286-290.
- (1989): "Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems" (no publicado).

- MITCHELL, David (1974): *Introducción a la lógica*, Labor, Barcelona, 3ª ed. (trad. de J. C. García Borrón).
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de (1988): "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 22, enero-abril, pp. 89-119.
- PERELMAN, Chaïm (1961): "La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien", en *Dialectica*, 16, pp. 601-610.
- (1963): *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, The Humanities Press, New York.
- RAZ, Joseph (1986: "Introducción", en J. Raz (comp.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 7-39.
- ROSS, Alf (1970): *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires (trad. de G. R. Carrió (2ª ed.).
- (1982): "Imperativi e logica", en A. Ross *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna, pp. 73-96.
- SACRISTÁN, Manuel (1976): *Introducción a la lógica y al análisis formal*, Ariel, Barcelona-Caracas-México (3ª reimpr.).
- SOETEMAN, Arend (1989): *Logic y Law. Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London.
- TAMMELO, Ilmar (1969): *Outlines of Modern Legal Logic*, Springere, Viena-New York.
- TARUFFO, Michelle (1975): *La motivazione della sentenza civile*, CEDAM, Padova.
- (1989): "La giustificazione delle decisioni fondate su standards", en P. Comanducci-R. Guastini (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, G. Giappichelli, Torino, Vol. II, pp. 311-343.
- WASSERSTROM, Richard A. (1978): *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, California.
- WILSON, Alida (1982): "The Nature of Legal Reasoning: a Commentary with Special Reference to Professor McCormick's Theory", en *Legal Studies*, n° 2, pp. 269-285.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1970): *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.
- (1983 a): "Practical Inference", en G. H. von Wright *Practical Reason. Philosophical Papers*, Vol. I, Basil Blackwell, Oxford, pp. 1-17.
- (1983 b): "Explanation and Understanding of Action", en G. H. von Wright *Practical Reason. Philosophical Papers*, Vol. I, Basil Blackwell, Oxford (1983), pp. 53-66.
- (1987): *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid.
- WROBLEWSKI, Jerzy (1974): "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, n° 1, pp. 33-46.
- (1986): "Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche", en L. Gianformaggio-E. Lecaldano (a cura di) *Etica e Diritto*, Gius Laterza & Fligi, Roma-Bari, pp. 203-226.

## Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas

Por CARLOS ALARCON CABRERA

Sevilla

### 1. "CONSTITUTIVE RULES" EN SEARLE

#### 1.1. El concepto y sus precedentes

¿Cómo puede un peón en octava fila convertirse en una dama? ¿Cómo puede una promesa crear una obligación? ¿Cómo puede el hecho natural de mover la mano conllevar una indemnización a favor de aquél a quien ese movimiento físico produce un perjuicio? En el planteamiento de estas cuestiones se deben encontrar las causas del surgimiento de la noción de "regla constitutiva", al menos conforme al significado que Searle dio a la misma en "How to Derive 'Ought' from 'Is'" (1964) y en "Speech Acts" (1969). Basándose en la distinción kantiana entre "principios regulativos" y "principios constitutivos", Searle habla de "reglas regulativas" ("regulative rules") y de "reglas constitutivas" ("constitutive rules")<sup>1</sup>. Las "reglas regulativas" regulan formas de conducta existentes antecedente o independientemente de dichas reglas. Las "reglas constitutivas" crean o definen nuevas formas de conducta, "constituyen" una actividad cuya existencia es dependiente, desde un punto de vista lógico, de las reglas. Por ejemplo, las reglas de un juego crean por sí mismas la posibilidad de jugarlo, en cuanto que la actividad lúdica está constituida por la actuación de acuerdo con las reglas apropiadas. Searle precisa que con la expresión "actuación de acuerdo con las reglas" ("acting in accordance with the rules") no sólo alude a las

---

1. John R. SEARLE, *How to derive "ought" from "is"*, The Philosophical Review, nº 73 (1964), pp. 43 a 58. Reimpreso en el vol. *The is/ought question*, edición a cargo de W. D. Hudson, MacMillan Press, Londres, 1983, pp. 120 a 134. (véase p. 132).

reglas que establecen las posibilidades de actuación “en el juego” (“playing”), sino también a las reglas que clarifican el “objetivo del juego” (“aim of the game”)<sup>2</sup>.

Resulta curioso que Alf Ross no conociera esta distinción, tal como él mismo aclaró en una nota al margen, cuando escribió “Directives and Norms”. Entonces, Ross también habló de reglas regulativas y de reglas constitutivas en el mismo sentido que Searle. Las reglas regulativas prescriben cómo tienen que comportarse sus destinatarios. Las reglas constitutivas, en sentido amplio, también prescriben cómo tienen que comportarse sus destinatarios, pero las relaciones entre las reglas y las respectivas actividades a las que se refieren son diferentes. En el primer caso las actividades son “naturales”, es decir, “su ejecución es independiente lógicamente de las reglas”, a las que además anteceden. En el segundo caso la actividad no es “natural”, sino que se realiza mediante acciones que deben estar de acuerdo con las reglas y que carecen de significado fuera de ese contexto. Las reglas constitutivas definen la actividad sobre la que versan como institución, y “proporcionan las condiciones necesarias lógicamente para realizar esa actividad como tal institución”<sup>3</sup>.

Una última mención puede ayudar a analizar el origen de las “reglas constitutivas” de Searle. También Von Wright, en “Norm and Action”, define las “reglas de un juego” como aquéllas que determinan los movimientos o patrones conforme a los que se desarrolla el juego, y, por ello mismo, determinan también el juego en sí mismo y la actividad de jugarlo<sup>4</sup>.

## 1.2. Una formulación “standard” de las reglas constitutivas

Las reglas constitutivas poseen, para Searle, una naturaleza “cuasi-tautológica”, y, así, el hecho de que puedan enunciarse analíticamente demuestra precisamente que sean constitutivas. Mientras que las reglas regulativas podrían parafrasearse a través de las fórmulas “Haz X” o “Si Y, haz X”, las reglas constitutivas se formularían “X cuenta como Y”, “X tiene el valor de Y”, “X tiene el sentido de Y” (“X counts as Y”) o “X

2. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969, pp. 33 y 34.

3. Alf ROSS, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968. Existe trad. cast.: *Lógica de las normas*, trad. de José S.-P. Hierro, Tecnos, 1971 (Véanse pp. 57 y 58).

4. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963. Existe trad. cast.: *Norma y Acción*, trad. de P. García Ferrero, Tecnos, 1970 (Véanse pp. 57 y 58).

cuenta como Y en el contexto C”, “X tiene el valor de Y en el contexto C”, “X tiene el sentido de Y en el contexto C” (“X counts as Y in context C”)<sup>5</sup>. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto Conte, la apariencia sintáctica de una regla constitutiva no debe confundirnos acerca de la identificación de cada una de sus partes dentro de la fórmula “X counts as Y”. En la regla constitutiva que Searle estudia preferentemente -“Prometer es asumir una obligación” - “prometer” (X) cuenta como “asumir una obligación” (Y), “prometer” (X) tiene el valor de “asumir una obligación” (Y). Pero en la regla constitutiva “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1º Organización de sus instituciones de autogobierno. 2º Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio...” (art. 148.1 de la Constitución Española) no se habla de valor o sentido de las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, de lo que cuentan, sino del valor o sentido de la organización de sus instituciones de autogobierno, de las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio,... (X), que cuentan como competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas (Y). De hecho, este precepto podría reformularse así: “La organización de sus instituciones de autogobierno, las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio... son las materias cuyas competencias podrán asumir las Comunidades Autónomas”<sup>6</sup>.

### 1.3. “Brute facts”. “Institutional facts”. La falacia de “la falacia naturalista”

Del mismo modo que Ross dividió las “actividades” en “no naturales” y “naturales”, Searle distingue entre “hechos institucionales” y “hechos brutos”, según su existencia presuponga o no la existencia de determinadas instituciones. Así, por ejemplo, sólo en virtud de que existe la institución de la sucesión tiene valor un pedazo de papel firmado por el testador y, al menos en cierto sentido, sólo en virtud de que existe la institución teórica del lenguaje podemos interpretar las frases escritas en un testamento. Cada institución es un sistema de reglas constitutivas y cada hecho institucional se basa en una o más reglas constitutivas de una institución<sup>7</sup>.

5. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 34 y ss.

6. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, vol. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Estudios dedicados a Norberto Bobbio, edición a cargo de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 28 y 29.

7. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 50 a 53.

Si nos atenemos a la institución de la promesa debemos aceptar, según Searle, que del simple hecho según el cual una persona pronuncia ciertas palabras podemos deducir el hecho institucional según el cual esa persona tiene una obligación. Mediante la referencia a la institución de la promesa y, en concreto, a la regla constitutiva por la cual “Prometer es asumir una obligación”, generamos hechos institucionales. Del “ser” deducimos el “deber ser”<sup>8</sup>.

## 2. TEORÍA DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS

### 2.1. Concepto y características fundamentales

#### 2.1.1. “Regole costitutive” en Conte

Conte define las reglas constitutivas (“regole eidetico-costitutive”<sup>9</sup>) como las reglas que “son el ‘prius’ de aquello sobre lo que versan en el triple sentido de que de ello son condición (eidética) de concebibilidad, condición (aléctica) de posibilidad y condición (noética) de perceptibilidad”. No versan sobre actos, situaciones o entidades cronológicamente preexistentes ni ontológicamente independientes, sino que en sí mismas constituyen la actividad sobre la que versan y, en ella, su praxis<sup>10</sup>.

Conte denomina a las unidades de praxis constituidas por reglas constitutivas “praxemas”. Un subconjunto de los praxemas son los “praxemas”, los “tipos” (“types”) de actos constituidos por reglas constitutivas, distintos de las “réplicas” (“tokens”) singulares de esos tipos. Así, en el juego del ajedrez, el alfil es un praxema en cuanto “type” distinto de los alfiles (“tokens”) individuales. Los “tokens” del alfil están localizados espacialmente (por ejemplo, el alfil negro que se mueve por las casillas blancas de mi juego de ajedrez indio), mientras que el alfil como

8. John R. SEARLE? *How to derive “ought” from “is”*, cit., p. 131.

9. Dejamos para el próximo epígrafe la distinción entre las “reglas constitutivas” y las “reglas eidético-constitutivas”.

10. Amedeo G. CONTE, *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*, vol. *Normative Structures of the Social World*, edición a cargo de G. di Bernardo, Rodopi, Amsterdam, 1988, p. 252. También *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., pp. 23 y 24.



“type” no está localizado espacialmente, no tiene un lugar espacial, sino que “es” un “lugar deóntico”<sup>11</sup>.

Junto a esta definición ontológica, Conte ofrece una definición semiótica: “Las reglas constitutivas son aquéllas que determinan la ‘connotación’ de los términos que designan los praxemas regulados por las reglas”. Praxemas como las piezas, los pragmemas o las situaciones del juego son designados, respectivamente, por términos como “alfil”, “enroque” o “jaque”, cuya connotación está determinada por las reglas constitutivas del ajedrez<sup>12</sup>.

### 2.1.2. Características

a) En contraste con la significación común del término “regla”, se invierte la relación entre ésta y aquello que regula. Las reglas constitutivas no son posteriores a las situaciones reguladas y, lo que es más destacable, no derivan lógicamente de la experiencia de las acciones que se realizan conforme a ellas, ya que precisamente son condiciones de posibilidad de esa misma experiencia. Si muevo mi alfil blanco de forma que doy jaque al rey negro, no estoy ante un “token” del “type” jaque si no realizo la acción en el contexto de las reglas constitutivas del jaque en el ajedrez. En palabras de Conte, “es sólo por medio de las reglas que un ‘token’ de un ‘type’ constituido por las reglas puede percibirse como ‘instantiation’ (‘realización paradigmática’) del propio ‘type’”<sup>13</sup>.

b) Las reglas constitutivas no pueden ser antinómicas. Al contrario de lo que ocurre con otras reglas de diferente naturaleza, una regla constitutiva no puede prohibir lo que otra permite ni obligar a lo que otra faculta. Esto es así porque, volviendo a usar la expresión de Conte, el objeto de las reglas constitutivas es su “lugar deóntico”. Las reglas constitutivas “El defensor del pueblo se ocupará de la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos” y “El defensor del pueblo no se ocupará de la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos” no son contradictorias. Simplemen-

11. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n° 63, 1966, pp. 36 a 40. Conte explica que para construir el concepto de “lugar deóntico” (“luogo deontico”) se inspiró en un pasaje de la obra de Wittgenstein “The Blue and Brown Books”: “It is though we looked for the place of the king of which the rules of chess treat, as opposed to the places of the various bits of wood, of the kings of the various sets” (“Es como si buscáramos el lugar que ocupa el rey del que hablan las reglas del ajedrez, en oposición al lugar que ocupan los trozos de madera que representan los reyes de cada juego de ajedrez concreto”).

12. Amedeo G. CONTE, *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*, cit., p. 252.

13. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 52 y 53.

te ocurre que, si las dos reglas son constitutivas, términos como “defensor”, “pueblo” o “defensa” tienen un sentido diferente en cada una de ellas<sup>14</sup>.

c) Las reglas constitutivas no son susceptibles de incumplimiento. Como se deduce de la indicación de Searle<sup>15</sup>, si yo muevo el peón en diagonal o si doy jaque mate amenazando a la dama en vez de amenazar al rey, no violo las reglas constitutivas del ajedrez, sino que me limito a mover las piezas al margen del juego del ajedrez. Igualmente, si yo reúno en mi casa a mis amigos y elaboramos normas para todo el país, no estamos violando la Constitución, sino que simplemente realizamos actos que nada tienen que ver con la “institución” de la Constitución. Ya Von Wright había señalado que es un requisito lógico de las reglas constitutivas que sea posible cumplirlas, pues en caso contrario el “juego” - ajedrez, ordenamiento jurídico,... - se “derrumbaría”<sup>16</sup>. Para Ross, las reglas constitutivas, al definir aquello sobre lo que versan, son inviolables; pero, como advierte Guastini, la inviolabilidad de las reglas constitutivas, tal como la entiende Ross, no es ontológica sino semántica: no es ontológicamente imposible realizar un acto que suponga el incumplimiento de una regla constitutiva, pero cuando se realiza no es semánticamente apropiado hablar de violación<sup>17</sup>.

## 2.2. Reglas eidético-constitutivas, reglas thético-constitutivas, reglas noético-constitutivas

La definición ontológica de las reglas constitutivas ofrecida por Conte es una definición en términos de condición. En cuanto que las reglas constitutivas (las “constitutive rules” de Searle) son condiciones eidéticas de pensabilidad de aquello sobre lo que versan, Conte prefiere llamarlas “reglas eidético-constitutivas” (“regole eidetico-costitutive”). Quedan así diferenciadas de las “norme costitutive” de Carcaterra, reglas que “ponen por sí mismas el estado de cosas sobre el que versan”. Estas son constitutivas en un sentido diferente al de las reglas eidético-constitutivas: en el sentido de que son “constitución, posición de aquello sobre lo que versan”.

14. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva. Condizione. Antinomia*, cit., pp. 33 a 35.

15. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., p. 41.

16. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., pp. 103 y ss. (en la trad. cit. *Norma y Acción*, pp. 128 y ss.).

17. Alf ROSS, *Lógica de las normas*, cit., pp. 54 y ss.; Riccardo GUASTINI, *Teorie delle regole costitutive*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n° 60, 1983, pp. 560 y ss.

Son las reglas - que sólo impropriadamente pueden llamarse constitutivas - "thético-constitutivas"<sup>18</sup>.

En el caso de las reglas thético-constitutivas la condición en la que se apoyan es una condición suficiente. Las reglas thético-constitutivas son condición suficiente de aquello sobre lo que versan. La regla "Las personas físicas que residan en España más de 183 días al año se considerarán españolas a los efectos de su obligación tributaria derivada del Impuesto de la Renta" es thético-constitutiva porque pone por sí misma, constituye, el estado de cosas sobre el que versa. Residir en España más de 183 días al año es una condición suficiente, aunque no tiene por qué ser necesaria, para que una persona física esté sometida a la obligación tributaria derivada del Impuesto de la Renta.

En cuanto a las reglas eidético-constitutivas, son -siguiendo a Conte ("Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia" 1983)- "individualmente condición necesaria, y conjuntamente condición suficiente y necesaria de aquello sobre lo que versan". Posteriormente aclara que, propiadamente, las reglas eidético-constitutivas sólo pueden considerarse "condición necesaria y suficiente" de aquello sobre lo que versan, pues sólo por metonimia se puede afirmar que una regla es eidético-constitutiva. Conte atribuye implícitamente a Searle la tesis, originaria de Wittgenstein, según la cual la constitutividad eidética no puede referirse a reglas aisladas, sino a sistemas o conjuntos de reglas<sup>19</sup>.

De esta manera, Conte no distingue entre las reglas constitutivas que son condición necesaria de aquello sobre lo que versan y las reglas constitutivas que son condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan, pues parte de que son las mismas entidades contempladas desde diversos puntos de vista. Parece que esta posición viene motivada por una parcial interpretación de las tesis de Searle. Searle, como muy bien ha puesto de relieve Guastini, no dio un único concepto de regla constitutiva. Por una parte, habla de reglas constitutivas como aquellas que "constituyen una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas"; es decir, las reglas constitutivas condicionan la existencia de la actividad a la que se refieren. Pero por otra parte habla de reglas constitutivas como aquellas que pueden formalizarse así: "X counts as Y" o "X counts as Y

---

18. Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., p. 25.

19. "Cuestionarse si una regla es eidético-constitutiva es tan impropio como preguntar por el ruido que se hace al aplaudir con una sola mano" (Amedeo G. CONTE, *Regola Costitutiva, condizione, Antinomia*, cit., pp. 29 y 30).

in context C”<sup>20</sup>. Conte se centra en el primer sentido de constitutividad para construir su concepto de reglas eidético-constitutivas, pero en el segundo sólo se fija a la hora de realizar su estudio tipológico. Y mientras en el primer sentido la constitutividad se refiere forzosamente a un conjunto de reglas, en el segundo sentido las fórmulas “X counts as Y” o “X counts as Y in context C” pueden también referirse a reglas individuales. Como señala Searle, en el caso de reglas como “cada equipo se compondrá de cinco jugadores” no se puede hablar propiamente de constitutividad salvo si la regla se interpreta como un fragmento de una regla constitutiva general que englobaría todas las reglas del baloncesto. Esa regla constitutiva sí sería condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versara. Pero, asimismo, puede haber reglas individuales estructuradas conforme al modelo “X counts as Y” o “X counts as Y in context C”, como la propia regla “Prometer es asumir una obligación”, que es en sí misma constitutiva sin tener que remitirse al sistema normativo del que forma parte. La regla constitutiva “Prometer es asumir una obligación” es condición necesaria, aunque no tiene por qué ser condición suficiente, de aquello sobre lo que versa<sup>21</sup>.

Por lo tanto, si una regla singular puede en sí misma ser constitutiva, no debe identificarse su constitutividad con la de un conjunto sistemático de reglas. Como consecuencia, la constitutividad no se puede definir simultáneamente en términos de condición necesaria -en el caso de las reglas individuales- y en términos de condición suficiente y necesaria- en el caso de sistemas de reglas. Junto a las reglas eidético-constitutivas, reglas que son condición necesaria de aquello sobre lo que versan, coexisten, además de las reglas thético-constitutivas -reglas que son condición suficiente de aquello sobre lo que versan-, las reglas noético-constitutivas, reglas que son condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan. La constitutividad de las reglas, expresada en términos ontológicos, se desmembra así en tres especies de reglas constitutivas diferenciadas según el tipo de condición que las define.

---

20. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 34 y 35; Riccardo GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, vol. *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Estudios dedicados a Norberto Bobbio, edición a cargo de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 165 a 168.

21. John R. SEARLE, *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., p. 36.

### 2.3. Reglas constitutivas ónticas, reglas constitutivas deónticas

Observemos estas dos reglas constitutivas: a) “El Senado es la Cámara de representación territorial” (art. 69.1 de la Constitución Española); b) “El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara” (art. 69.6 de la Constitución Española). Ambas son sintácticamente descriptivas, pero mientras que la primera es una regla constitutiva óntica, la segunda es una regla constitutiva deóntica formulada en términos descriptivos. El primer apartado del art. 69 define; el sexto preceptúa. De hecho, éste podría igualmente formularse así: “El senado *debe ser* elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores *debe* terminar cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara”.

Esta distinción fundamental entre reglas constitutivas ónticas y reglas constitutivas deónticas conlleva una importante consecuencia en relación con el concepto de regla constitutiva. Como apunta Conte, la relación de condición necesaria entre la regla y lo regulado es diferente en un caso y en otro. La relación de condición necesaria entre una regla constitutiva óntica y aquello sobre lo que versa es simple (la relación de condición necesaria entre el art. 69.1 y la consideración del Senado como Cámara de representación territorial es simple). La relación de condición necesaria entre una regla constitutiva deóntica y aquello sobre lo que versa es doble: en primer lugar, una regla constitutiva deóntica es condición necesaria del “type” de los pragmemas a los que se refiere, ya que los pragmemas como “types” son los “lugares deónticos” de sus reglas constitutivas; en segundo lugar, la conformidad con una regla constitutiva deóntica es condición necesaria para la existencia de un “token” de ese “type” (el art. 69.6 es condición necesaria de la limitación temporal de su mandato (“type”))<sup>22</sup>.

Existe una última heterogeneidad que destacar en relación con las reglas constitutivas deónticas. Pensemos en el art. 143.1 de la Constitución Española, que impone a los territorios que deseen constituir una Comunidad Autónoma la conformidad con el Título VIII de la Constitución y con sus respectivos Estatutos: “... las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos”. Esta norma forma parte de un tipo de reglas que, como señala Conte, prescriben “formas de acción”, estructuran “el eje paradigmático” del sistema normativo, ya que determinan

22. Amedeo G. Conte, *Regola Costitutiva, Condizione, Antinomia*, cit., pp. 30 y 31.

paradigmas de posibilidad al establecer posibles actuaciones correctas de los destinatarios de las reglas. Por el contrario, el art. 69.6 no prescribe “formas de acción”, sino “normas de acción”, no determina paradigmas de posibilidad sino que “ordena una determinada prosecución del juego”, estipula un modo de actuación concreto por parte de los destinatarios de las reglas. A estos dos tipos de reglas constitutivas, que bien podrían llamarse, respectivamente, relativas y absolutas, condicionales e incondicionales, o incluso hipotéticas y categóricas, se les conoce, en el contexto de la teoría de las reglas constitutivas, como reglas paradigmáticas y reglas sintagmáticas<sup>23</sup>.

#### 2.4. La “Norma Fundamental” del ordenamiento como regla constitutiva

¿Es la “Norma Fundamental” de un ordenamiento una regla constitutiva? ¿Crea o define nuevas formas de conducta, “constituye” una actividad cuya existencia es dependiente, desde el punto de vista lógico, de la propia regla? ¿Es condición de aquello sobre lo que versa? Analizando el pensamiento de Kelsen parece que podemos responder afirmativamente. Esta conclusión se puede desprender de “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” (1920), “Reine Rechtslehre” (1ª ed., 1934) y “Reine Rechtslehre” (2ª ed., 1960).

En “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” Kelsen, como ha recordado Carrino, considera la Norma Fundamental como idea “originaria” o “hipotética” -en el sentido específicamente gnoseológico de la filosofía de Cohen- que “constituye”, produce, su específico objeto de conocimiento<sup>24</sup>. Es el presupuesto jurídico fundamental del que se deduce todo el ordenamiento jurídico positivo. En palabras de Kelsen, “este presupuesto jurídico, este punto de partida, esta norma originaria que llamo constitución en sentido lógico-jurídico -en cuanto que determina los órganos supremos del Estado, las fuentes jurídicas supremas- desarrolla plenamente la función de hipótesis fundamental”. Esto no significa que todas las normas jurídicas vienen presupuestas materialmente, sino que “la norma originaria hipotética es (sólo) una suprema regla de producción... El deber jurídico se llena gradualmente de contenido mediante el hecho empírico de las deliberaciones legislativas o las órdenes del monarca, mediante los actos judiciales, mediante las decisiones u ordenanzas de las autoridades adminis-

23. Ibid, pp. 26 y 27.

24. Agostino CARRINO, *Il tramonto della sovranità*, también publicado como presentación a la obra de H. KELSSEN *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, edición a cargo suya, Giuffrè, Milán, 1989, pp. 14 y ss.

trativas. El contenido de un ser se convierte así en contenido de un deber ser". La Norma Fundamental "no es puesta ni creada consuetudinariamente, sino que ella misma constituye el presupuesto de la normatividad y la costumbre como fuentes del derecho"<sup>25</sup>.

También en la primera edición de la "Reine Rechtslehre" Kelsen insistirá en que "una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad"<sup>26</sup>. Sólo la hipótesis de una Norma Fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos, ya que la Norma Fundamental no es "puesta", sino "supuesta". Todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos "sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental"<sup>27</sup>. Kelsen incidirá en esta idea al señalar en la segunda edición de la "Teoría pura del Derecho" que "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; es decir, como norma jurídica objetivamente válida", de cuya interpretación es la propia Norma Fundamental "condición lógico-trascendental"<sup>28</sup>.

Es precisamente la noción de Norma Fundamental como "condición lógico-trascendental de pensabilidad" de los fenómenos normativos la que debe servir, a juicio de Conte, para acabar con los enigmas que rodean el concepto de "Norma Fundamental". Conte resalta que la Norma Fundamental es la regla constitutiva del ordenamiento, pero no en el sentido de que origina diacrónicamente la validez normativa, sino en el sentido de que origina sincrónicamente cada juicio de validez normativa ("la 'Grundnorm' è non (diacronica) origina della 'validità', ma (sincronica) 'origo' d'ogni 'guidizio di validità'")<sup>29</sup>.

25. Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mogh, Tubinga, 1928, pp. 91 y ss. y nota 8 del capítulo IV. En la trad. italiana cit. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, pp. 141 y ss. y misma nota.

26. Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Viena, 1934. Cito por la trad. cast. de M. Nilve *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 135.

27. *Ibid.*, pp. 138 y ss.

28. Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Viena, 1960, pp. 204 y ss. Utilizo la trad. italiana de M. Losano *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966 (pp. 227 y ss.).

29. Amedeo G. Conte, *Fenomeni di fenomeni*, cit., p. 56 y nota 43.



Aunque Conte habla de Norma Fundamental como regla eidético-constitutiva, la Norma Fundamental no es sólo condición necesaria de aquello sobre lo que versa; es de ello la única condición necesaria, es condición necesaria y suficiente. En efecto, Conte utiliza la noción de regla eidético-constitutiva, como hemos visto antes, para aludir a las reglas que son “separadamente” condición necesaria y “conjuntamente” condición necesaria y suficiente de la praxis a la que se refieren. Habría que precisar que, propiamente, la Norma Fundamental es una regla noética-constitutiva, como de hecho el mismo Conte, en un reciente trabajo, ha aceptado al señalar que en un ordenamiento “la validez sintáctica queda relativizada a aquella regla noética-constitutiva llamada Norma Fundamental”<sup>30</sup>.

### 3. REGLAS ANANCÁSTICO-CONSTITUTIVAS

#### 3.1. Concepto, caracteres y tipos

La expresión “regla anancástico-constitutiva” ha sido propuesta por Amedeo Conte para designar las reglas que instauran una relación de condición necesaria; es decir, que “ponen” una condición necesaria para que un acto o circunstancia posea un determinado valor. Mientras que las reglas eidético-constitutivas *son* condiciones necesarias de las actividades sobre las que versan (“X cuenta como Y”, “X tiene el valor de Y”), las reglas anancástico-constitutivas *ponen* condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor (“X debe ser N para contar como Y”, “X debe ser N para tener el valor de Y”). Desde un punto de vista semiótico, las reglas eidético-constitutivas determinan la “connotación” de los términos que designan la praxis constituida por ellas y sus praxemas; en concreto, determinan la connotación de los “praxeónimos” (“nomina actionis”) que designan los pragmemas de la praxis que constituyen. Las reglas anancástico-constitutivas no determinan, sino que presuponen la connotación de los términos que designa la praxis; es decir, establecen su

---

30. Conte resume con una frase de Kant todo lo que puede dar de sí el estudio de la noción de Norma Fundamental desde la perspectiva de la teoría de las reglas constitutivas: “die Vernunft nur das einsieht, was sie selbst nach ihrem Entwurfe hervorbringt” (“la razón ve sólo aquello que ella misma, según su propio diseño, produce”) (Amedeo G. CONTE, *Minima Deontica*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n° 65, 1988, nota 15).



denotación al poner condiciones necesarias de validez de las entidades designadas por estos términos<sup>31</sup>.

Las reglas anancástico-constitutivas, en cuanto que ponen condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea determinado valor, ponen también condiciones suficientes para que el mismo acto o circunstancia no posea ese valor; es decir, al establecer condiciones necesarias de validez, establecen también condiciones suficientes de invalidez. Contempladas desde este punto de vista es más fácil delimitar las reglas anancástico-constitutivas de aquéllas que sólo lo son en apariencia. Así, el art. 1280, 3º del Código civil español (“Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones”) es una regla anancástico-constitutiva porque exige una condición para que un acto posea un determinado valor y porque es suficiente que no se cumpla esa condición para que el mismo acto no posea ese valor. Pensemos, sin embargo, en la siguiente norma: “Los contratos pueden ser *anulados*, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que posean alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley. La acción de nulidad sólo durará cuatro años”. Esta regla no es realmente anancástico-constitutiva, no pone realmente una condición necesaria para que un determinado acto sea válido, no pone realmente una condición suficiente para que un determinado acto no sea válido, sino que simplemente establece la posibilidad de que pueda ser invalidado. Para las reglas que no ponen condiciones necesarias de validez y condiciones suficientes de invalidez, sino que ponen condiciones suficientes de anulabilidad, G. Azzoni ha propuesto la expresión “reglas parancástico-constitutivas” (“regole parankastico-costitutive”)<sup>32</sup>.

Por otra parte, las reglas anancástico-constitutivas, a diferencia de las reglas eidético-constitutivas, pueden ser antinómicas. Dos reglas anancástico-constitutivas son antinómicas cuando ponen, respecto a un mismo condicionado, condiciones necesarias incompatibles. Por ejemplo, habría antinomia entre estas dos reglas anancástico-constitutivas: a) “Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones” (art. 1280, 3º del Código civil español); b) “No podrán constar en

---

31. Amedeo G. CONTE, *Phénoménologie du langage déontique*, vol. *Les Fondements logiques de la pensée normative*, Actas del Coloquio de Lógica Deóntica de Roma (Abril 1983), edición a cargo de G. Kalinowski y F. Selvaggi, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1985, pp. 187 a 190. Véase también Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., pp. 49 a 51.

32. Giampaolo AZZONI, *Condizioni costitutive*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, nº 63, 1986, pp. 173 y 174.

documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones”<sup>33</sup>.

En base a la tipología realizada por G. Azzoni, las reglas anancástico-constitutivas pueden clasificarse atendiendo a tres criterios: el de la naturaleza de la condición puesta por la regla, el de la singularidad o pluralidad de la condición puesta por la regla y el de la estructura sintáctica de la regla<sup>34</sup>.

Conforme al primer criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas que ponen una condición cuya realización es dependiente de determinadas actuaciones subjetivas (Ej.: “El comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”, art. 1743 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas que ponen una condición cuya realización es dependiente de un estado de cosas objetivo (Ej.: “No podrán ser testigos en los testamentos los menores de edad”, art. 681, 1º del Código civil español).

Conforme al segundo criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas que ponen una sola condición (Ej.: “Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges”, art. 1378 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas que ponen más de una condición, en cuyo caso basta la concurrencia de una de ellas para que el acto sea válido (Ej.: “La nacionalidad española se adquirirá por residencia en España por tiempo de diez años, previa solicitud del interesado, y mediante concesión otorgada por el Ministro de Justicia...”, art. 22 del Código civil español).

Conforme al tercer criterio, distinguimos las reglas anancástico-constitutivas con estructura sintáctica proposicional (Ej.: “El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión”, art. 451.1 del Código civil español) de las reglas anancástico-constitutivas con estructura sintáctica normativa (Ej.: “El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia”, art. 497 del Código civil español).

---

33. *Ibid.*, pp. 181 y 182.

34. *Ibid.*, pp. 164 a 167.

### **3.2. Reglas metatético-constitutivas, reglas nómico-constitutivas**

Las reglas anancástico-constitutivas “ponen” condiciones para la validez de actos o circunstancias; en ello se asemejan a las restantes “reglas hipotético-constitutivas” (reglas que ponen condiciones, “regole ipotetico-constitutive”, expresión propuesta por Azzoni). No obstante, la relación de condición que instauran las reglas anancástico-constitutivas es una relación de condición necesaria, no una relación de condición suficiente ni una relación de condición necesaria y suficiente. A las reglas hipotético-constitutivas que “ponen” una condición suficiente se les ha denominado “reglas metatético-constitutivas” y a las reglas hipotético-constitutivas que “ponen” una condición necesaria y suficiente se les ha denominado “reglas nómico-constitutivas”.

Reglas metatético-constitutivas son aquéllas que “ponen” una condición suficiente para que un acto o circunstancia posea un valor determinado. Por ejemplo, el art. 1733 del Código civil español establece que “el mandante puede revocar el mandato a su voluntad”. Este precepto pone una condición suficiente -la voluntad del mandante favorable a la revocación- para que una circunstancia posea un valor determinado, para que una circunstancia “cuenta” en un determinado sentido -para que el mandato “cuenta” como revocado.

Reglas nómico-constitutivas son aquéllas que ponen una condición necesaria y suficiente para que un acto o circunstancia posea un valor determinado. Por ejemplo, el art. 17 del Código civil español señala que “Son españoles de origen: 1º) Los hijos de padre o madre españoles. 2º) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de éstos, hubiera nacido también en España... 3º) Los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. 4º) Los nacidos en España cuya filiación sea desconocida...” Esta norma pone como condición necesaria para que una persona “valga” como español, para que “cuenta” como español, que se cumpla alguno de los cuatro requisitos citados. Además, esa condición es también suficiente, ya que siempre que cumpla alguno de los requisitos la persona “vale” necesariamente como español, “cuenta” necesariamente como español.

También es una regla nómico-constitutiva el art. 168 de la Constitución española: “1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar,... se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser

aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”. Esta norma establece las condiciones necesarias para que unos actos tengan el valor de revisión constitucional; esas condiciones son además suficientes, ya que, si se cumplen, es necesariamente válida la revisión constitucional. Pero lo más relevante es que, para Guastini, esta norma, junto a los art. 166, 167 y 169, que complementan la regulación de la reforma constitucional, sería la “Norma Fundamental” del ordenamiento jurídico español, no en el sentido de “Grundnorm” kelseniana, pero sí en el sentido de que establece el procedimiento de producción de las normas constitucionales e, implícitamente, de las restantes normas del ordenamiento, por lo cual es superior a todas ellas, y sin embargo no existe ninguna otra norma que establezca el procedimiento de revisión del propio art. 168, no existe ninguna norma superior al art. 168<sup>35</sup>. Aunque empíricamente es un precepto constitucional más, lógicamente está “más allá” de la Constitución, se sitúa a un nivel metalingüístico respecto a la Constitución. El art. 168, como norma metaconstitucional, sería, para Guastini, la regla constitutiva del “juego” llamado “ordenamiento jurídico español”, y su modificación no supondría más que la fundación de un juego distinto<sup>36</sup>.

Las reglas metatético-constitutivas y las reglas nómico-constitutivas, del mismo modo que las reglas anancástico-constitutivas, admiten antinomia. Dos reglas metatético-constitutivas son antinómicas, a la inversa de lo que ocurre con las reglas anancástico-constitutivas, cuando coinciden en la condición suficiente que ponen y los condicionados son incompatibles<sup>37</sup>. Por ejemplo, respecto a la norma “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales” (art. 1316 del Código civil español), que es una regla metatético-constitutiva en tanto que pone una condición suficiente -la inexistencia de capitulaciones matrimoniales eficaces- para que “cuenta” la sociedad de gananciales, estaría en antinomia la regla metatético-constitutiva “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de separación de bienes” (siempre que entendamos como incompatibles los regímenes de la sociedad de gananciales y de separación de bienes).

35. Riccardo GUASTINI, *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, vol. *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, edición a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 60 y 61.

36. Guastini realiza análogas consideraciones en relación con el art. 138 de la Constitución italiana, en el que se regula la reforma constitucional (Riccardo GUASTINI, *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 64).

37. Giampaolo AZZONI, *Condizioni costitutive*, cit., p. 183.

Puede haber antinomia entre reglas nómico-constitutivas en dos casos: en el caso de identidad de condicionantes e incompatibilidad de condicionados y en el caso de identidad de condicionados e incompatibilidad de condicionantes<sup>38</sup>. En la primera hipótesis las dos reglas nómico-constitutivas ponen una misma condición necesaria y suficiente para que un acto o circunstancia “cuenta” y “no cuenta”, “sea válido” y “no sea válido”; por ejemplo, serían antinómicas las reglas nómico-constitutivas “Únicamente los varones realizarán el servicio militar obligatorio” y “Únicamente los varones no realizarán el servicio militar obligatorio”. En la segunda hipótesis las reglas nómico-constitutivas antinómicas hacen depender la validez o invalidez de un determinado acto o circunstancia de dos condiciones necesarias y suficientes incompatibles; por ejemplo, serían antinómicas las reglas nómico-constitutivas “Sólo los mayores de 18 años podrán cumplir con la obligación de votar” y “Sólo los menores de 18 años podrán cumplir con la obligación de votar”.

### 3.3. Reglas técnicas

#### 3.3.1. Reglas hipotético-constitutivas versus reglas técnicas

Por reglas técnicas se entienden aquéllas que ordenan un comportamiento en tanto que condición de realización de un fin posible. Las reglas técnicas no son una condición -como las reglas constitutivas-, ni ponen una condición -como las reglas hipotético-constitutivas-, sino que presuponen una condición, se apoyan implícitamente en la existencia de una condición. El concepto de condición determina también, por consiguiente, el concepto de regla técnica. Lo determina, además -siguiendo a Conte-, en un doble sentido: el comportamiento que la regla técnica ordena se prescribe “bajo condición” (bajo la condición subjetiva de perseguir un fin) y “en tanto que condición” (en tanto que condición objetiva de consecución del fin que se persigue)<sup>39</sup>.

La génesis de este concepto de regla técnica, ofrecido en el contexto de una teoría de las reglas constitutivas, se encuentra también en el trabajo de Von Wright “Norm and Action”, en el que el lógico finlandés llama “directrices” o “normas técnicas” a las reglas que tratan los medios a

38. Ibid, p. 184.

39. Amedeo G. Conte, *Phénoménologie du langage déontique*, cit., pp. 183 y 184. Véase también María Angeles BARRERE UNZUETA, *La escuela de Bobbio*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 230 y ss.

emplear para alcanzar un determinado fin. La formulación tipo de las normas técnicas es la oración condicional en cuyo antecedente se menciona el fin que persigue el agente, y en cuyo consecuente se menciona la conducta a realizar para la consecución del fin (“Si deseas A, debes hacer B”). Ahora bien, la regla técnica no coincide con la regla hipotético-constitutiva -en la terminología de Von Wright, con la “proposición anancástica”- en la que se basa; es decir, no coincide con la regla hipotético-constitutiva que pone la condición presupuesta por la regla técnica. Pensemos en la regla técnica “Si quieres obtener entradas para el concierto, debes guardar cola durante dos horas”, que presupone la condición necesaria puesta por la regla hipotético-constitutiva “Para obtener entradas para el concierto se debe guardar cola durante dos horas”. La regla técnica tiene como trasfondo una intención declarada de lograr un fin, pero la regla hipotético-constitutiva se limita a describir un estado de cosas que es condición de otro estado de cosas. La regla hipotético-constitutiva prescribe un comportamiento “en tanto que condición” (objetiva). La regla técnica prescribe un comportamiento “en tanto que condición” (objetiva) y “bajo condición” (subjettiva)<sup>40</sup>.

Veinte años después, Von Wright precisa su posición en *Norms, Truth and Logic*: “Cuando (decimos que) de la norma según la cual *debe* ser el caso que ‘si p entonces q’, en combinación con el hecho de que es el caso que ‘p’, ‘inferimos’ que *debe* ser el caso que ‘q’, usamos ‘debe’ (‘ought’) en dos sentidos. El primero es un ‘deber’ propiamente dicho, un ‘deber deóntico’ (‘deontic Ought’); el segundo, en el que ‘must’ es más apropiado que ‘ought’, es un ‘deber técnico’ (‘technical Ought’) o ‘necesidad práctica’ (‘practical necessity’)”. “Must” no es propiamente un concepto normativo, ya que expresa que un estado de cosas tiene que ser puesto para que otro estado de cosas sea. Una “norma técnica”, es decir, un “enunciado basado en un deber técnico” (“a technical ought-statement”) suele ser elíptica, ya que contiene una referencia implícita a algo que no será si lo que debe (“must”) ser no es. Alude a un fin real o potencial de la acción humana, y no se debe confundir con “las normas condicionales en sentido deóntico”, con los enunciados basados en un deber deóntico (“ought”). El deber de la regla técnica “Si quieres obtener entradas para el concierto, debes (‘must’) guardar cola durante dos horas” es un deber técnico, mientras que el deber de la regla hipotético-constitutiva “Para obtener entradas para el concierto se debe (‘ought’) guardar cola durante dos horas” es un deber deóntico, al

40. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., p. 10 (En la trad. cast. citada *Norma y Acción*, p. 29).

margen de que sintácticamente ambas reglas pudieran haberse construido idénticamente<sup>41</sup>.

Las reglas técnicas, por consiguiente, prescriben un comportamiento en tanto que condición de realización de un fin posible, en tanto que es necesario el cumplimiento de una condición para conseguir un fin. Pero que sea necesario cumplir una condición no significa que ésta sea una condición necesaria; puede ser también necesario cumplir una condición suficiente o cumplir una condición necesaria y suficiente. Paralelamente a la división de las reglas hipotético-constitutivas en reglas anancástico-constitutivas -reglas que ponen una condición necesaria-, reglas metatético-constitutivas -reglas que ponen una condición suficiente- y reglas nómico-constitutivas -reglas que ponen una condición necesaria y suficiente-, las reglas técnicas se dividen en reglas anancásticas -reglas basadas en reglas anancástico-constitutivas, reglas que presuponen condiciones necesarias-, reglas metatéticas -reglas basadas en reglas metatético-constitutivas, reglas que presuponen condiciones suficientes- y reglas nómicas -reglas basadas en reglas nómico-constitutivas, reglas que presuponen condiciones necesarias y suficientes<sup>42</sup>.

Así, por ejemplo, la regla "Si quieres otorgar o modificar capitulaciones matrimoniales, debes hacerlas constar en documento público" es una regla técnica anancástica que presupone la condición necesaria puesta por la regla anancástico-constitutiva "Deberán constar en documento público las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones" (art. 1280.3 del Código civil español); la regla "Si quiere revocar el mandato, el mandante debe expresar su voluntad en tal sentido" es una regla técnica metatética que presupone la condición suficiente puesta por la regla metatético-constitutiva

---

41. Georg H. VON WRIGHT, *Norms, Truth and Logic*, vol. *Practical Reason. Philosophical Papers I*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, pp. 152 y 153.

42. En opinión de Azzoni, no toda regla técnica prescribe un comportamiento en tanto que es necesario el cumplimiento de una condición para conseguir un fin. No es necesario el cumplimiento de una condición en el caso de las reglas estocásticas, las reglas que prescriben un comportamiento "en tanto que probable coeficiente de la consecución de un fin". Por ejemplo, todas las reglas paranancástico-constitutivas (las reglas que no ponen condiciones suficientes de invalidez -condiciones necesarias de validez-, sino condiciones suficientes de anulabilidad) fundan reglas estocásticas. La regla paranancástico-constitutiva "Los contratos pueden ser anulados siempre que posean alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley" funda la regla técnica estocástica "Si quieres que un contrato no pueda ser anulado debes impedir que posea alguno de los vicios que lo invalida con arreglo a la ley". Esta regla es técnica, presupone la condición puesta por la regla paranancástico-constitutiva subyacente, aunque no sea forzosamente necesario cumplir la condición para conseguir el fin que se persigue (Giampaolo AZZONI, *Regola tecnica tra ontico e deontico*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, nº 64, 1987, pp. 310 y ss.).



“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad” (art. 1733 del Código civil español); y la regla “Si quieres votar (a lo que estás obligado si eres mayor de edad) debes mostrar tu documento de identidad para acreditar tu mayoría de edad” es una regla técnica nómica que presupone la condición necesaria y suficiente puesta por la regla nómico-constitutiva “Todo mayor de edad está obligado a votar. Deberá mostrar su documento de identidad para acreditar su mayoría de edad”. Las reglas técnicas nómicas son particularmente relevantes por su apariencia contradictoria, puesto que en ellas coinciden la facultad y la obligación, el “puede” y el “debe”. Pero realmente son tan poco contradictorias como las reglas nómico-constitutivas subyacentes. Las reglas técnicas nómicas son simplemente poco frecuentes, ya que las reglas nómico-constitutivas suelen hacer depender el cumplimiento de una condición necesaria y suficiente de estados de cosas y no de actuaciones subjetivas, y por consiguiente sólo en escasas ocasiones se deduce de ellas una regla técnica nómica.

### 3.3.2. Reglas eidético-constitutivas versus reglas técnicas

Las reglas técnicas, como acabamos de ver, presuponen condiciones que han sido puestas por reglas hipotético-constitutivas. En particular, las reglas técnicas anancásticas presuponen condiciones necesarias que han sido puestas por reglas anancástico-constitutivas; la relación entre una regla técnica anancástica y la regla anancástico-constitutiva subyacente se basa en que la condición necesaria que la primera presupone ha sido puesta por la segunda. Por otra parte, las reglas técnicas pueden presuponer la existencia de reglas constitutivas, puesto que éstas, por definición, “son condiciones”, y las reglas técnicas presuponen la existencia de condiciones. En particular, una regla técnica anancástica puede presuponer una condición necesaria que sea una regla eidético-constitutiva. Se denominan reglas técnicas anancásticas “praxeonómicas” aquellas que presuponen condiciones necesarias que son reglas eidético-constitutivas; es decir, aquellas reglas que se “fundan” - el término es introducido en este contexto por Conte (“Tesis de la fundación”)- en reglas eidético-constitutivas. Por ejemplo, un estudioso de nuestra Constitución podría enunciar la siguiente regla técnica anancástica: “Si quieren tomar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”. Esta regla técnica anancástica se funda en la regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” (art. 79.1 de la Constitución española) (En contraste con las reglas técnicas anancásticas “praxeonómicas”, se denominan “praxeológicas” las reglas que presuponen condiciones necesarias que no son reglas eidético-constitutivas; es decir, las reglas que no se “fundan”



en reglas eidético-constitutivas. Por ejemplo, es praxeológica la regla técnica anancástica “Si quieres no pasar frío debes abrigarte”<sup>43</sup>.

Ahora bien, una regla técnica anancástica praxeonómica y la regla eidético-constitutiva en la que se funda pueden ser sintácticamente idénticas. La regla técnica anancástica praxeonómica fundada en el art. 79.1 de la Constitución española también podría haberla formulado así un constitucionalista: “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”. Pero en este caso, en el marco del “juego del ordenamiento jurídico”, el constitucionalista “prescribe cómo actuar para realizar el juego”, se regula la “actividad lúdica”, mientras que la norma constitucional no da pautas o instrucciones sobre cómo realizar el juego, sino que “constituye un sistema lúdico” (Conte llama “ludos” al sistema lúdico, en contraste con la actividad lúdica o “lusus”. Pero en el idioma inglés es más clara la diferencia: “sistema lúdico” corresponde a “game”, “actividad lúdica” corresponde a “play”)<sup>44</sup>.

Esta distinción semántica entre las reglas eidético-constitutivas y las reglas técnicas anancásticas, oculta tras el manto de la identidad sintáctica, no fue totalmente apreciada por Von Wright en “Norm and Action”, donde indica que las reglas constitutivas (las “reglas del juego”), “desde el punto de vista del juego mismo, determinan cuáles son los movimientos correctos, y, desde el punto de vista de la actividad de jugar, determinan cuáles son los movimientos permitidos. Los movimientos que no son correctos están prohibidos a los jugadores del juego; un movimiento que sea el único correcto en una determinada situación del juego es obligatorio cuando uno está jugando el juego”<sup>45</sup>. Von Wright distingue la regulación del sistema lúdico de la regulación de la actividad lúdica, pero asume ambas como consecuencias lógicas de la existencia de un solo tipo de normas. La regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” tendría la doble función de definir institucionalmente las Cámaras legislativas y de prescribir su modo de funcionamiento.

Similar postura encontramos, al menos implícitamente, en Searle, para quien “las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) formas de

43. Amedeo G. CONTE, *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, cit., p. 33.

44. Amedeo G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, cit., p. 45.

45. Georg H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, cit., p. 6 (en la trad. cast. citada *Norma y Acción*, p. 26).

actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas"<sup>46</sup>. Como de forma más precisa señalara en "Speech Acts", "las reglas constitutivas no sólo regulan; crean o definen nuevas formas de conducta. Las reglas del fútbol o del ajedrez, por ejemplo, no sólo regulan el juego del fútbol o del ajedrez ('do not merely regulate *playing* football or chess'), sino que es como si crearan la propia posibilidad de jugar a tales juegos" ("as it were they create the very possibility of *playing* such games")<sup>47</sup>.

La tesis de Von Wright y Searle ("tesis de la alonomía", en el sentido de que defiende la existencia en las reglas eidético-constitutivas de dos "estados alotrópicos", de dos "alonomías": la alonomía referida al sistema lúdico y la alonomía referida a la actividad lúdica) ha sido criticada, a mi juicio certeramente, por A. Conte y T. Mazzarese, para quienes la identidad sintáctica entre una regla eidético-constitutiva y la regla técnica anancástica praxeonómica que dicha regla funda no debe confundirse con la identificación de ambas. Según su "tesis de la fundación" -tesis ontológica que, como ha puesto de manifiesto G. Azzoni, se puede reformular en términos lógicos como tesis de la implicación<sup>48</sup>- las reglas eidético-constitutivas fundan reglas técnicas anancásticas "que prescriben cómo actuar para materializar ('instantiate') los 'types' constituidos por las reglas eidético-constitutivas (esto es, para producir 'tokens' de los 'types' constituidos por reglas)". Por lo tanto, de la homonimia entre una regla eidético-constitutiva y la regla técnica anancástica praxeonómica fundada en ella no se puede en ningún caso inferir que la regla eidético-constitutiva sea en sí misma una regla técnica anancástica<sup>49</sup>.

Quizá habría que achacar esta confusión al hecho de que la diferencia entre una regla constitutiva y una regla técnica, en general, y entre una regla

46. John R. SEARLE, *How to derive "ought" from "is"*, cit., p. 131.

47. John R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 33 y 34.

48. G. Azzoni pretende superar las tesis de la alonomía y de la fundación mediante una tercera, la "tesis de la presuposición", con la que trata de expresar en términos semióticos la relación, aparentemente ontológica, entre los aspectos óntico y deóntico de las reglas técnicas. Según la tesis de la presuposición -a su vez basada en la tesis de Von Wright (*Norm and Action*, cit., p. 10) según la cual una regla técnica anancástica praxeológica presupone una regla anancástico-constitutiva- las reglas técnicas anancásticas praxeonómicas no son fundadas "por las" ("dalle") reglas eidético-constitutivas subyacentes, sino que se fundan "sobre las" ("sulle") reglas eidético-constitutivas subyacentes. Las reglas técnicas anancásticas praxeonómicas presuponen las reglas eidético-constitutivas subyacentes, "o mejor, presuponen la relación de condición instaurada por las reglas eidético-constitutivas subyacentes" (Giampaolo AZZONI, *Regola tecnica tra ontico e deontico*, cit., pp. 317 y 318).

49. Amedeo G. CONTE y Tecla MAZZARESE, *Founding Rules on Rules*, vol. *Reason in Law*, edición a cargo de C. Faralli y E. Pattaro, Giuffrè, Milán, 1987-88, vol. II, pp. 285 y 286.

eidético-constitutiva y una regla técnica anancástica, en particular, no es solo semántica, sino también y sobre todo pragmática. De hecho, si sólo disponemos de datos semánticos no es tan fácil diferenciar una regla eidético-constitutiva de la regla técnica anancástica praxeonómica que dicha regla funda. Si nos fijamos de nuevo en la regla eidético-constitutiva “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” y en la homónima regla técnica anancástica praxeonómica que formula el constitucionalista, podríamos pensar que estas dos reglas, sintácticamente idénticas, se diferencian por su significado: la primera define, constituye, es una condición necesaria; la segunda prescribe, ordena, no “es” sino que “presupone” una condición necesaria. Pero, ¿quién nos asegura que esta última no es también constitutiva, por cuanto que quien la enuncia pudiera estar pensando en definir, en constituir, y no en prescribir, bien porque ha perdido la razón, bien porque equivocadamente se cree legitimado para crear normas constitucionales? La respuesta a esta pregunta no se halla en la regla técnica anancástica praxeonómica “Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”, que podría ser sintáctica y semánticamente idéntica a la regla eidético-constitutiva homónima, sino que hay que indagar en las características pragmáticas de las reglas eidético-constitutivas, que exigen que éstas procedan de la instancia con competencia para llevar a cabo su creación, pero ésta es una cuestión que escapa del marco teórico tradicional de las reglas constitutivas.



---

---

## 2. PENSAMIENTO JURIDICO



## Comentario al texto "Anónimo sobre la Ley"

Por SALVADOR RUS RUFINO y  
M<sup>ra</sup> ASUNCION SANCHEZ MANZANO

León

### I. INTRODUCCIÓN

El texto conocido como *Anónimo sobre la Ley* forma parte del primer discurso de Demóstenes contra uno de los personajes de la política ateniense de su época: Aristogitón<sup>1</sup>. Algunos párrafos de este discurso<sup>2</sup> llamaron la atención de M. Pohlenz<sup>3</sup> que después de hacer un estudio de filología comparada concluye que el texto no es de Demóstenes y avanza un paso más: el orador ateniense se sirvió de un texto anónimo anterior a él para componer estos párrafos del discurso. Poco después C. Kramer<sup>4</sup> intenta resolver las dificultades que plantea la autoría del discurso. En principio se lo atribuye a Demóstenes, pero al final no puede resolver todos los problemas que le plantea la atribución, por ejemplo no logra justificar la falta de adecuación que se da entre las técnicas política y judicial de la Atenas del siglo IV a. J. C. Más tarde el filólogo italiano P. Treves en otro trabajo dedicado a los apócrifos de Demóstenes corrobora la opinión de M. Pohlenz<sup>5</sup>. Fue W. Nestle el primero que intentó mostrar que el autor del

---

1. Este discurso contra Aristogitón tiene el número XXV en las ediciones de los Discursos de DEMOSTENES.

2. Concretamente los párrafos son 15-17, 20-27, 33-35, 88, 89, 93 y 96. Véase para la discusión de la autoría del discurso e influencias recibidas J. de ROMILLY, *La loi dans le pensée grecque, des origines à Aristote*, les Belles Lettres, Paris 1971, pp. 155-158.

3. Cfr. M. POHLENZ, "Anonymus perí nómon". *Nachr. de Gesellschaft der Wissenschaft zu Göttingen. Phil., hist. Klass.* 1929, pp. 19-37. Concretamente no admite como auténticos los párrafos 15-35 y 85-91.

4. Cfr. C. KRAMER, *De priore Demosthenis adversus Aristogeitonem orationem*, Diss. Leipzig 1930.

5. Cfr. R. TREVES, "Aprocrifi demostenici II", *Atheneum* 24, 1936, p. 257.

*Anónimo sobre la ley* era alguien relacionado con la Sofística, o próximo, o en todo caso formado por ellos. Lo que parece evidente es que está muy influenciado por las ideas de los sofistas<sup>6</sup>. M. Untersteiner incluye los párrafos del discurso de Demóstenes en su edición de los fragmentos y testimonios de los sofistas<sup>7</sup>, y hace un comentario bien documentado de cada uno de los párrafos que se consideran como parte del texto del *Anónimo sobre la ley*. Para el crítico italiano el *Anónimo* parte de la oposición entre naturaleza y ley. Polémica que se convirtió en la época de la Sofística en un lugar común de discusión y de opinión<sup>8</sup>. El crítico italiano intenta probar cómo "l'Anonimo parta dall'antitesi di *nomos-physis* per risolversi in una *physis* ricondotta nell'essenza di *'nomos'*"<sup>9</sup>. Hace veinte años D. F. Jackson y G. O. Rowe<sup>10</sup> pusieron de relieve que tanto por el estilo, como por los ataques a Dionisio y Aristogitón, no parece que sea un discurso auténtico de Demóstenes.

Finalmente, F. Hernández Muñoz, a propósito de un estudio sobre la autenticidad de los discursos políticos en el *Corpus Demosthenicum* muestra que el elevado uso de *hápax* en el discurso 25 nos sitúa ante un discurso político que presenta un índice elevado de innovación léxica<sup>11</sup>. En efecto el número de *hápax* que aparecen en el discurso son 111 en un total de 6.828 palabras, lo que supone un porcentaje del 16,25% en cada mil palabras<sup>12</sup>. Este índice de innovación léxica está más cercano al de los

6. Cfr. W. NESTLE, *Vom Mythos zum Logos. Die Selbstentfaltung des griechischen Denkens von Homer bis auf die Sophistik und Sokrates*, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 1940, p. 434.

7. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti. Testimonianze e frammenti*. Vol. III, reimpresión, La Nuova Italiana Editrice, Florencia 1967, pp. 192-207. Además a pie de página Untersteiner comenta cada uno de los textos del *Anónimo*.

8. Sobre esta cuestión véase J. de ROMILLY, *La Loi...* cit. p. 162 y S. RUS RUFINO, *El problema de la fundamentación del Derecho. La aportación de la Sofística Griega a la polémica entre naturaleza y ley*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid 1987.

9. Cfr. M. UNTERSTEINER; *Sofisti...* cit. p. 192 y del mismo autor *I Sofisti*, La Nuova Italia Editrice, Torino 1949, pp. 412-416.

10. Cfr. D. F. JACKSON y G. O. ROWE, "Demosthenes 1915-1965", *Lustrum* Vol. 14, 1969 (1971), p. 74.

11. Cfr. F. HERNANDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica al estudio de la autenticidad de los discursos políticos del *Corpus Demosthenicum*", *Myrtia* 3, 1988, p. 61, nota 3.

12. Se trata de un porcentaje muy elevado que sólo lo supera el discurso 17 con 16,93%, discurso que unánimemente se considera apócrifo, cfr. J. D. JACKSON y G. O. ROWE, "Demosthenes..." cit., pp. 54 y ss., M. FERNANDEZ GALIANO, "Tipología de los problemas de autenticidad en las literaturas clásicas", en *Estudios de prosa griega*, ed. por G. MOROCHO GAYO, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León 1985, pp. 73, 78 y 85.



discursos apócrifos que al de los dudosos o auténticos<sup>13</sup>. La comparación de algunas características morfológicas de los *hápax* del discurso 25 lleva a establecer una coincidencia con los discursos 7 y 17 ambos considerados como apócrifos<sup>14</sup>.

Con estos datos, F. Hernández afirma que el discurso *Contra Aristogitón* I "por su riqueza léxica, su variedad de dominios temáticos y de procedimientos morfológicos, presenta un *status* especial dentro del *Corpus Demosthenicum* con muchos rasgos específicos, pero compartiendo también otros con los restantes piezas del *Corpus*, aunque parece claro que su autor no ha sido el mismo que el del discurso 26"<sup>15</sup>. Así pues lexicográficamente se puede mantener que el discurso 25 es, si no totalmente, sí en parte de dudosa autenticidad de Demóstenes.

Pensamos que la cuestión más importante no es solventar si el autor del texto es un sofista o no. Nos parece suficiente que las ideas que Demóstenes recoge en estos párrafos estén muy cercanas al planteamiento de los sofistas<sup>16</sup> y, al mismo tiempo, supongan una cierta novedad en la polémica entre naturaleza y ley. En el estudio del texto comentaré cada uno de los párrafos. Seguiré la división del texto que M. Untersteiner hace en los comentarios a pie de página.

## II. DUALIDAD ENTRE NATURALEZA Y LEY

Desde el principio el autor del *Anónimo* plantea la diferencia entre los términos naturaleza y ley:

13. Cfr. F. HERNANDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica...", cit., p. 68.

14. Características tales como el doble preverbio y otros compuestos, cfr. F. HERNANDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica..." cit. pp. 72-75.

15. F. HERNANDEZ MUÑOZ, "Contribución lexicográfica...", cit. p. 76. Existen otros muchos datos importantes que avalan esta afirmación. Por ejemplo, entre los *hápax* documentados, en el artículo citado del discurso 25 se ve el influjo de Esquines -14 términos-, Isócrates y Lisias -12-, Hipérides -9-, Antifonte -6- y otros oradores como Andócides, Licurgo, Dinarco e Iseo. Este dato lexicográfico lleva a avalar la posibilidad de una supuesta autoría o influencia de Lisias o su escuela en la elaboración del discurso (p. 77-78). El discurso 25 toma términos de otros discursos concretamente del 4, 14, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (p. 79).

16. Para atribuir el discurso a la sofística haría falta un análisis lexicográfico del vocabulario de los sofistas, tarea casi imposible porque no poseemos un *Corpus* de textos de los sofistas, las noticias nos han llegado, sobre todo -aunque no exclusivamente-, a través de Platón, Jenofonte y Aristóteles.

“Toda la vida de los hombres ... habiten en una ciudad grande o pequeña, por la naturaleza y las leyes se administra. Y de estos dos principios, la naturaleza es cosa desordenada y peculiar, individualmente, de quien la posee; las leyes en cambio son cosa común, ordenada a lo mismo para todos. Así pues, la naturaleza, si es malvada, desea muchas veces cosas malas; por lo cual, precisamente, encontraréis a los que son de esta índole cometiendo errores”<sup>17</sup>.

Tanto la naturaleza como la ley están considerados como principios rectores de la vida de los hombres<sup>18</sup>. No de la vida general, sino de un tipo de vida en concreto, la vida política, es decir, la vida del hombre en cuanto que éste es y sólo puede ser, ciudadano. Estos principios actúan siempre con total independencia del tamaño o la importancia de la ciudad.

Ambos principios se diferencian netamente; frente a la naturaleza que es desordenada<sup>19</sup>, peculiar exclusiva o individual del que la posee, aparece la ley común, ordenada y semejante para todos<sup>20</sup>. La naturaleza es lo propio, lo suyo del individuo, lo que le distingue de los demás, lo que le hace ser

---

17. La traducción del texto en castellano es la de A. LOPEZ EIRE, *Demóstenes. Discursos Políticos*, Vol. II, Ed. Gredos, Madrid 1985, pp. 230-265.

18. En el caso concreto de la ley se puede ver un cierto paralelismo con la tesis de Heráclito DK 28B, 114: "Es necesario que quienes quieran hablar con inteligencia, se apoyen en lo que es común a todas las cosas, como una ciudad debe apoyarse en la ley", A. DIAZ TEJERA comenta parte de este texto diciendo que "de la misma manera que la ley dice cómo han de regularse las acciones de los hombres que habitan en una ciudad...", en "El Logos de Heráclito", en *Atholon. Saturra Grammatica in Honorem Francisci R. Adrados*, Ed. Gredos, Madrid 1984, vol. I, p. 144. Del mismo autor se puede ver "Desarrollo de la democracia en Grecia: Dialéctica interna" en *Cinco lecciones sobre cultura griega*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1990, p. 23" "... la oposición tan marcada entre naturaleza y ley en el orden ontológico, se neutraliza en el orden político: aquí constitución y ley no es otra cosa que la creación necesaria de un modelo de convivencia bajo la dirección de la racionalidad humana, si el hombre quiere ser un hombre político, un hombre que vive en una *pólis*. El hombre es naturaleza abierta a infinitas posibilidades. La ley, la convención de voluntades de un *dêmos*, no violenta la naturaleza humana. Todo lo contrario" la perfección. Pero esa ley, ese *nómos*, tiene que ser *isonomía*, derecho por igual de todos los ciudadanos para elaborarla. La democracia ateniense... encontró en esa formulación intelectual su mejor apoyo vivificador". Cfr. también J. de ROMILLY, *La loi...* cit. pp. 162-163 y A. FERNANDEZ GALLIANO, "Conceptos de Naturaleza y Ley en Heráclito", *Anuario de Filosofía del Derecho*, V 1957, pp. 259-321.

19. El desorden al que hace alusión el texto es debido, principalmente, a que el hombre no puede actuar, intervenir, en ella, en suma, no le está permitido realizar el ideal de Protágoras, ser la medida de todo. Cfr. J. de ROMILLY, *La Loi...* cit. p. 165.

20. Cfr. A. DIAZ TEJERA, "Desarrollo de la democracia..." cit. p. 17: "...Porque la ley la hacen los ciudadanos es igual para todos; porque la hacen todos los ciudadanos es soberana y no de nadie en particular y porque es soberana del *dêmos* exige la obediencia por parte de todos. La ley así entendida, es garantía de libertad y de igualdad..."

él mismo, frente a todos, lo que le diferencia respecto de los otros<sup>21</sup>. En este sentido M. Untersteiner<sup>22</sup> señala que la forma verbal *ékhontos*<sup>23</sup> significa "se aparece", "manifiesta" -esta última es la acepción literal-. En nuestra opinión en este caso concreto la palabra tiene un sentido más profundo: no es sólo una simple manifestación de tener algo, sino se trata de algo que inviste al individuo, algo que el hombre posee de tal forma que esa posesión se fundamenta en su modo de ser propio, es inherente a él y a la vez exclusivo, es decir, se trata de lo peculiar y lo individual que hacen referencia a la identidad del individuo, así pues, la *physis* es única de un poseedor determinado, no es repetible<sup>24</sup>. Este carácter exclusivo va acompañado del desorden -*dtakton*-; desorden que se refiere a la misma inconcreción de la naturaleza humana, pues ésta aparece llena de posibilidades, no limitada *a priori* por nada<sup>25</sup>. La ley es un mandato, un precepto, una norma

---

21. La norma jurídica incrementa el modo de ser del hombre, añade algo a su forma de vida política, esto es, mediante la norma se suple el poder de hecho y se otorga el poder de derecho, su función es hacer a una persona capaz, supone, por tanto, un aumento del poder del individuo, son que ese poder esté respaldado por su propio poder efectivo. Su función consiste en aumentar la capacidad de una persona. En el modo de ser del hombre hay una justificación de ejercer sus poderes más allá de su propio poder de hecho. El establecimiento y control de esa función es el objeto de la norma jurídica. El favorecido por la norma es el titular, la norma por consiguiente le faculta. Así la norma jurídica se muestra como una forma de descargar la fuerza física, si yo tengo derecho, el derecho me otorga un poder que físicamente no tengo. Jurídicamente el modo de ser del hombre se ve potenciado por una capacidad mayor de la que efectivamente tiene.

22. Cfr. *Sofisti...*, cit. p. 193: "... è una manifestazione esente da la norme e particolare a secunda dell'individuo che la manifesta, la leggi...".

23. El término deriva del verbo *ékho* que tiene dos valores, transitivo significa tener cogido en la mano e intransitivo y medio tenerse, estar en una situación. Por el contexto *ékhontos* tiene aquí preferiblemente el primer valor.

24. Cfr. X. ZUBIRI, *Naturaleza Historia Dios*, Madrid 1978, Editora Nacional, 5ª ed., pp. 162-163.

25. Cfr. el comentario de M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 193, siguiendo a F. HEINIMANN, *Physis und Nomos. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Verlag Friedrich Reinhardt, Basel 1945, p. 152, el autor compara la antítesis entre *physis* y *nómos* con la doctrina órfica de una condición humana criminal. Cita a Aristófanes *las ranas* 1032. También M. Pohlenz ve influjo o ecos pitagóricos en esta parte del discurso. Por su parte J. JAEGER; *La alabanza de la ley*, Instituto de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid 1982 pp. 43-44 afirmaba que existía una clara semejanza entre el planteamiento del *Protágoras* de Platón y el discurso *Contra Aristogitón I* "el orador que evidentemente es un contemporáneo de Demóstenes, contraponen entre sí la naturaleza y la ley. La naturaleza carece de orden, mientras que la ley se basa cabalmente en este principio. Según este punto de vista la ley no sigue a la naturaleza, ni tiene analogía alguna con ella, sino que es el hombre el que la impone a la naturaleza".

dada, conocida, concreta, con una funcionalidad precisa, vigente y válida para todos, en cierta manera la ley está cerrada, clausurada<sup>26</sup>.

Sin embargo, la ley es universal o común -ambas traducciones expresan el mismo sentido-, ordenadora y la misma para todos. La palabra traducida por ley aparece en los textos en plural -*nómois* y *nómoi*-, como ha visto bien F. Heinemann. Este plural designa al conjunto de leyes que articulan un Estado o comunidad política, mientras que en singular hace referencia a una ley concreta vigente<sup>27</sup>.

El texto caracteriza a la ley con una serie de notas que obedecen a una concepción política y sociológica del *nómos* común o universal, que gobierna por igual o que genera las mismas obligaciones políticas a todos los ciudadanos de una comunidad política determinada, mientras que estén insertos en esa estructura socio-política. Así la ley es, desde este punto de vista, un elemento que favorece la igualdad social. Refuerza esta idea la insistencia del autor cuando atribuye a la ley otra nota, a saber, "es la misma para todos", o bien, idéntica. Es decir, los derechos, los deberes y, aunque parezca extraño, las posibilidades<sup>28</sup> de desarrollo dentro de la sociedad que permite y, hasta cierto punto, genera la ley son iguales para todos.

La ley de la ciudad orlada por estas características "ordena todo"<sup>29</sup>, es

26. Esta es la concepción actual del derecho, como un conjunto de leyes que forma una reglamentación que regula las diferentes formas de actuar.

27. Cfr. F. HEINIMANN, *Physis und...*, cit., p. 123. Véase también PLATON, *Leyes* 630e, 644d y 714a, ARISTOTELES, *Política* 1286a.

28. El hombre como realidad ontológica es la vez fuente tanto de sus actos como de sus posibilidades. Esta realidad ontológica humana cuya condición primaria e irreductible es el coexistir, cuando trasciende los hechos y los acontecimientos, es decir, la pura ejecución, y se convierte en actualización de posibilidades y proyectos que él mismo, en el ejercicio de su libertad, se propone como fin del desarrollo vital.

29. Es curioso cómo desde HERODOTO este sentido de la ley ha tomado carta de naturaleza en el pensamiento griego. La situación que aprovecha el historiador para poner esto de relieve es la siguiente, el exiliado espartano Demarato, a requerimiento de Jerjes que le preguntaba cómo podían los lacedemonios resistir a sus fuerzas ampliamente superiores, respondió: "... Pues, pese a ser libres, no son libres del todo, ya que rige sus destinos un supremo dueño, la ley, a la que, en su fuero interno temen mucho más, incluso, de lo que tus súbditos te temen a tí. De hecho, cumplen todos sus mandatos, y siempre manda lo mismo: no les permite huir del campo de batalla ante ningún contingente enemigo, sino que deben permanecer en sus puestos para vencer o morir" (Heródoto VII.104,4-5). Por encima del griego, de cada griego, está el *nómos*. Así lo expresaron en distintos contextos políticos e históricos -por supuesto también intelectuales- Píndaro y Heráclito. Del primero conservamos los siguientes versos "La ley, reina de todo,/de los mortales y de los inmortales/los conduce, justificando la mayor!..." (J. Calonge Ruiz) el texto de PLATON, *Gorgias* 484 b (PLATON; *Gorgias*, Instituto

decir, 'todo' se refiere a la vida individual integrada en la *polis*, la vida en común. Este vivir en común tiene, un doble sentido. De una parte, es una constatación de un hecho, una deducción empírica: en todas las comunidades humanas y en todo tiempo han existido leyes<sup>30</sup>.

De este modo imponen un orden en la ciudad indicando qué es lo justo y lo injusto, lo que debe hacer y evitar cada uno. Se convierte en un orden que coordina las voluntades de los ciudadanos para llevarlas al fin que se propone la sociedad, así la sociedad queda ordenada coordinando las distintas tendencias.

La dualidad es clara<sup>31</sup>. Frente al desorden, la peculiaridad y la individualidad de la *physis*, aparece la universalidad, la capacidad de ordenación, la identidad y la igualdad político-social de la ley. Cabría preguntarse ¿por qué esta dualidad? porque la *physis* se considera una noción o un concepto filosófico de dimensión estrictamente antropolítica u ontológica -en el mejor de los casos cabría decir cosmológica-, mientras que el *nómos* se considera en un plano práctico, opera en una realidad político-social. El primero actúa como límite, mientras que el segundo posibilita la acción, ofrece posibilidades o cauces de desarrollo.

### III. EL ORIGEN DE LA LEY

En este párrafo del discurso el autor se muestra como un hombre culto, conocedor de las diferentes tendencias o posiciones que se dieron para

---

de Estudios Políticos, Madrid 1951, editado y traducido por J. CALONGE RUIZ). Del segundo tenemos el famoso fragmento de DK 22B 44: "... un pueblo debe luchar más por la ley que por los muros de su ciudad". El *nómos* es el rey invisible, que planea sobre el hombre, sobre la *polis* y que a todos une en voluntad, en la que están coordinados hombre y comunidad, resultando la figura de la organización política de una forma ordenada racionalmente mediante las leyes.

30. A modo de ejemplo puede verse Heródoto incansable viajero que comprobó la existencia de leyes en todas las comunidades, leyes en muchos casos sujetas a los determinantes históricos, sociales, políticos, geográficos y étnicos, pero leyes que servían para regir la sociedad. Véanse los textos de Heródoto III, 38 y III, 80 y los comentarios de J. SANCHEZ LASSO de la VEGA, *DE Safo a Platón*, Ed. Planeta, Barcelona 1976, pp. 198 y ss. Los autores que sitúan el origen de la comunidad humana en el nacimiento de unas nociones más o menos jurídicas, no hacen más que mostrar esta necesidad de existencia de leyes, por ejemplo, el discurso del sofista Protágoras recogido por PLATÓN en el diálogo *Protágoras* 320c-322d, cfr. A DÍAZ TEJERA, "Desarrollo de la democracia...2 cit. pp. 21-23, donde hace un certero comentario a este discurso.

31. La oposición entre *physis*, por un lado, y *éthos* y *nómos* por otro es clara. *Physis* es *átakton*, desordenada frente a los otros dos términos son *tétakmeno*, ordenado, que vienen del verbo *némo* distribuir. Volverá a repetir, en parte, esta oposición en el párrafo n.35.

explicar el origen de la ley a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político griego.

“Así pues, la naturaleza, si es malvada, desea muchas veces cosas malas; por lo cual, precisamente, encontraréis a los que son de esa índole cometiendo errores. Las leyes, por el contrario, quieren lo justo, lo bello y lo conveniente y eso es lo que van buscando, y una vez que es hallado, eso es designado decreto común semejante e igual para todos, y eso es la ley. A ella conviene que todos obedezcan por muchas razones y, sobre todo, porque toda ley es una invención y un regalo de los dioses, una decisión de hombres sabios, un correctivo de los errores voluntarios e involuntarios, un contrato general de la ciudad, de acuerdo con el cual es propio que vivan todos los que en la ciudad habitan”<sup>32</sup>.

En el texto citado aparecen desarrollados tanto la dualidad entre naturaleza y ley, como los diversos orígenes de la ley. La argumentación central que descalifica a la naturaleza usa una condicional\_ “si es malvada..., entonces producirá efectos malos”. Pero también se puede argumentar del mismo modo en contra, porque como se deduce del texto, la naturaleza engendra siempre algo de su misma índole, por tanto, se puede decir también, “si es buena..., entonces producirá efectos buenos”<sup>33</sup>. Si el origen de la ley está en el calificativo que tenga la naturaleza, entonces la ley será buena o mala. Desde esta perspectiva el autor del texto se ancla en una noción de *physis* semejante a la mantenida por los autores presocráticos. Por otra parte, cabe notar que una nota distintiva de la *physis* presocrática es precisamente “lo que está siendo en cuanto que es, lo que explica el proceso que siguen las cosas para llegar a ser y lo que permanece cuando las cosas han sido engendradas, cuando ya son”<sup>34</sup>.

A continuación el autor señala cuál es el fin que persiguen las leyes. Se trata de un fin social-individual que se cifra en conseguir lo justo, lo bello y lo conveniente. Queda claro que la ley promulgada no resuelve al instante

32. DEMOSTENES, nn. 15-16.

33. Es curioso notar cómo las oraciones y condicionales tienen su origen y pertenecen al ámbito comercial y jurídico, es decir, la creación de oraciones condicionales propiamente dichas, con una forma propia, exige cierto desarrollo de las relaciones económico-sociales y faltan por ello en varios lugares, cfr. N. DANIELSEN, *Zum Wesen des Konditionalsatzes*, Odessa 1968. Esta afirmación de Danielsen encaja con la estructura del lenguaje sobre la práctica. Este lenguaje es condicional: si se dan ciertas condiciones, entonces sí. Por eso en la política el primer objeto de examen son las condiciones, hay que ver si se dan, no cabe darlas por supuesto, cfr. S: RUS RUFINO, *El problema...*, cit. p. 181. Pensamos que esta interpretación es adecuada porque el autor utiliza una oración eventual construida con subjuntivo.

34. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., p. 22.

todos los problemas, por eso dice que "se ordena" y "busca", pero no consigue o resuelve, que sería la fórmula que se espera. En efecto, la ley una vez que ha sido promulgada no es más que un instrumento para encauzar la vida política, no es la solución para todos los problemas que se plantean en el seno de una comunidad, sino el medio consensuado para lograr resolverlos, el instrumento adecuado para conseguir la solución más conveniente. El autor del discurso nos sitúa ante una definición teórica de lo que es la ley y su finalidad.

El primer fin que persigue la ley es lo justo, la justicia objetiva, no sometida al capricho o la opinión de una persona determinada. Las leyes no pretenden hacer justos a los hombres, eso se expresaría en griego de otra forma, el adjetivo calificativo estaría en cualquiera de los géneros masculino o femenino: 'Aristides es justo', o 'Aspasia es justa'. Si el término va en neutro expresa su no atribución o predicación a una persona, es una noción abstracta y libre de toda subjetividad. Constituyen el fin general al que deben dirigirse todas las leyes. Estas buscan lo bello como manifestación de la armonía, es posiblemente la versión de la concordia ciudadana. Finalmente hacia lo conveniente, esto es, aquello que favorece más a la ciudad para seguir tendiendo hacia su fin. Notemos que todos estos sustantivos son neutros, por tanto expresan fines objetivos.

Las leyes tienden hacia esa pluralidad de fines. Cuando estos fines han sido establecidos adquieren el carácter de *koinón próstagma*<sup>35</sup>, un mandato común, igual *-íson-* y válido *-hómoion-* para todos. Supone afirmar que las leyes se ordenan para conseguir unos fines determinados, y una vez conseguidos obligan a todos. "Y esto es ley", sentencia el autor, en singular *nómos* hace referencia a una ley actual vigente, no a la consideración abstracta de la ley<sup>36</sup>.

El autor ha definido los fines de las leyes; ha mostrado la conveniencia de someterse a ellos, y ha descendido a un nivel práctico. Le queda sólo justificar el carácter vinculante de la ley, por tanto, necesita abordar el origen de la ley<sup>37</sup>.

La ley tiene diferentes orígenes: los dioses, los sabios legisladores, la corrección de errores - la experiencia- y el pacto entre los hombres. Podría parecer que es una solución original del autor. Ni mucho menos, todos estos

35. Parece que este término es el siglo IV, cfr. PLATON *República* 432c, ISOCRATES 4.176 y DEMOSTENES 17.16 y 14.41.

36. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 193.

37. Cfr. n. 16, 12-15.



diferentes puntos de partidas entroncan con la tradición helénica. Lo raro es encontrar los cuatro juntos, eso sí que es -hasta donde llegan mis noticias- original y que en algunos autores se encuentra uno y en otros otro, pero todos juntos no.

El origen divino de la ley es algo muy arraigado en la reflexión jurídica griega<sup>38</sup>. En muchas ocasiones se recurre a la divinidad para afirmar la intangibilidad de una ley, es más las leyes para ser incuestionadas exigen el refrendo y el fundamento de la divinidad. Este prestigio de la ley aparece en la lírica arcaica, en los antiguos poetas<sup>39</sup> y lo encontramos en el mismo Platón en su última obra, las *Leyes*<sup>40</sup>. La ley necesita estar revestida de este prestigio para poder ordenar la ciudad. Así se le confería un sesgo particular: ser una instancia exenta de toda crítica y pasión humana, por tanto, hasta cierto punto objetiva.

El texto del anónimo no es preciso, pero por contextualización podemos deducir qué leyes son las que tienen origen en la divinidad. Es indudable que el autor se encuentra en el momento de desarrollo de las ideas sofísticas. Protágoras cifra también parte del orden jurídico en la divinidad. Pero no son leyes sino principios jurídicos básicos sobre los que se orienta la comunidad, y a los que se tendrán que adecuar todas las leyes humanas. Así pues, se puede afirmar que sólo las líneas más generales, básicas, de todo el ordenamiento legal tienen su origen en los dioses<sup>41</sup>.

---

38. Cfr. R. HIRZEL, "AGRAPHOS NOMOS", *Abh. der phil.-hist. Classe der kön. sächs. Gesellsch. der Wissenschaft*, Vol. 47 1903, p. 80 y del mismo autor *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei der Griechen*, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim 1966, edición fotográfica de impresión de Leipzig 1907, es un libro muy interesante; para el autor Themis es una consejera que prescribe tanto lo que hay que hacer como lo que hay que evitar, es, por tanto, la diosa de los oráculos; por otra parte, es la diosa que rige las reuniones de los hombres en el ágora, en los banquetes (cfr. especialmente las páginas 5-56); véase también otros autores como SOFOCLES *Edipo Rey* 863 y ss.; EURÍPIDES *Ion* 442 y 1312, *Hipólito* 98 y ss. Y entre los sofistas Hipias testimonio recogido por JENOFONTE *Memorabilia* IV, 4, 19-21. Sobre este punto existe una discusión entre algunos autores. Para A. LEVI, "Ippia di Elide e la corrente naturalistica della Sofistica", *Sophia* 10 1947, pp. 441-450 y M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. Fasc. II, p. 70 ve que esta afirmación de Hipias da pie a considerar que el sofista admite un origen divino de la ley y lo identifica con la ley de la naturaleza. Cfr. a este propósito E. GÓMEZ ARBOLEYA, "La polis y el saber social de los helenos", *Revista de Estudios Políticos*, vol. XLV, n<sup>o</sup> 65, 1952, pp. 72-74 y S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., pp. 99-100.

39. Los casos más claros son los de HESÍODO, y ya en el siglo V, ESQUILO.

40. Cfr. PLATÓN, *Leyes* donde abundan los ejemplos en que la divinidad aparece como el fundamento de la ciudad y del orden normativo que la vertebraba, véase por ejemplo 702b, 752a, 757e, 759b-c, 762c, 771c, 848d, 888b, 913d, 914d, 965c.

41. Cfr. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., pp. 87-88.



Los hombres sabios<sup>42</sup>, o como dice textualmente, prudentes, son los antiguos legisladores. Hombres sobresalientes en su virtud, conducta y rectitud de vida. Todos ellos tenían excelente sentido práctico, es decir, sabían lo que más convenía a la ciudad. Ejemplo de ello es Dracón<sup>43</sup>, Licurgo<sup>44</sup> y Solón<sup>45</sup>, por citar los más conocidos. La característica de estos hombres es que redactaban las leyes no mirando a su interés, sino al interés de toda la ciudad. Por tanto, las leyes son justas porque buscan el bien común por encima o aun a costa, del bien particular<sup>46</sup>.

La corrección de los errores implica que el hombre es sujeto de la ley. Es decir, la naturaleza humana como se dijo antes tiene la capacidad de orientarse hacia lo vicioso, pero también es capaz de dirigirse hacia el bien, es libre de escoger entre ambos fines<sup>47</sup>. La posibilidad de enmendar los errores exige la capacidad de autocorrección, la autocorrección implica autoeducación, y por ende, un sucesivo adaptarse a la realidad objetiva mediante pequeñas correcciones de rumbo. De ahí que corregir un error suponga un doble acto: de un lado, cierra un camino que se puede seguir, de otro abre uno nuevo avalado por la certeza, que no seguridad, de que ese puede ser más acertado que el anterior. La corrección de errores es una fuente por la cual se establecen las leyes más ajustadas a la realidad social en cada momento. Se puede decir que del error político se aprende a eliminar la rigidez, igual que un timón de un barco no puede permanecer fijo, la acción política debe muchas veces sufrir pequeños cambios de rumbo para adecuarse a las necesidades y exigencias de la sociedad.

42. Cfr. W. JAEGER, *La alabanza...*, cit. pp. 14-15 y 17-22.

43. Cfr. ARISTOTELES, *La constitución de Atenas* 4, 1-5.

44. Cfr. JENOFONTE, *Memorabilia*, IV.4, 14-15.

45. Cfr. ARISTOTELES; *La constitución de Atenas* 5, 1-3.

46. Cfr. ARISTOTELES, *La constitución de Atenas* 4.1; Véase también Solón Frag. 3, ed. de DIEHL, W: JAEGER, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, Fondo de Cultura Económica, México 1974, 3ª reimpresión, p. 112, *La alabanza...*, cit. pp. 17-22 y E: ZELLER-R. MONDOLFO, *La filosofía dei Greci. Nel suo sviouppo storico*, La Nuova Italia Editrice, Vol. I,1, reimpresión Firenze 1967, p. 250. Por analogía se podrían citar dos de los Siete Grandes Sabios e Grecia, QUILON DK 10.9 y PERIANDRO DK 10.16. El caso contrario es el de CRITIAS donde no es la bondad la que prima, sino la astucia, cfr. AECIO I,7.2=DK 88B, 25.

47. Véase E: BARKER, *The Greek Political Theory. Plato and his Predecessors*, Methuen and Co. 2ª ed., London 1925, p. 6 y E. GOMEZ ARBOLEYA, "La Polis y..." cit. p. 75: "... en la polis los hombres discuten y deciden las cosas comunes, y por ello ejercitan el *nous* y su virtud propia, la prudencia, *sophía*. Definen su patria, tienen *andrea*. Moderan sus pasiones con rubor, *aidós* y templanza, *sophrosýne*. Pero sobre todo, puesto que en la polis reina el *nómos* ejercitan la *dikaíosýne*. Esta se constituye cada vez más en el *éthos*, en la virtud fundamental de la comunidad: virtud arquitectónica del legislador, y que abraza a toda otra en el ciudadano".

Por último la ley se establece mediante el acuerdo común de los individuos<sup>48</sup>. Es la manera normal de encauzar la pluralidad de voluntades hacia un solo fin: el más conveniente. Es una propuesta contractualista -por usar una expresión actual- pero que al mismo tiempo implica la capacidad del hombre para ponerse de acuerdo sobre la dirección a seguir y cómo debe ordenarse la ciudad. Este 'ponerse de acuerdo' implica un poder comunicarse intenciones, proyectos, etc., que es lo que hace al hombre capaz de vivir en sociedad a diferencia de los animales, como vio acertadamente Aristóteles<sup>49</sup>.

El fin que se persigue es el mismo: vivir en la ciudad, articular la vida político-social en una comunidad de individuos que tienen un proyecto común que les une y mantiene viviendo en sociedad.

La manera como procede la ley de las distintas fuentes no es igual, veámoslo. Los dioses, dotados de un poder superior a los hombres, y ante los que no queda opción que someterse, les regalan las leyes más adecuadas para la ciudad, éstos no ponen nada de su parte, son meros sujetos pasivos o receptores. En el caso de los legisladores se establecen los preceptos que dictan porque vienen avalados por la excelencia de su sabiduría sobre los asuntos que atañen a la comunidad política. En este caso la ley no es más que un producto elaborado por un individuo -o un conjunto de individuos- de autoridad reconocida por todos, los ciudadanos siguen siendo elementos pasivos que reciben la ley. En el tercer caso todo cambia, el ciudadano es elemento activo que determina su naturaleza individual tanto al fin de la sociedad, como al colectivo, mediante una autocorrección de defectos. Finalmente, las leyes acordadas por los ciudadanos son el resultado de la adecuación voluntaria de éste a las exigencias de la comunidad política. Es

---

48. Es la tesis que defendieron los siguientes sofistas: HIPIAS véase PLATÓN, *Hippias Mayor* 284c y e, Jenofonte, *Mem.* IV.4, 13-14 y IV.4, 21; El texto denominado *Anónimo de Jámblico*, VI.1; Antifonte DK 84B, 44; LICOFRONTE véase el único texto en ARISTÓTELES *Política* 1280b, 10-12. Entre los defensores del derecho natural del más fuerte el origen contractualista de la ley es afirmado para atacarlo o rechazarlo, cfr. la opinión de CALICLES recogida en *Gorgias* 483 b-c y sobre todo JENOFONTE, *Memorabilia*, I.2,41, y TRASIMACO en la *República* 339 a. Cfr. E. GÓMEZ ARBOLEYA, "La Polis y...", cit. p. 81.

49. Cfr. ARISTÓTELES, *Política* 1253a, 7-18. Véase también X. ZUBIRI, *Naturaleza...*, cit. pp. 162-163, donde muestra cómo el hombre es un ser viviente diferente de los demás. Esa diferencia radica en su *lógos* que le lleva a poder convivir en una sociedad organizada jurídica y políticamente con otros hombres "... por eso la plenitud de la convivencia es la *pólis*, la ciudad... Si el contenido concreto de la *pólis* es obra de un *nómos*, de un estatuto, y tiende a la eunomía, la buen gobierno, su existencia es, para un griego, un hecho natural". Este modo de articular la vida en común se da por primera vez en Grecia, se trata de una coexistencia bajo la idea del *nómos*, que se transforma en palabras de Aristóteles, en verdadera *koinonía*, auténtica convivencia". Cfr. también E. GÓMEZ ARBOLEYA, "La Polis y...", cit. pp. 78-79.

el único momento en que el ciudadano puede aportar su concurso al gobierno y desarrollo de la ciudad.

En el párrafo 17 el autor analiza la función político-social de la ley. La ley sirve para evitar que los hombres cometan acciones desviadas o injustas, como dice el texto. La ley así considerada es un mandato preventivo y prohibitivo. Es, en segundo lugar, un elemento necesario para castigar a aquellos que se desvían del fin. La frase final expresa una idea muy importante desde el punto de vista de la función práctica de la ley. La ley perfecciona y fortalece la naturaleza humana. Perfecciona porque su cumplimiento produce hábitos prácticos y modela la naturaleza particular de cada individuo en la sociedad, lo convierte en un ser social sin merma alguna de su carácter individual. El hombre se perfecciona al ser insertado en la sociedad porque sus posibilidades se encaminan hacia un fin querido y lo convierte en un hombre con proyectos.

Se afirmó que fortalece a la naturaleza humana. El derecho dota al hombre de un poder, de una fuerza, que la biología no es capaz de darle. No es una fuerza en términos contantes y sonantes. Se trata de un poder que se podría llamar invisible, pero totalmente vinculante y coactivo. Y esto es lo que va a ejemplificar a continuación. Las magistraturas, los tribunales, en suma, todos los órganos de gobierno de la ciudad funcionan por el poder de la ley. El orden social se mantiene por el sometimiento a las leyes<sup>50</sup>.

Si las leyes no son obedecidas se destruyen y el individuo hace lo que quiere sin limitación alguna. Se cae en la ley del más fuerte, en la lucha de todos contra todos para imponerse unos sobre los otros; es la *acrasía* más absoluta. De este modo desaparece la constitución política porque carece de valor, y en esta situación la vida de los hombres no tiene ninguna relevancia.

El autor mantiene que son dos las razones fundamentales por las que se establecen las leyes: para evitar las injusticias, o dicho con otras palabras, para que la justicia presida la actuación de todos y para que aquellos que conculcan los principios que rigen la vida social sufran un castigo a fin de que sean mejores. El párrafo es bastante elocuente:

“Pues si alguno de vosotros quiere examinar cuál puede ser la causa o lo que hace que el Consejo se reúna, que el pueblo suba a la Asamblea, que los tribunales se llenen, que los viejos magistrados cedan de buen grado el puesto a los nuevos, y que se produzca todo aquello por lo que la ciudad se administra y salvaguarda, encontrará que [la

---

50. n. 20.

causa de eso] son las leyes y el hecho de que todos la obedezcan, toda vez que, al menos, si éstas son abolidas y a cada uno se le da licencia para hacer lo que quiera, no sólo la constitución se va al traste, sino que siquiera nuestra vida se diferenciaría en nada de la de los animales salvajes”<sup>51</sup>.

El texto del anónimo mantiene que la ley es la causa y la garantía - salvaguarda- del orden social y político. Gracias a ella las magistraturas funcionan, el sistema democrático sigue vigente con todas sus instituciones, por ejemplo, el relevo de personas en los distintos órganos de gobierno de la ciudad se hace de forma pacífica no violenta, sin que se produzcan luchas por el poder, la ciudad se puede administrar en beneficio de todos y no sólo de una parte. Todo esto es posible si y sólo si se obedecen las leyes y se las coloca como elemento básico de la vida política. El contraste está en lo contrario si cada uno hace lo que quiere y las leyes son abolidas, la constitución y toda la vida política y, e incluso, la privada, queda destrozada. El hombre se sume en la situación salvaje de lucha de todos contra todos.

#### IV. LAS LEYES EN LA VIDA SOCIAL Y LA NECESIDAD DE SU VALIDEZ UNIVERSAL<sup>52</sup>

M. Untersteiner acierta plenamente con el título de este epígrafe. Desde el principio, como se puede ver, en la mente del autor funciona la intención de resolver la antítesis entre la naturaleza y la ley planteada desde el comienzo. La forma que tiene es mostrar que la ley es un elemento inexclusable para la vida social, y por ende, una exigencia de la naturaleza humana. Y esto es lo que va a argumentar en el siguiente párrafo:

“... Por tanto, dado que se reconoce que las leyes, después de los dioses, salvaguardan la ciudad, es menester que vosotros todos, del mismo modo exactamente que si estuviérais sentados en calidad de recaudadores de cuotas, al que obedece le honréis y elogiéis como a quien aporta a la patria la contribución completa de su salvación, y a quien no hace caso de ellas le castigéis”<sup>53</sup>.

Todas las ciudades griegas se ponían bajo la tutela o patrocinio de un dios. Esa divinidad era la encargada de proteger la ciudad y a sus habitantes de las agresiones externas, también debía velar por el desarrollo de la

51. n. 20.

52. Título puesto por M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 197, abarca los nn. 21-27.

53. n. 21.

ciudad. Las leyes, como ya hemos visto, eran el elemento que garantizaba el orden dentro de la comunidad, pero esas leyes deben de ser respetadas, así se conserva el prestigio de la ley<sup>54</sup>. El respeto a la ley debe ser por parte de todos los ciudadanos, como si fueran magistrados, porque ese respeto redundaría en beneficio de todos. Con esto queda superada una vieja aporía: si el fundamento se pone sólo en la divinidad se corre el riesgo de caer o mejor dicho de imponer a la ciudad una teocracia regida por algunos hombres, es decir, un sistema oligárquico teñido de tintes teocráticos<sup>55</sup>.

El anónimo da un salto más grande. La divinidad está en su lugar, protegiendo y favoreciendo a la ciudad, y las leyes son las que organizan la vida ciudadana. Si se cumplen las leyes, los hombres obtienen premios a su conducta. Si se conculcan, recibirán castigos. Así remarca la idea diciendo en el párrafo siguiente:

“Pues es una contribución a la ciudad y a la comunidad todo cuanto cada uno de nosotros hace porque lo mandan las leyes. El que falta a ella, os priva de muchos, hermosos, augustos y grandes beneficios y, por lo que a él toca, os destruye”<sup>56</sup>.

El aniquilamiento de la ciudad comienza con la pérdida de prestigio de la ley y su posterior desobediencia. La actitud rebelde de los ciudadanos destruye la ciudad. Esta situación de *anomia* la desarrolla en el párrafo siguiente:

“A modo de ejemplo voy a referirme a uno o a dos de ellos, los más conocidos. El hecho de que el Consejo de los Quinientos, gracias a una barrera de esa consistencia, tiene autoridad sobre sus secretos y no pueden entrar los simples ciudadanos; que el Consejo del Aerópago, cuando se encuentra en sesión en el Pórtico Real y se aísla por medio de un cordón, se halla concentrado sobre sí mismo con gran tranquilidad y todo el mundo se aparta lejos de allí; que todas las magistraturas que ejerecen los que entre vosotros las obtuvieron por sorteo, al mismo tiempo que el ujier dice: ‘Salid fuera’, controlan las leyes para cuya administración fueron promovidos al cargo y ni siquiera los más desaprensivos recurren a la violencia; y otros miles de beneficios”<sup>57</sup>.

---

54. Cfr. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit. p. 156.

55. Esto es lo mismo que planteó CRITIAS.

56. n. 22.

57. n. 23.

Con ejemplos muy sencillos e inteligibles para todos el autor muestra el poder coactivo de la ley. Se trata de un poder invisible que todos reconocen y al cual se someten.

“Pues todo lo augusto y bello y con lo que se adorna y salvaguarda la ciudad, la templanza, el respeto por parte de los jóvenes hacia sus padres y los más viejos entre vosotros, el buen orden, con el refuerzo de las leyes sobrepujan a lo vergonzoso, la desvergüenza, la audacia y la indecencia. Osada, en efecto, es la maldad, audaz y avariciosa; y al contrario, la honradez es cosa tranquila, vacilante, lenta y entendida en llevarse la peor parte. Así pues, es menester que quienes de entre vosotros en cada ocasión sean jueces observen las leyes y las hagan fuertes; pues con ellas los honrados se imponen a los malvados”<sup>58</sup>.

El respeto a la ley provoca la armonía en la ciudad; armonía que el autor llama buen orden, que se opone al caos, a la discordia. La armonía no favorece sólo a la ciudad y a los ciudadanos, sino que además perfecciona la naturaleza individual de cada hombre. La observancia de la ley no es sólo cumplirla, observarla, sino que además el listón hay que ponerlo un poco más alto, se deben hacer fuertes. ¿Cómo se fortalece la ley? respetándola y obedeciéndola<sup>59</sup>, no haciéndole perder ni un ápice de su prestigio o autoridad. Si se procede de esta forma los honrados vencen a los malvados, porque los segundos se sitúan en una posición de inferioridad cuando impera la ley.

“Y si ello no es así, todo anda disuelto, abierto, confundido; la ciudad viene a caer en manos de los más perversos y desvergonzados. Porque, ea, por los dioses, si cada uno de los habitantes de la ciudad, adoptando la audacia y desvergüenza ... y diciéndose lo que precisamente ése se dice, que es lícito decir y hacer hasta los últimos extremos, en un régimen democrático, todo lo que uno quiera, a condición de que obrando así se despreocupe uno de la reputación que ello le acarreará y que nadie le va a condenar a muerte inmediatamente por ningún crimen”<sup>60</sup>...

Cuando la ley o en general el sistema normativo se conculca y pierde el prestigio, el orden socio-político se altera hasta el extremo de llegar a la anarquía, o en el dominio o dictadura del más fuerte. El autor pone de manifiesto que el régimen democrático es más proclive a caer en estas

---

58. n. 24.

59. Es la recomendación de QUILON DK 10,19.

60. n. 25.

situaciones, porque amparándose en una mal entendida libertad -el libertinaje-, se intentan justificar todas las acciones sea cual sea su catadura moral. De ahí a la demagogia hay sólo un paso:

“... si tras estas reflexiones el que no resultó designado por la suerte o elegido por votación pretendiera estar en situación de igualdad respecto del que sí resultó agraciado o votado, y participar en los mismos poderes, y, de una manera general, ni joven ni viejo cumplieran con su deber, sino que cada uno, desterrando de su vida toda disciplina, considerase su propia voluntad como ley, autoridad y como todo; si así hiciéramos ¿cabe dentro de lo posible que la ciudad sea administrada? ¿Y qué? ¿Que las leyes tengan validez? ¿Cuánta violencia pensáis que llegaría a haber en toda la ciudad día a día y cuánta insolencia e ilegalidad y palabras impías en vez de los actuales lenguajes de buen tono y orden? ¿Y para qué decir que con las leyes y la obediencia que se les presta todo se regula, sino que vosotros mismos sois los únicos que actuáis como jueces?”<sup>61</sup>.

Las magistraturas de la ciudad se elegían unas veces mediante votación de los ciudadanos, otras mediante el sorteo<sup>62</sup>. Una manera clara de manifestar el deseo de mantener el orden político era respetar la elección democrática o bien la suerte que era considerada como expresión de la voluntad divina<sup>63</sup>. Además este respeto ponía de relieve la civilidad de los ciudadanos. Una vez más el autor del texto manifiesta que la paz, la armonía ciudadana y otros muchos beneficios llegan por vía del respeto al orden establecido. Siempre que se quiera alterar lo más mínimo este orden se cae en una situación de *anomia*. Además el autor ofrece una nota importante: las virtudes que se exigen a los ciudadanos son personales y deben imperar en la vida de cada uno. A su vez, la ley y la autoridad no se ejercen según capricho personal o mediante inclinaciones arbitrarias de la voluntad. La voluntad no atemperada por las virtudes provoca, o puede llegar a provocar, la lucha entre diversas formas de solucionar el problema, en cualquier caso, se llega a un conflicto entre los individuos. En una situación de este tipo las leyes no regulan nada, y la justicia como juicio ecuaníme entre dos partes en conflicto no es posible.

61. nn. 26-27.

62. Solón propone que una serie de magistraturas se hagan por sorteo Cfr. ARISTOTELES, *La constitución de Atenas* 8,1. G. GLOTZ, *La ciudad griega*, UTHEA, México 1957, que "a partir del siglo V, el sorteo se convirtió en el procedimiento democrático por excelencia, y se utilizaba para designar a todos los magistrados que no era absolutamente necesario escoger según sus ideas políticas o su talento" p. 177, más precisiones sobre el sorteo véase en pp. 178, 179 y 180.

63. Cfr. PLATON, *Leyes* 757e y 759b-c.



IV. EL VALOR DE LA LEY ESTÁ FUNDAMENTADO SOBRE LA MEJOR MANIFESTACIÓN DE LA *PHYSIS* INDIVIDUAL<sup>64</sup>

“Es menester que quienes deliberan a favor de la patria busquen con quien compartir, no desesperación, sino inteligencia y buenos sentimientos y una amplia previsión”<sup>65</sup>.

El autor está proponiendo un modo de gobernar democrático: los asuntos de la ciudad deben ser estudiados y decididos por varios individuos, es la forma de gobierno colegial. Es importante notar que las deliberaciones deben ser sobre asuntos que afecten a la ciudad. El carácter de los gobernantes queda perfectamente delimitado, deben ser individuos inteligentes, que se rijan en la vida por buenos sentimientos y capaces de hacer planes que en un futuro favorezcan a la ciudad, a estas alturas del texto el autor ha señalado las cualidades del que gobierna los destinos de una sociedad: inteligencia, rectitud de acción y prudencia. Estas cualidades o dotes naturales del gobernante son las que hacen prosperar a la ciudad y se han convertido en la ley universal exigible a todos los que dirigen una comunidad política<sup>66</sup>.

Estas características definitorias no sólo son las mejores, sino que también son a las que las ciudades dedican altares y cultos públicos:

“Y considerad esto, no dirigiendo la mirada a mi discurso, sino a las costumbres todas de los hombres. Hay en todas las ciudades altares y templos de todos los dioses, y entre ellos también a Atenea Prónoya, como buena y gran diosa que es; y junto al Apolo de Delfos hay un templo suyo muy bello y grande, nada más entrar en el santuario de Apolo, que como dios y adivino que es, sabe lo que es mejor; sin embargo, no los hay de la desesperación ni de la desvergüenza”<sup>67</sup>.

Se ha intentado ver en este texto una vía de asimilación de la *physis* al *nómos* cuando la *physis* individual reconoce por encima de sí misma, una *physis* más esencial y universal<sup>68</sup>. Por el contrario, me parece que desde el comienzo el texto es elocuente. El término que se ha traducido por “costumbre” -*éthe*- es uno de esos vocablos que a lo largo de la historia de

64. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 200.

65. n. 33.

66. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. pp. 200-201.

67. n. 34.

68. Cfr. M. UNTERSTEINER, *Sofisti...*, cit. p. 203.



la lengua griega han ido cargándose de sentidos y perdiendo otros. Aquí hemos preferido el significado de costumbre que el hombre posee por el hecho de ser hombre, es decir, está enraizada en el modo de ser propio del hombre. *Ethos* está en cierta oposición con *nómos*, la primera no necesita de ningún reconocimiento, mientras que el segundo se otorga, se concede, o reconoce. La primera es por sí, el segundo es efecto.

“Y de la justicia, al menos, y la legalidad y el recato tienen altares todos los hombres; los más hermosos y santos se hallan en el alma misma y la naturaleza de cada uno; otros, contruidos en interés público para que todos los honren...”<sup>69</sup>.

En definitiva la ley, el gobierno de la ciudad y la justicia dependen de la naturaleza del hombre o de los hombres que gobiernen. Es conocido cómo Platón en la *República* define los distintos regímenes políticos dependiendo del tipo humano dominante. Este carácter impregna toda la vida política y le imprime un sesgo y una dirección. Esta es precisamente la forma que tiene Platón de explicar la pluralidad de constituciones políticas. En la realidad el tipo dominante destruye a los otros: la timocracia la domina un militar desencajado<sup>70</sup>, la plutocracia corresponde al hombre que persigue como fin el enriquecimiento personal<sup>71</sup>, el hombre sórdido que desea dominar a todos es el que da lugar a la oligarquía<sup>72</sup>, así se podría continuar la serie.

Es importante poner de relieve que el tipo humano es aceptar parcialmente la condición humana, es la consideración analítica del hombre, así Platón consagra la pugna política entre tipos porque en cada uno domina una tendencia. Para poder ser gobernante lo que se requiere no es la correspondencia con una tendencia más o menos fuerte o predominante, sino la plenitud de la virtud. Con esto no se está afirmando que cada tipo posea alguna virtud, sino que las posea todas, que es precisamente lo que exige el autor del texto. Platón consagra la existencia de tipos en la *República*, sin embargo Aristóteles no estima insuperable esta restricción platónica<sup>73</sup>.

69. n. 35, cfr. J. de ROMILLY, *La Loi...*, cit. pp. 167-168.

70. PLATÓN, *República* 546d-e.

71. PLATÓN, *República* 545b.

72. PLATÓN, *República* 545a-e.

73. Cfr. S. RUS RUFINO, *El problema...*, cit., p. 156. No es este lugar para desarrollar la crítica de ARISTÓTELES a la teoría de PLATÓN.

## V. GÉNESIS DE LA ETICIDAD DE LA PHYSIS

“Vosotros haciendo uso de ese sentimiento de humanitarismo que tenéis por naturaleza los unos para con los otros, así como las familias viven en las casas privadas, de ese modo vivís corporativamente en la ciudad. ¿Y cómo viven aquéllas? Donde hay un padre e hijos varones ya hombres, y tal vez hasta hijos de éstos, allí es fuerza mayor que sean múltiples y nada semejantes las voluntades; porque la juventud no tiene las mismas palabras ni las mismas obras que la vejez. Pero, sin embargo, los jóvenes, todo lo que llevan a cabo, si es que son mesurados, lo hacen de tal manera que principalmente intentan pasar desapercibidos, o, si no, al menos dejar patente que querían obrar así; los más viejos, a su vez, si ven algún dispendio o potación o diversión que excede la medida, lo miran de tal forma que no parecen haberlo visto. Gracias a esos comportamientos se realiza todo lo que las naturalezas aportan y se realiza bien... Pues bien, de la misma manera vosotros vivís en vuestra ciudad familiar y humanitariamente, los unos mirando de tal manera los actos de los desafortunados que, como dice el refrán, viviendo no ve y oyendo no oyen, y los otros haciendo lo que llevan a cabo de tal guisa, que dejan ver a las claras que están en guardia y sienten vergüenza. Y a raíz de esto, la concordia general, causa de todos los beneficios de la ciudad, tiene consistencia y dura”<sup>74</sup>.

Estos tres párrafos del texto tienen un solo objetivo: mostrar cómo la concordia *-homónoia*<sup>75</sup> supone la superación de los intereses particulares en beneficio del bien de todos los miembros de la sociedad. La naturaleza, mejor dicho, el modo propio de ser de cada individuo debe acatar las normas, leyes y costumbres de la sociedad donde vive. Esa sociedad puede ser la casa, la familia, la aldea o la *polis*, es decir, cualquier tipo de organización política de la que individuo es parte. Si se consigue realizar este ideal la ciudad se mantendrá libre de sediciones, ordenada y sometida al imperio de la ley. El hombre por tanto realiza su destino natural: vivir en sociedad no por concesiones de otros, sino siguiendo los dictados de su propio modo de ser.

“Pues, realmente, uno puede ver que de entre los demás hombres los mejores y más mesurados hacen todo lo que deben de buen grado, impulsados por su misma naturaleza, y que, los que son inferiores a estos pero que están lejos de ser llamados excesivamente perversos, por el miedo a vosotros y el dolor que les producen los oprobiosos dichos

74. nn. 87, 88 y 89.

75. Cfr. para este término también a HIPIAS DK 86A, 14 y 16.

y reproches, toman sus precauciones para no incurrir en falta; en cambio, a los que son muy malvados y son calificados de abominables, las desgracias, al menos, se dicen que les hacen sensatos... Seguramente a ninguno de vosotros los mordió jamás una víbora o una tarántula y ojalá no le muerda; pero no obstante, a todos los bichos de esa laya, cuando los veáis, matadlos. Pues bien, del mismo modo, varones atenienses, también cuando veáis un sicofanta y un hombre cruel de la misma naturaleza que la víbora, no esperéis a que os haya mordido a cada uno de vosotros; antes bien, el primero que en cada ocasión con él se tope, que lo castigue<sup>76</sup>.

En estos últimos párrafos del discurso el autor intenta conciliar la *physis* con el *nómos*.. La primera impone que se siga a la segunda, si la ley pierde su prestigio, su capacidad de ordenar la convivencia, se llega a la lucha de todos contra todos. Por esta razón, para conservar la unidad de la *polis*, se debe luchar hasta el punto de eliminar a todos aquellos que quieran corromperla. Estos sediciosos son la carcoma, viven a expensas de la comunidad política, de ella se alimentan, pero a la vez la destruyen, se sirven de ella. De ese individuo hay que librarse aniquilándolo políticamente con el destierro y físicamente con la muerte.

En definitiva, el autor presenta una reflexión sobre la ley que recoge las diferentes explicaciones existentes en su ambiente cultural. Plantea la dualidad entre naturaleza y ley, principios rectores de la vida del hombre en sociedad: la naturaleza es propia y exclusiva de cada individuo, en tanto que la ley es general e igual para todos, inclinada al bien de la sociedad en su conjunto. A la concreción de la ley corresponde la inconcreción de la naturaleza humana, llena de posibilidades que se van desplegando en el tiempo. Las leyes persiguen un fin que se cifra en conseguir lo justo (la justicia objetiva), lo bello (la armonía o concordia ciudadana) y lo conveniente. En cuanto a sus orígenes, cita a los dioses, los sabios, los legisladores, la corrección de los errores y el pacto entre los hombres. La ley perfecciona y fortalece la naturaleza humana y sin la ley, la *anomia* acabaría con la sociedad y causaría la infelicidad a los que viven en ella; por eso tiene que ser preservada a toda costa de la sedición y el desorden. Se trata, por tanto, de una visión sencilla e integradora de la acción de la ley en la vida del individuo, que intenta superar la propia dualidad entre naturaleza y ley que le servía de punto de partida.

---

76. n. 93 y 96.



## La presencia del Derecho en la obra de Vilfredo Pareto\*

Por MERCEDES CARRERAS

Valencia

### 1. LAS BASES DE SU CONCEPCIÓN

A pesar de la estrecha relación que hay entre Derecho, economía y política, es prácticamente inexistente la literatura que puede encontrarse respecto a la concepción del Derecho en Pareto y la influencia que pudiera haber tenido en el pensamiento jurídico. Seguramente, la explicación de este hecho obedece a que su obra carece de un tratamiento específico acerca del Derecho y menos aún de la jurisprudencia. Las referencias al Derecho que pueden encontrarse son accidentales, dado que como buen maquiavelista, está más interesado por la política y sus consecuencias. No obstante, parece posible ordenar de algún modo la concepción del Derecho que subyace en el pensamiento de nuestro autor.

Si bien no lo dirá expresamente, todo parece indicar que Pareto entendía el Derecho como un conjunto de reglas de conducta obligatorias, dictadas por una autoridad y respaldadas por un castigo en caso de incumplimiento. Como primera aclaración conceptual es necesario advertir que Pareto reconoce el valor de la costumbre como fuente del Derecho positivo, al tiempo que insinúa la existencia de un primitivo estado de naturaleza, subrayando el carácter necesario de la ley para el tránsito al estado de civilización. Entiende la justicia como una forma carente de materia y de

---

\* Este artículo es la reelaboración de algunos apartados de la tesis doctoral "Vilfredo Pareto: una teoría de la libertad económica y del elitismo político", dirigida por el Prof. Jesús Ballesteros y defendida en la Universitat de Valencia el 19 de diciembre de 1990 ante el Tribunal integrado por los profesores José M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, Gilberto Gutiérrez, Albert Calsamiglia, Joaquín Tomás Vilarroya y Javier de Lucas, y se beneficia de sus apreciaciones.

contenido propios, capaz de despertar en el hombre ciertos sentimientos<sup>1</sup>. Su concepción del Derecho es claramente instrumental: se trata de un medio al servicio del hombre político para la consecución de sus fines. Uno entre tantos y no precisamente el más eficaz. El Derecho y la moral conservan todo su valor en el plano de las ideas, pero no deben tomarse en consideración al tratar de temas políticos.

La regulación de la conducta en la sociedad se aborda de dos maneras: mediante el empleo de la fuerza y mediante el establecimiento de normas y valores que los miembros de la sociedad pueden aceptar en diverso grado como reglas de conducta obligatorias. Los sociólogos utilizan el término control social para referirse a este segundo tipo de regulación, en la que la internalización las normas o valores resuelve o mitiga las tensiones y conflictos existentes entre los individuos. Sin embargo la subestimación del papel de la fuerza es contrario, incluso a nuestra experiencia en las sociedades contemporáneas, donde no sólo existen democracias... Y en la historia de las sociedades humanas es evidente la importancia de la violencia, de la conquista y de la opresión. Las teorías sociológicas que insisten en la regulación de la conducta por valores y normas tienden no obstante a ocuparse sólo de dicha regulación en general. Describen el control social como un sistema relativamente armonioso, unificado y estable, al tiempo que tratan los conflictos entre valores como fenómenos secundarios o meras desviaciones. Esta concepción parece aplicable a sociedades muy pequeñas y simples, con un fuerte contacto personal (*face to face*). Si bien todo grupo social regula el comportamiento de sus miembros, ocurre que en las sociedades complejas los distintos grupos sociales suelen entrar en conflicto al intentar extender cada uno de sus propios valores y normas a los demás e instrumentar los contactos y relaciones a través de reglas formales. La observación de la realidad sugiere a Pareto la desvalorización del Derecho frente a la fuerza como esencia de la política pura. No procede,

---

1. PARETO, V., *Les Systèmes Socialistes*, (1902-1903), Genève, Droz 4<sup>a</sup> ed. 1978, p. 107, "El mayor mal proviene de que se sustituye la persuasión de la experiencia por la coerción de la ley, lo que tiene como efecto agravar enormemente las consecuencias de errores inevitables".

Op. cit., p. 92 "¿Quid leges sine mores?".

*Manuel d'Economie Politique*, (1909), Genève, Droz, 5<sup>a</sup> ed. 1981, cap. II §19, "Los hombres... poseen ciertos sentimientos que, en ciertas circunstancias concretas, sirven de norma para sus acciones. Estos han sido repartidos en distintas clases, entre las que podemos considerar las que han sido llamadas: la religión, la moral, el Derecho... hubo un tiempo en que todas éstas se encontraban confundidas y formaban un conjunto más o menos homogéneo. No poseen ninguna realidad objetiva y no son más que un producto de nuestra mente... es por ello inútil buscar lo que es objetivamente la moral o la justicia".

*La Transformación de la Democracia* (1923), Madrid, EDESA, 1985, p. 61 "Para un pueblo civilizado es difícil subsistir sin leyes; éstas pueden ser escritas, fijadas por el uso o decididas de otra manera, pero **deben** existir".

pues, la identificación entre Derecho y poder, pero sí es evidente la relación estrecha entre ambos.

Hemos señalado que las leyes organizaban el Estado, pero las leyes requieren del apoyo de la fuerza<sup>2</sup>. Caracterizado el Derecho como uno de los fundamentos del Estado, queda inmediatamente convertido en un instrumento político, esto es, un medio para la adquisición, conservación y aumento del poder<sup>3</sup>. El legislador aparece como el artífice del Estado. Este individuo encargado de organizar políticamente al Estado en una forma de gobierno, procede de un modo pragmático. Su calidad se manifiesta en su habilidad y prudencia para escoger la naturaleza de las leyes que han de regir.

---

2. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale* (1917-1919), Genève, Droz, 3<sup>a</sup> ed. 1968, § 2183 "Todos los gobiernos usan la fuerza y todos afirman que se basan en la razón".

*La Transformación de la Democracia*, p. 103 "El Derecho es un asunto de fuerza".

Op. cit., p. 96, "Es la fuerza, justamente la fuerza, la que tarde o temprano decidirá quién debe ordenar y quién debe obedecer".

PARETO V., *Mon Journal*, Genève, Droz, 1976, p. 36, 8 de abril de 1918: "Es la fuerza, la fuerza extrema, sin restricción ni límite, la fuerza triunfante, que hará del Derecho la ley del mundo y someterá toda dominación egoísta".

PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, p. 39 "Anton Meneger se imagina que puede probar que nuestro derecho actual debe cambiarse porque 'responde casi exclusivamente a relaciones tradicionales fundadas en la fuerza' pero tal es el carácter de todos los derechos que han existido, y si el que desea nuestro autor se hace realidad un día, será precisamente porque a su vez dispondrá de la fuerza; si no la posee, permanecerá siempre en el lugar de los sueños. El derecho comenzó por la fuerza de individuos aislados, ahora se cumple mediante la fuerza de la colectividad, pero siempre está la fuerza".

En este sentido, Julien Freund vendría a coincidir plenamente con Pareto: "La fuerza no es algo ajeno al hombre, ni a la civilización, ni a la cultura... La posee como ser humano... Todo poder político utiliza inevitable y normalmente la fuerza, pues no puede haber un Estado sin instituciones, sin justicia o sin policía", vid *L'Essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965, p. 706. Vilhelm Aubert llega a una conclusión semejante: "... law is closely connected with the exercise of power in society. To study law is to study power", vid. *In Search of Law. sociological Approaches to Law*, Oxford, Martin Robertson, 1983, p. 106.

Pauline Morris, Richard White and Philip Lewis, tras destacar el papel del Derecho en el reconocimiento de los nuevos valores que aparecen en el grupo social, coinciden en afirmar "legal solutions cannot be considered as a separate problem, divorced from the function of law as an instrument of power and social control in society", cfr. *Social Needs and Legal Action*, Bristol, The Barleyman Press, 1973, pp. 59.

MACHIAVELLI, N., *Il Principe*, cap. XVIII, p. 283 "... hay dos modos de combatir: el uno con las leyes, el otro con la fuerza ... como a menudo no basta con aquél, es preciso recurrir al segundo". Es evidente que las anteriores propuestas de Pareto entran de lleno en las sugerencias de Maquiavelo.

3. PARETO V., *Programme et Sommaire du Cours de Sociologie*, Genève, Droz, 1967, §28 "Tanto los partidos que detentan el poder como los que pretenden alcanzarlo, tratan de convertir en axiomas las proposiciones que les son favorables".

Así, Pareto contempla la legislación como una actividad política, como política legislativa, y en este sentido se fundamenta más en la ciencia política que en la filosofía o en la axiología<sup>4</sup>. Esta idea queda aclarada cuando establece el paralelismo entre el legislador y el alfarero. A su juicio: "las clases superiores se esfuerzan por mantener las leyes y las reglas morales, mientras las transgreden ... las inferiores tienden a cambiar estas leyes y reglas, y ello porque el fuerte se coloca por encima de la ley y de las costumbres, mientras que el débil está sometido a ellas"<sup>5</sup>. Al partir de una concepción instrumental del Derecho, Pareto sustenta una posición relativista. A este respecto resulta ilustrativo el argumento que esgrime para desmitificar la fundamentación del pago de impuestos como una realización del valor justicia. Según Pareto, "antao se pensaba que era justo que los impuestos alcanzasen a casi todas las clases inferiores y que las clases superiores estuvieran exentas de ellos o caso. Hoy en día los términos están invertidos, lo que muestra que esta justicia tiene una espalda ancha, nunca niega su ayuda a los poderosos. Antao se consideraba libre la disposición según la cual los que pagaban los impuestos debían primero admitirlos y aprobarlos; hoy se llama libre a la disposición en virtud de la cual los impuestos son decididos por los que estarán exentos de ellos o casi, lo que muestra, muy bien que el término libre es tan maleable como el de justo"<sup>6</sup>.

---

4. *Les Systèmes Socialistes*, Cit., p. 94, "Por lo general, los dirigentes ... no pueden preocuparse de la justicia y del Derecho más que en la medida posible, mientras que ello no lesione sus intereses ni los de sus partidarios".

Cit., p. 102 "En realidad, todas las organizaciones reales son una mezcla de bien y de mal... No nos cansaremos de repetir que para juzgar una organización es indispensable hacer una especie de balance: poner de un lado el bien y del otro el mal, y ver de qué lado se inclina la balanza".

*La Transformación de la Democracia*, p. 82, "Los gobiernos se tornan naturalmente hacia allá donde hay o puede haber una resistencia mínima".

5. *Manuel d'Economie Politique*, Cit., cap. II, §87.

*Les Systèmes Socialistes*, p. 82 "La concepción del legislador que da forma a la sociedad, como el alfarero al barro, es muy antigua".

6. *La Transformación de la Democracia*, p. 81.

PARETO V., *Manuel d'Economie Politique*, §1110 "La heterogeneidad de la sociedad tiene por consecuencia que las reglas de conducta, las creencias, la moral deben ser al menos, en parte, distintas para las diferentes partes de la sociedad, con el fin de procurar la máxima utilidad para esta sociedad".

Vid. LE BON, G., *Psicología de las Masas*, Madrid, Morata, 1983, p. 23 "Si un legislador desea, por ejemplo, establecer un nuevo impuesto ¿Deberá escoger aquél que es, en teoría más justo? En modo alguno. El más injusto podría ser prácticamente el mejor para las masas, si es el más visible y el menos oneroso en apariencia. Así, un impuesto indirecto, aunque sea exorbitante siempre será aceptado por la masa. Si grava, diariamente, objetos de consumo en fracciones de céntimo, no perturbará los hábitos de las masas y causará poca impresión. Pero si se sustituye por un impuesto proporcional sobre los salarios u otros ingresos, a pagar en una sola vez, levantará unánimes protestas, aunque sea diez veces menos oneroso".



En nuestro intento de sistematizar una concepción que se encuentra dispersa e imprecisa a lo largo de su obra, no parece exagerado ver en Pareto un epígono del positivismo jurídico y en concreto del sociologismo realista<sup>7</sup>. Así como su actitud frente a la sociedad era la de estudiarla tal y como era, ese mismo espíritu aparece en sus comentarios acerca del Derecho<sup>8</sup>. Nada más alejado de él que concebirlo como un orden metafísico y trascendente vinculado con la divinidad o con una doctrina filosófica. El Derecho era para Pareto, el Derecho existente entre los hombres y entre los Estados. Su preocupación era la manera de utilizarlo con fines políticos. A partir de la obra de su colega Ernest Roguin, Pareto destaca los cinco elementos esenciales de una relación jurídica, acordes con un estudio lógico-experimental del Derecho<sup>9</sup>:

1º El hecho que se somete a la consideración del Derecho: se trata de un hecho que interesa al menos a dos sujetos.

---

7. Fiel a su estilo, Pareto introduce reflexiones interesantes en sitios insospechados, por lo que se refiere al positivismo jurídico se muestra esperanzado en el *Cours d'Economie Politique*, vol. I, cap. I §34n, p. 15 "Le droit aussi tend à devenir une science positive. Une des oeuvres les plus remarquables de notre époque sur cette matière est celle de Mr. E. Roguin: *La règle de droit...* Dit l'auteur... Il n'y a dans notre livre aucune trace de critique au point de vue de la justice et de la morale ... Nous étudions ainsi le droit au point de vue analytique et synthétique, comme le chimiste étudie le corps qu'il décompose et classifie".

8. *La Transformación de la Democracia*, p. 31, "Estudiemos lo que es, no lo que debería ser".

*Les Systèmes Socialistes*, p. 93 "Una organización que realiza únicamente la justicia y el Derecho no es más que una pura concepción ideal, al igual que la de un espíritu sin cuerpo. Las organizaciones reales son muy distintas".

*Traité de Sociologie Générale*, §2411 "...es preciso estar en guardia, principalmente, contra la intromisión de los sentimientos del autor, el cual tiende a buscar no lo que existe, sino lo que debería existir...".

MUGUERZA, J., *Desde la Perplejidad*, México, FCE, 1990, p. 158 "...el problema no es que contemos con una concepción de la justicia, sino que contamos con más de una y, de entre ellas, algunas contrapuestas entre sí, lo que dejaría a la razón práctica sinrazones para decidir en pro de ésta o aquella". Como señala Gilberto Gutiérrez, de acuerdo con la tradición utilitarista que favoreció la aparición de la Economía del Bienestar, la solución estaría en hallar la unanimidad, "...parece ser que si todos están de acuerdo sobre un juicio de valor entonces deja de ser un juicio de valor para convertirse en algo perfectamente 'objetivo'", vid. "La Estructura Consecuencialista del Utilitarismo", *Revista de Filosofía*, vol. III, 1990, n° 3, p. 143.

9. Se trataba de *La règle de droit*, Lausanne, 1888. Pareto incluye esta referencia, en la nota a pie de página 34 del volumen I, p. 15 del *Cours d'Economie Politique*, por lo que pasa casi desapercibida. Ernest Roguin ocupó la cátedra de Derecho civil comparado en la Universidad de Lausanne donde fue Decano, Pareto cita *La règle de droit*, Lausanne 1889 y *Traité de droit civil comparé*, Paris, 1904-1912. Cfr. *Traité de Sociologie Générale*, §839 y 840. Roguin participó en el homenaje que la Universidad de Lausanne tributó a Pareto con motivo de su jubilación, pronunciando un discurso.

2º El objeto del Derecho: otro hecho del mismo tipo.

3º Un legislador: una voluntad creadora de Derecho, susceptible de imposición por la coerción efectiva.

4º La orden del legislador en virtud de la cual debe conocerse el hecho en cuestión.

5º La sanción: consecuencia impuesta por el legislador, aplicada si hace falta por la fuerza en caso de inobservancia.

Así la norma jurídica (*règle de droit*) se define por Roguin como "L'expression de la volonté qu'un certain fait social soit suivi forcément d'un certain effet social"<sup>10</sup>. Pareto compartió el positivismo no reduccionista de este autor partidario de una visión unitaria de las ciencias sociales en su incipiente búsqueda de status académico. También coincidía con él en su desencanto por la indolencia de la burguesía en la lucha frente al socialismo<sup>11</sup> y en aspectos jurídicos específicos como la crítica al Derecho natural y los "animal rights". Ernest Roguin se sitúa en la tradición de la escuela de Derecho comparado, heredera de Austin y la escuela de la jurisprudencia analítica en su afán por construir una ciencia sobre la base de los conceptos

---

10. Cfr. DU PASQUIER, C., *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1942, p. 86 en relación con Ernest Rougin, *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I. p. 82.

11. ROUGIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. IX "...el estudio de las leyes positivas es imperfecto si no viene acompañado del punto de vista sociológico...en realidad no hay relaciones sociales que sean exclusivamente jurídicas, o, en otras palabras, el derecho, formal y externo, no constituye más que un aspecto de las relaciones interhumanas...gozamos del privilegio de ver cómo nuestro eminente colega y amigo, Vilfredo Pareto va construyendo las bases generales de la sociología".

Op. cit., pp. IX-X "Constatamos con gran tristeza, y una gran preocupación por el futuro, la decadencia de la burguesía, el progreso de sus enemigos...víctima de una extraña obnubilación, sin verlo o sin quererlo ver".

Op. cit., t. II, p. 331 §667 "Los animales, seres vivos dotados en general de automoción y de una psicología más o menos desarrollada, son totalmente incapaces de tener derechos y deberes jurídicos".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §160 "Existe otra diferencia muy importante entre las acciones de los hombres y las de los animales: no observamos las acciones de los hombres sólo desde el exterior, como observamos las de los animales...Los hombres se otorgan a sí mismos normalmente determinadas reglas generales (moral, costumbre derecho)...".

Op. cit. §419 "En las *Instituciones* de Justiniano se nos dice '(I, 2) El derecho natural es aquel que la Naturaleza enseña a todos los seres vivos; pues este derecho no es exclusivo del género humano, sino propio de todos los seres que poblan el cielo, la tierra, el mar...este pasaje es realmente cómico...De esta forma tenemos un *derecho natural* de las lombrices, las pulgas, las moscas...No sólo existe este bonito derecho sino que además esos animales lo conocen; lo que no deja de asombrarnos".

jurídicos a partir del análisis de datos empíricos representados por los ordenamientos jurídicos de las sociedades avanzadas. Es bien conocido que este proceder proporciona un repertorio de conceptos analíticamente depurados, adecuados para construir una concepción general del Derecho. El análisis comparativo iniciado por Austin sirvió de base a la constitución de la escuela de Derecho comparado que trataba de hallar los principios generales del Derecho a partir del estudio comparativo de los fenómenos jurídicos que se manifiestan en los distintos ordenamientos jurídicos<sup>12</sup>. Evidentemente Pareto no realizó semejante análisis, pero en lo que respecta al Derecho positivo, asumió como propios los conceptos generales de norma jurídica y de relación jurídica de Roguin.

Sin embargo Roguin se muestra crítico con el escepticismo paretiano y un tanto disconforme con el tratamiento que su obra recibe en el *Traité de Sociologie Générale*<sup>13</sup>. Junto a Ernest Roguin cabe destacar la presencia de Sir Henry Sumner Maine, antropólogo y jurista, a quien Pareto siempre cita con simpatía. Sus afinidades con este último son menos directas, además no llegaron a conocerse personalmente. Ambos compartían su interés por la historia antigua, por la génesis consuetudinaria del Derecho y por el protagonismo creciente del individuo frente a la comunidad<sup>14</sup>.

## 2. EL REALISMO JURÍDICO PARETIANO

Si bien es cierto que Pareto no dedica un apartado concreto de su *Traité* al Derecho y ni siquiera lo menciona expresamente como uno de los factores que influyen en el equilibrio social<sup>15</sup>, el fenómeno jurídico se halla presente en su obra de forma marginal dentro del análisis de las acciones lógicas, los residuos y las derivaciones. Sin embargo, creemos que la sistematización de

---

12. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. XIX "La ciencia jurídica pura es la disciplina que trata de ver cuáles son los elementos constantes en el derecho, y extraer las consecuencias que resultan de ciertas premisas procedentes de la legislación positiva o de la imaginación creadora".

13. Roguin echa en falta una mayor presencia en el *Traité* de sus estudios sobre el derecho natural, cfr. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 601 n.

14. Sir Henry Sumner Maine, *Regius Professor* de Derecho romano en Oxford, constituye la segunda fuente jurídica de Pareto quien cita expresamente las siguientes obras: *Ancient Law*, London, 1890 (trad. francesa, *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, Paris, 1880) y *Early law and custom*, London, 1883 (trad. francesa, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, 1884). Cfr. *Cours d'Economie Politique* §247, 549 y 659; *Manuel d'Economie Politique*, cap. II §81 y VII §109; *Les Systèmes Socialistes*, cap I, pp. 39, 107 y 179; cap. II, p. 298; *Traité de Sociologie Générale* §241, 256, 365, 456, 550, 551, 619, 818, 837 y 1318.

15. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §2060.

este conjunto puede arrojar alguna luz sobre el problema de la eficacia del Derecho. En vista de la polisemia y la variabilidad histórica del concepto, nuestro autor mantiene una actitud escéptica acerca de lo que los hombres entienden por Derecho<sup>16</sup>. Lo que es más, se niega a ofrecer una nueva definición del concepto pues duda de su contenido. Es evidente que de acuerdo con el método lógico-experimental, Pareto no podía admitir la existencia sin más del Derecho en sentido tradicional. El mundo de los hechos, trata de objetos y relaciones que pueden percibirse por los sentidos. Los hombres ejecutan determinados actos llamados jurídicos. Al realizarlos manifiestan sentimientos (estados biopsíquicos/residuos) que dependen directamente de sus condiciones de vida<sup>17</sup>. Estos actos unas veces son lógicos (si hay adecuación real entre medios-fines) y otras son no-lógicos. La necesidad de racionalizar lo no-lógico se presenta como una de las tendencias básicas del comportamiento humano, de ahí que aunque la acción sea no-lógica, el hombre intentará revestirla de un ropaje lógico (derivaciones)<sup>18</sup>. Es característico del fenómeno jurídico su resistencia a la alteración del equilibrio social. De aquí surge la tendencia a calificar de injusto todo aquello que daña nuestro equilibrio psíquico-físico dentro del medio en que estamos habituados<sup>19</sup>.

16. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §368 "Los fenómenos que en el lenguaje ordinario designamos con el nombre de *religión, moral, derecho*, tienen una gran importancia para la sociología. Los hombres llevan siglos discutiendo sobre ellos, y aún no se han puesto de acuerdo sobre su significado. Dan gran cantidad de definiciones, pero como éstas no concuerdan, se han limitado a llamar cosas distintas con el mismo nombre, lo que es un medio ideal para no entenderse. ¿Cuál es la razón de este hecho? ¿Acaso se trata de añadir otra definición a las ya existentes?...". La respuesta de Pareto es negativa puesto que "buscar esta definición presupone admitir la existencia de las cosas que queremos definir", op. cit. §370.

17. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §407 "Ces principes d'action non-logiques (ou résidus, chap. VI) sont en rapport avec toutes les conditions dans lesquelles vivent les hommes, et changeantes avec elles".

18. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1400 "...el hombre siente la necesidad de razonar, y de extender un velo sobre sus instintos y sobre sus sentimientos; tal como ocurre con los residuos rara vez falta el germen de la derivación".

19. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1208 "quand il [l'équilibre social] est altéré ou qu'on le suppose tel, l'individu souffre, même s'il n'est pas atteint directement par le fait de l'altération...", en relación con §1210 "Les membres de la société où l'équilibre est altéré ressentent dans leur intégrité, telle qu'elle existait à l'état d'équilibre, un trouble désagréable, et qui peut être même douloureux, très douloureux. Comme d'habitude, ces sensations font partie des catégories indéterminées qui portent le nom de juste et d'injuste. Celui qui dit: 'Cette chose est injuste' exprime que cette chose blesse ses sentiments, tels qu'ils sont dans l'état d'équilibre social où il le que cette chose blesse ses sentiments, tels qu'ils sont dans l'état d'équilibre social où il vit" y con op. cit. § 1126 "...Si un homme s'écarte de l'uniformité, cela paraît détonner et produit, indépendamment de tout raisonnement, une impression de malaise chez les personnes qui sont en rapport avec lui. On tâche de faire disparaître le contraste par la persuasion; plus souvent par les blâmes; plus souvent encore par la force".

Junto a las exigencias de uniformidad que requiere el grupo social, hay una tendencia a extender o incluso imponer a los demás las propias creencias y pautas de comportamiento: "Non seulement l'homme imite pour s'uniformiser avec les autres: il veut que les autres fassent de même"<sup>20</sup>. Los orígenes del Derecho penal se encontrarían en el deseo de restablecimiento de la integridad personal tras la infracción<sup>21</sup>. Las actividades jurídicas pueden ser lógicas o no lógicas. Pareto habla de "cierto número de acciones relacionadas con actividades jurídicas"<sup>22</sup> que pertenecen a las acciones lógicas. Pero añade que las normas jurídicas determinan el comportamiento del hombre dando lugar, en diversa proporción, a acciones no-lógicas. ¿Cuándo podemos decir que la acción jurídica es racional? Cabría pensar que Pareto considera al menos la actividad del legislador como ejemplo de conducta lógica, pero su idea del Derecho como expresión particular de determinados sentimientos, le lleva a mostrarse escéptico acerca de la posibilidad de transformar la sociedad mediante la legislación<sup>23</sup>. Puede muy bien ocurrir que no haya identidad entre los fines objetivos de un acto legislativo y los fines subjetivos del legislador, lo cual es característico de la acción no-lógica. Para hacer cumplir la ley es necesario apelar a los sentimientos e intereses de los destinatarios y aquí entran en juego las derivaciones (ideologías, teorías no científicas...) que constituyen el elemento variable de la acción no-lógica cuya utilidad social es innegable a la hora de

---

TIMASHEFF, N., "The Sociological Place of the Law", *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, p. 210-211 "Legal patterns of conduct are very often similar in different countries, whereas their imposition is an activity confined to national borders. How is this similitude to be explained? First of all, by similarity of conditions. Human nature is, in general outline, the same throughout time and space... A second factor is imitation" en relación con PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1117 "Par exemple, les lois contre le vol proviennent chez les différents peuples, de causes semblables. Mais quans ces peuples en viennent à des rapports d'échange, ils peuvent imiter certaines formes de ces lois".

20. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1126.

21. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1239, 1313, 1214 y 1715.

Op. cit., §1216 "...de la combinación de los residuos del equilibrio con los de la persistencia de agregados, resulta una serie de residuos compuestos de gran importancia social, que corresponden a sentimientos vivos y poderosos, muy similares a los que, con poca precisión, llamamos 'ideal de justicia'...Esta expresión es defectuosa porque designa el sentimiento vago e inconsciente de que es bueno que la resistencia a los disturbios del orden social no esté en relación directa con el número de individuos afectados, sino que tiene una fuerza considerable con independencia de ese número".

22. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §152.

23. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §2096 n1 "Aquel que dicta leyes y las hace cumplir aspira en ocasiones a modificar los residuos, y con frecuencia realiza así una acción totalmente vana: si dispone de la fuerza, puede modificar ciertos vínculos e imponer otros, pero sólo dentro de ciertos límites. Incluso el déspota tropieza con ellos...ni un gobierno despótico ni un gobierno libre puede imponer medidas que contrasten demasiado con los residuos existentes en los súbditos".

predisponer favorablemente a la población sobre determinadas medidas legislativas<sup>24</sup> y modificar sus "residuos" iniciales. Esta posibilidad dependerá en definitiva de la materia jurídica en cuestión. Por su especial naturaleza, el Derecho penal resulta especialmente sensible a este tipo de actuaciones: abolición de la pena de muerte, pérdida de aceptabilidad social de ciertos tipos de delito, diligencias previas, ejecución de la pena...

¿Qué sucede pues con los jueces? Su actividad sería lógica si las sentencias constituyeran verdaderos silogismos contruidos exclusivamente a partir de la correlación entre normas jurídicas y hechos. Ocurre que los jueces tampoco escapan a la influencia de los residuos. Pareto se muestra en este sentido precursor del realismo americano pues considera que en su mayoría las decisiones judiciales reflejan los sentimientos del juez, compartidos a su vez por el gran público, y que la referencia al Derecho positivo no es más que una explicación/justificación a posteriori de esa decisión previa, a la que se ha llegado por otra vía<sup>25</sup>. Esta idea viene a reforzar aun más una de sus tesis básicas: el predominio en la vida social de las acciones no-lógicas. En este sentido Pareto rechazaría la noción del

---

24. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1864 "Pero esto no es todo: es necesario poner en práctica esta legislación. Lo cual no puede hacerse más que influyendo sobre intereses y sentimientos, sin embargo hay que tener en cuenta que las derivaciones empleadas a este efecto difieren por completo de los razonamientos lógico-experimentales que sirven para determinar la ley que mejor se adapta a un fin dado..Si...estamos en condiciones de influir sobre los sentimientos e intereses y modificarlos, conviene tener presente que además de los efectos deseados, esta modificación puede entrañar otros totalmente imprevistos".

25. Cfr. TIMASHEFF, N., "Law in Pareto's Sociology", *The American Journal of Sociology*, 1940, vol. XLVI, pp. 144-145; TIMASHEFF, N., "The Social System, Structure And Dynamics", en James Meisel Ed., *Makers of Modern Social Sciences. On Mosca & Pareto*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1965, p. 64; en relación con TREVES, R., *La Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 96-98.

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §466n "En réalité, magistrats, gouvernement, public, sont mus par des intérêts et des sentiments semblables. Quand le public sous l'impression du délit, il frappe le coupable, et, quand cette impression est effacée, se repâit des insanités des humanitaires. Les magistrats et les dirigeants suivent la voie qui plaît au public".

BALLESTEROS, J., *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 54-55, "Las diferencias entre los autores realistas radican tan sólo en la determinación de cuáles sean los factores causales fundamentales en la aparición del derecho. Para unos, los que podrían designarse como psicólogos, el derecho es fundamentalmente, un producto de la psicología, y de ahí que sea esta ciencia la que debe inspirar la construcción de la ciencia jurídica. Es lo que ocurre...en el norteamericano J. Frank, en los nórdicos Hägerström u Olivecrona... para autores tales como el francés Dugit, el alemán Ehrlich o el nórdico Ross, el derecho se explica tan sólo como hecho social, razón por la cual pueden ser considerados sociólogos: la sociología jurídica es la única verdadera ciencia que puede explicar el fenómeno jurídico".



Derecho como mero sistema de normas<sup>26</sup> y menos aun como expresión de la idea de justicia<sup>27</sup>. Más bien se trataría de un producto de los operadores jurídicos, esto es, de los que lo imponen y lo realizan. En la línea de Karl H. Llewellyn, señalada por Treves, el Derecho resulta de los siguientes agregados = normas jurídicas+ costumbre+ medio de control social; con una triple función: represiva, organizativa y directiva, para mantener la cohesión del grupo.

Según Pareto, la acción jurídica lógica es aquella que se realiza para evitar la sanción jurídica negativa<sup>28</sup>. Así podemos inferir a contrario el carácter lógico de toda acción cometida para alcanzar una sanción jurídica positiva o en general para alcanzar algún beneficio del Derecho. Lejos de ser una categoría residual, aquí encontramos un largo repertorio de conductas, si bien es verdad que la logicidad de la acción es inversamente proporcional a su repercusión en el sistema social. Esto supone que la actividad jurídica lógica es secundaria respecto de la no-lógica. Todo intento de establecer nuevos modelos de conducta a través del Derecho, entra en este último campo *ab initio* desde sus formas consuetudinarias más primitivas a partir de la reiteración de conductas: "Le droit-fait est constitué par un ensemble d'actions non-logiques qui se répètent régulièrement"<sup>29</sup>. Su incursión en el mundo jurídico le proporciona nuevos argumentos para marcar sus diferencias con el racionalismo. Según las corrientes racionalistas los hombres primero piensan, formulan sus teorías y luego actúan en consecuencia. Según Pareto, ocurre justo lo contrario: la comisión precede a la racionalización<sup>30</sup>.

---

26. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §398 "On nous dit que le droit est constitué par les règles qui ont pour sanction les injonctions de l'autorité publique... Cette définition convient très bien aux buts pratiques de l'avocat et du juge, mais n'a pas la moindre valeur scientifique, parce qu'elle prend pour critère des éléments accidentels et variables... Un acte passe du droit à la morale ou viceversa, suivant la volonté ou le caprice du législateur".

27. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale* §1216 "Il n'existe pas de personne appelée justice".

28. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §324 "Déjà quand on dit: 'Tu dois faire cela', il y a un petit, quelquefois très petit essai d'explication. Elle est contenue dans le terme *Tu dois*, qui rappelle l'entité mystérieuse du Devoir. Souvent on ajoute une sanction réelle au imaginaire, et l'on a des actions effectivement logiques..." en relación con op. cit., §329 "La proposition est réellement un précepte, mais on y ajoute une sanction réelle, due à une cause étrangère et réelle. On a ainsi des actions logiques. On fait la chose pour éviter la sanction".

29. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §256.

30. PARETO, V., *Traité de Sociologie Générale*, §256 "Una familia, o un grupo étnico, ocupa un trozo de tierra... El hecho de la perpetuidad de la ocupación, de la posesión, es con toda probabilidad anterior... a todo concepto de derecho de herencia".

Aunque Pareto no menciona expresamente ningún residuo jurídico, éste se encuentra presente en su obra a través de los sentimientos básicos que suscita el reconocimiento de derechos, la imposición de deberes a los individuos y la reducción de su conducta a la calificación de justa/injusta, debe ser o no debe ser<sup>31</sup>. Nadie discute que tales términos: derecho, deber, deber ser, justicia... constituyen el esquema conceptual básico del Derecho, o si se quiere, el indicio más rudimentario de lo jurídico que por su carácter constante y no-lógico denominamos residuo jurídico. El origen consuetudinario del Derecho se explicaría por la presencia en la población de una serie de residuos constantes, en este caso, de una serie de sentimientos jurídicos básicos. Sin embargo, Pareto no niega la posibilidad de proceder a una investigación científica sobre tales residuos siempre y cuando quede lejos de toda especulación filosófica. También es cierto que nuestro autor descuida el papel que juegan las normas jurídicas en el equilibrio social. Siguiendo el método lógico-experimental observamos que si la norma es jurídica, su infracción desencadena la actuación de la coacción institucionalizada. Si esto no es así, entramos en el campo de la sanción difusa y variable del grupo social.

¿Cuál es el papel del Derecho en el equilibrio social? El Derecho influye en el equilibrio social a través del residuo jurídico en la medida en que manifiesta determinados sentimientos básicos. Una vez más lo decisivo son los sentimientos, no el soporte teórico que los esconde. El papel del Derecho en este sentido resulta claro: el Derecho constitucional asegura la proporción de dominio y sumisión dentro del sistema social. El Derecho civil asegura y eventualmente restablece la distribución entre bienes y servicios. El Derecho penal reduce las infracciones y refuerza la totalidad de residuos jurídicos. El Derecho del trabajo garantiza un grado mínimo de cooperación intersubjetiva... El ordenamiento jurídico funciona mientras las normas y las decisiones judiciales se adecúen a los sentimientos básicos de la sociedad.

---

31. Nicholas Timasheff es el primero y único autor que ha utilizado esta expresión, si bien insiste más en sus implicaciones sociológicas. A nuestro juicio constituye una categoría de imprescindible recuperación en el discurso paretiano. Cfr. TIMASHEFF, N., "Law in Pareto's Sociology", *The American Journal of Sociology*, 1940, vol. XLVI, p. 145.

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §1400 "...une entité indéterminée et mystérieuse s'est fait entrevoir: c'est le devoir...".

PARETO V., "Lettre à Nicholaas Gerand Pierson", 16-I-1903 en *Lettres et correspondances*, Genève Droz, 1989, p. 415 "Toute proposition qui prend la forme: A doit être B, n'est pas scientifique".



El Derecho pues requiere de un consenso que se apoya en una serie de sentimientos comunes a todos los miembros de la sociedad<sup>32</sup>.

### 3. UNA CRÍTICA AL DERECHO NATURAL DESDE EL EMOTIVISMO ÉTICO

No es de extrañar pues que en los apartados §401-463 del *Traité* y en las pp. 21 y ss., vol. II, cap. VIII, de *Les Systèmes Socialistes*<sup>33</sup>, Pareto se nos revele como uno de los críticos más olvidados del Derecho natural. Este hecho no debe sorprender, pues Pareto conocía bien la obra de Ernest Roguin quien inspiró en algunos puntos su visión del Derecho y de las doctrinas iusnaturalistas<sup>34</sup>. Roguin niega juridicidad al Derecho natural por

---

32. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §2572 "Los principios jurídicos pueden ser un tanto precisos, e incluso muy precisos, y, por consiguiente, pueden producir conclusiones de acuerdo con la realidad o, al menos, que no se aparten demasiado de ella, sin son utilizadas en las disputas entre ciudadanos privados en las sociedades es que son generalmente aceptados y que manifiestan por tanto sentimientos comunes".

PARETO, V., *Traité de Sociologie Générale*, §466 "En resumen, las sentencias de los tribunales dependen en gran parte de los intereses y los sentimientos operantes en una sociedad en un momento dado, y también de caprichos individuales y de hechos fortuitos, y sólo ligeramente, y en ocasiones nada, de los códigos o leyes escritas".

TIMASHEFF, N., "The Sociological Place of Law", *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, p. 217 "Legal order is constituted by patterns of conduct enforced by agents of centralized power (tribunals and administration) and simultaneously supported by a group conviction that the corresponding conduct "ought to be", en relación con Max Rheinstein "The Sociological Place of Law. Comment", *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, p. 219 "A social order may be a legal one whenever the members of a social group generally recognize as good that they accept the patterns of behaviour imposed upon them by a certain individual or group of individuals". Ambos autores destacan la importancia de la aceptabilidad de las normas por el grupo social como condición imprescindible para la viabilidad real del ordenamiento jurídico.

33. PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, vol. II, cap. VIII, p. 21 "Vimos aparecer una nueva religión cuya divinidad la Naturaleza, es una concepción esencialmente metafísica. Es realmente increíble lo que los hombres de hoy abusan de los términos *naturaleza* y *natural*; es comparable a lo que ocurre con la voz *solidaridad*".

34. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 597 "...el derecho natural... consiste en la concepción o en el hecho, que los seres humanos poseen ciertos derechos que no dependen de la legislación positiva, sino de la voluntad de una divinidad o de cualquier otro ser o principio superior".

A partir de esta definición general Roguin distingue cuatro variantes del concepto:

1ª Principios jurídicos permanentes, invariables cuya aplicación prima sobre el derecho positivo en caso de colisión.

2ª Un ideal reformador de la legislación positiva.

3ª Una serie de ideales subjetivos y relativos, que dependen de la época y del lugar. Se trata del Derecho natural de contenido variable de Stammler.

4ª La reunión de los principios morales no sancionados jurídicamente pero que deben inspirar las leyes. Cfr. op. cit., pp. 598-599.

considerar que la sanción es un elemento esencial del Derecho<sup>35</sup>. Esto es así pues las sociedades humanas sólo pueden ser gobernadas mediante normas en las que se fijen sanciones tangibles, pues no cabe presumir ingenuamente que los hombres vayan a obrar bien siempre por imperativos de conciencia. Sin embargo su postura es más flexible que la de Pareto, pues si bien no reconoce la existencia de un Derecho natural entendido como un ordenamiento jurídico superior al Derecho positivo, se identifica con el espíritu del Derecho natural de contenido variable stammleriano, al reconocer su valor como aglutinante de una serie de ideales variables propios de ciertos estratos sociales, en distintos países y épocas, como "un simple droit désirable, parfois consacré, d'autres fois méconnu"<sup>36</sup>.

La crítica paretiana al Derecho natural ha sido desarrollada con detalle por Norberto Bobbio<sup>37</sup>, quien expone muy bien el estado de la cuestión: "I giuristi e i sociologi non hanno aspettato Pareto per criticare il diritto naturale"<sup>38</sup>. Las primeras obras de Kelsen<sup>39</sup>, aparecen cuando Pareto escribía su *Tratatto*. Sin embargo una vez más, nuestro autor no recoge ninguna de las opiniones precedentes y procede a realizar su propio análisis crítico sobre el carácter lógico, empírico e ideológico de la doctrina en cuestión. El Derecho natural aparece como uno de los mayores intentos de construir una teoría racional del Derecho, prescindiendo de la revelación

---

35. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 597 "... no hay derecho natural más que si hay derecho, es decir un principio que está dotado de hecho, o que debería estar dotado, de una sanción coercitiva".

36. Cfr. ROGUIN, E., *La Science Juridique pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 601 n.

37. Nos referimos a su artículo "Vilfredo Pareto e il diritto Naturale", *Accademia dei Lincei, Atti del convegno*, 1975, pp. 313-325. Hemos consultado la edición publicada en la *Rivista di Filosofia*, 1975, vol. LXVI, pp. 57-76.

38. Vid. Norberto Bobbio, "Pareto e il diritto naturale", *Rivista di Filosofia*, 1975, vol. LXVI, pp. 57 y 61.

39. KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtsstätze*, 1911 (*Problemas Capitales de la teoría Jurídica del Estado Derivado de la Teoría de los Principios del Derecho*) y *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911 (*Sobre los Límites entre el Método Jurídico y el Sociológico*).

Sin embargo Kelsen sí cita a Pareto, manifestando su escepticismo hacia su desprecio por los parlamentarios, defendido por Michels. Kelsen se basa en "Il Testamento Político di Vilfredo Pareto", *Il Giornale Economico*, 25-IX-1923, pp. 273-274 artículo recogido por Robert Michels en su obra *Sozialismus und Faschismus in Italien*, Munich, Meyer & Jessen, 1925, pp. 298-301. Kelsen a la vista del texto paretiano, donde se dice que el gobierno debe contar no sólo con la fuerza material sino con la adhesión de la opinión pública, dado que gobernar sólo mediante la violencia no parece recomendable, concluye "Pareto n'est malgré tout, pas disposé à se prononcer pour la suppression des Parlements", cfr. *Wom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1920 (trad. francesa de Charles Eisenmann, *La Démocratie. Sa Nature. Sa Valeur*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, n 1, p. 46).

(teología) y de la tradición (historia), cuyos postulados fundamentales son tres:

1. Postulado ontológico: Las leyes del mundo jurídico no son tan objetivas y universales como las del mundo físico.

2. Postulado gnoseológico: el hombre puede conocer estas leyes mediante la utilización de sus facultades racionales.

3. Postulado práctico: estas leyes, una vez conocidas, constituyen la causa determinante del actuar humano. Así la razón opera a la vez como facultad de conocimiento y principio de toda acción.

Pareto no era jurista ni filósofo, por tanto no estaba interesado en cuestiones de fundamentación. Por eso tampoco entró en el aspecto propiamente jurídico de la cuestión, esto es, en la eterna polémica sobre la juridicidad del Derecho natural, ni participó en el debate entre positivistas y iusnaturalistas. Por lo que se refiere a la crítica filosófico-ideológica, Pareto advirtió que la vacuidad de las fórmulas iusnaturalistas hacían que el Derecho natural no fuera más que "aquello que parece óptimo a quien usa tal término"<sup>40</sup>. Esto explicaba por qué los conservadores podían considerarlo un criterio revolucionario y por qué los revolucionarios un criterio conservador. En este punto vuelve a coincidir con Roguin, quien destaca la falta de unanimidad sobre los contenidos del Derecho natural<sup>41</sup>.

A partir de esta primera definición, Pareto considera que el Derecho natural es una de esas teorías no lógico-experimentales que trascienden de la experiencia dado que las proposiciones que la integran son claramente no

---

40. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §401 "Le droit naturel est simplement celui qui apparaît être le meilleur à qui emploie cette expression".

Esta definición llamó la atención de Norberto Bobbio, op. cit. p. 67 y de Renato Treves quien la recoge en *La Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, cap. I p. 33 n 16.

PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, cap. IX, pp. 88-89 "La teoría de los 'derechos naturales' se presta a todo, tanto a justificar la autocracia como la anarquía. Ha sido invocada a favor de la esclavitud y ahora se invoca a favor del colectivismo".

No obstante, como afirma Warren, J. Samuels "It is not easy to be positivistic; one unwittingly can build in one's own normative positions concerning power, psychology, knowledge, freedom, control, continuity and change", *Pareto on Policy*, New York, Elsevier Publishing Company, 1974, p. 196.

41. ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923, t. I, p. 598 "...incluso en el seno de un mismo grupo... están lejos de ponerse de acuerdo sobre lo que formará parte del derecho natural y lo que permanecerá fuera".

experimentales<sup>42</sup> y el razonamiento que se usa para relacionarlas entre sí se basa en la lógica de los sentimientos (hoy diríamos juicios de valor).

Si bien su análisis afecta en general a todas las doctrinas iusnaturalistas, en particular se centra en el iusnaturalismo racionalista y contractualista. Pareto prefirió insistir más en el aspecto teórico del problema desde un doble enfoque: el historicista y el empirista. La crítica historicista al Derecho natural se centra en denunciar su carácter abstracto y ahistórico, que bien lejos de su pretendida universalidad, no es más que una aspiración de los iusnaturalistas a partir de un estado de naturaleza que nunca ha existido y de un contrato social que nunca se ha firmado<sup>43</sup>. La crítica empirista atiende más al método, al uso del lenguaje y al tipo de razonamiento utilizado. Pareto manifiesta su preferencia por este segundo tipo de análisis. La doctrina del Derecho natural figura como un ejemplo típico de procedimiento metafísico: sus proposiciones son entidades metafísicas, producto de la auto-observación (observación subjetiva)<sup>44</sup>, ensambladas por la lógica de los sentimientos. En virtud de la auto-observación u observación subjetiva o personal, a diferencia de la observación objetiva y científica, no reconoce

---

42. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §402 "Las objeciones que podríamos hacer al que quisiera enseñarnos derecho natural, serían rechazadas como sigue:

- ¿Por qué debo admitir su opinión?
- Porque es conforme a la recta razón.
- Yo también utilizo la razón, y sin embargo pienso de forma diferente.
- Sí pero la mía es la *Recta Razón*.
- ¿Cómo puede ser que sólo la conozcan algunos?
- No somos algunos; nuestra opinión goza del *consentimiento universal*.
- Y sin embargo hay gente que piensa distinto.
- Nos referimos al consentimiento de los buenos y los sabios.
- De acuerdo, ¿Son ustedes, los buenos y los sabios quienes han inventado el derecho natural?
- En realidad, no; nos ha sido enseñado por la *Naturaleza*, por Dios".

43. Sumner Maine se hizo eco del auge contractualista en el ámbito del Derecho privado, motivado por el interés creciente del individuo frente a la colectividad, empezando por los núcleos familiares básicos: "El individuo se ha ido constantemente sustituyendo a la familia como la unidad social del derecho civil... el movimiento de las sociedades progresistas hasta el presente ha consistido en pasar del estado al contrato", vid. *El Derecho Antiguo*, Madrid, Escuela Tipográfica del Hospicio, 1893, pp. 117 y 118.

44. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §69 2º "El terreno en el que trabajamos [en el *Traité*] es, pues, exclusivamente el de la *experiencia* y la *observación*. Empleamos estos términos en el sentido que tienen las ciencias naturales... y no para indicar lo que... cambiando apenas de nombre, resucita directamente la auto-observación de los antiguos metafísicos".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §111 "La creencia que se podían conocer los hechos del universo y sus relaciones gracias a la auto-observación del espíritu humano era general en otros tiempos y sigue siendo el fundamento de la metafísica, que busca fuera de la experiencia un criterio de verdad... con este método, los hombres no han llegado a conocer la más mínima uniformidad de los hechos naturales".

más juez que el propio observador. Las teorías iusnaturalistas, como teorías metafísicas siguen el siguiente razonamiento subjetivo: "El sujeto advierte que el Derecho positivo no es fruto de una creación arbitraria ni enteramente lógica, sino que hay un substrato que escapa de todo arbitrio y que tiene una existencia propia. Esta inducción está de acuerdo con los hechos y debería expresarse diciendo que hay ciertos principios de acciones no-lógicas de donde los hombres extraen sus leyes (los residuos). Estos están en relación con todas las condiciones en que viven los hombres y cambian con ellas"<sup>45</sup>. De manera que no se descubre el verdadero substrato (residuo) sino que se tiende a considerarlo de forma absoluta, inmutable, eterna... y buena en sí misma. La fuerza persuasiva de esta teoría se encuentra en la contraposición entre aquello que es constante y bueno (el Derecho natural) y lo que es variable y menos bueno (el Derecho positivo)<sup>46</sup>. Hay que añadir que el lenguaje de los iusnaturalistas constituye otro argumento esencial, dado su carácter difuso y atento al significado emotivo de las palabras. Las teorías metafísicas, dado que prescinden de los hechos, necesitan apelar a los sentimientos del destinatario para obtener su respuesta favorable<sup>47</sup>.

Los juicios de hecho describen un cierto estado de cosas, mientras que un juicio de valor lo recomienda como bueno o malo en virtud de los propios sentimientos. La diferencia entre las teorías científicas y las metafísicas está en que las primeras se basan en juicios de hecho y las segundas en juicios de valor. Pareto se nos muestra como un emotivista ético y por tanto como un no cognoscitivista<sup>48</sup>. Así, los juicios morales no

---

45. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, 407.

46. Cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §408.

47. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §515 "Al contrario de lo que ocurre con el razonamiento lógico-experimental, donde los términos son tanto mejores cuanto mayor es su concreción, en el razonamiento por acuerdo de sentimientos, son tanto mejores cuanto mayor es su indeterminación. Esto explica el amplio uso que hacemos de palabras como *bueno*, *bonito*, *justo*...".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §463 "La falta de precisión mancha todas las teorías y las convierte en inútiles. Desde el punto de vista lógico-experimental no son ni verdaderas ni falsas; simplemente no significan nada".

Recordamos que según Pareto, los hombres razonan para ensamblar diversas proposiciones y para extraer conclusiones de tales premisas. Este ensamblaje, puede realizarse de dos modos: según los hechos (teorías lógico-experimentales) y según los sentimientos (teorías no-lógico experimentales). De manera que la lógica de los sentimientos comprende la esfera de los razonamientos que proceden por acuerdo de sentimientos, cfr. PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §480.

48. Ayer, A. J., *El Positivismo Lógico*, México, FCE, p. 28 "En el libro de C. L. Stevenson *Ethics and Language* (1944), en el que por primera vez se expuso en detalle la teoría emotivista, se sostenía que los enunciados éticos servían la doble finalidad de expresar la aprobación o desaprobación por parte de su autor, sobre lo que estuviera en discusión, y de recomendar a los demás que compartieran su actitud. Stevenson subrayaba de un modo

pueden verificarse empíricamente mediante procedimientos científicos ya que dependen de los sentimientos de cada uno. Pareto no cita a Hume ni la falacia naturalista<sup>49</sup>, pero su espíritu está presente en el *Les Systèmes Socialistes* y en el *Traité* donde aparece constantemente un dualismo radical entre las proposiciones con una función cognoscitiva, susceptibles de verdad o falsedad y las proposiciones con una función persuasiva, que por ser expresión de sentimientos no son ni una cosa ni otra. Recordemos que en él todo conocimiento sustantivo deriva de la experiencia sensible y hay escepticismo respecto de la metafísica. Las aserciones morales no entran en el campo de lo verificable y no son verdaderas ni falsas; sólo expresan sentimientos o actitudes del que habla sobre la materia en cuestión. La razón se dedica a los datos sensibles y por eso la moral es independiente de la razón. No podemos deducir pues un argumento moral de la experiencia sensible, lo moral depende sólo del sentimiento, es independiente de la razón y no cabe deducir el deber ser del ser<sup>50</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Resumiendo la perspectiva de Pareto, el Derecho afecta a la conservación del sistema en la medida en que manifiesta sentimientos, dado que éstos juegan un papel esencial en la conservación del equilibrio social. La actividad judicial es no-lógica, pues el papel del juez va más allá de la mera aplicación lógica de la norma abstracta al caso concreto. Por último, fiel a

---

particular el uso *persuasivo* de los términos éticos".

49. BALLESTEROS, J., *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 51 "Es claro que la razón principal de tal principio está en la reducción positivista del ser a los hechos, de lo ontológico a lo simplemente empiriológico".

PARETO V., *Les Systèmes Socialistes*, cap. IX, p. 75 "Los adeptos a las ciencias lógicas experimentales discuten sólo sobre cosas... el único criterio de verdad de una teoría es su correspondencia con los hechos".

PARETO V., *Traité de Sociologie Générale*, §422 "El derecho natural y demás teorías metafísicas se caracterizan por cuatro puntos:

1º Utilización de términos indeterminados, que hacen nacer ciertos sentimientos pero que no se corresponden con nada en concreto.

2º Definen lo desconocido mediante lo desconocido.

3º Mezclan definiciones y teoremas que luego no demuestran.

4º Su objeto consiste en despertar al máximo los sentimientos del receptor, para conseguir llevarlo a un punto predeterminado".

50. Este proceder es acorde con el "hobbesian setting" resultante de la conjunción individualismo metodológico+homo oeconomicus, que da lugar a la "exclusión de la discusión racional lo ajeno a la razón instrumental", cfr. DE LUCAS, J., "Eficacia y Eficiencia en J. Buchanan", Comunicación presentada a las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Alicante 1987, p. 1. Si bien es cierto que Pareto era plenamente consciente de los límites de su propio método y acudió a la sociología como medio de explicación de lo irracional.

su planteamiento de racionalidad instrumental, Pareto destaca la función de la aceptabilidad pero no desarrolla sus implicaciones en el discurso racional, ni hace referencia alguna a la razonabilidad como criterio intermedio susceptible de obviar alguno de los elementos de la racionalidad discursiva cuando esto no suponga infringir los niveles básicos de la racionalidad lógico-deductiva<sup>51</sup>.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, A., "Sobre la Racionalidad. Algunas Observaciones sobre la Racionalidad jurídica", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 1983-84, nº 23-24, pp. 1-17.

-: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel Publ., 1986.

-: "Sobre el Razonamiento Jurídico como Razonamiento Práctico", ponencia presentada en las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Alicante, 1987. AÑÓN ROIG, M<sup>a</sup> J., *Teorías sobre las Necesidades y su Proyección en Teoría de Derechos. Especial Atención al Modelo de Agnes Heller*, tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Javier de Lucas, 1988.

AUBERT, V., *In Search of Law. Sociological Approaches to Law*, Oxford, Martin Robertson, 1983.

AYER, A. J., *Logical Positivism*, Glencoe, The Free Press, 1959 (trad. castellana, *El Positivismo Lógico*, México, FCE, 1965).

BALLESTEROS LLOMPART, J., *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

BOBBIO, N., "Vilfredo Pareto e il Diritto Naturale", *Atti del Convegno Internazionale Vilfredo Pareto*, Roma, Academia Nazionale dei Lincei, 1975, pp. 313-325, reed. en *Rivista di Filosofia*, 1975, vol. XLVI, pp. 57-76.

---

51. Sobre las exigencias de razonamiento jurídico discursivo vid. AÑÓN ROIG, M<sup>a</sup> J., *Teorías sobre las Necesidades y su Proyección en Teoría de Derechos. Especial Atención al Modelo de Agnes Heller*, cap. V, especialmente pp. 565-568 en relación con MACCORMICK, N., "Limits of Rationality in Legal Reasoning", *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel Publ., 1986, p. 190, del mismo autor, *Legal reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 266 ss.; Aarnio, A., "Sobre la Racionalidad. Algunas Observaciones sobre la Racionalidad Jurídica", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1983-84, nº 23-24, p. 17; Aarnio, A., "Sobre el Razonamiento Jurídico como Razonamiento Práctico", Alicante, X. Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, 1987, p. 10 y Aarnio, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel Publ. 1986, pp. 185-229. Neil MacCormick destaca la necesidad de razones consistentes y coherentes para la acción que a la vez produzcan un resultado universalizable, mientras que Aarnio subraya los límites del discurso racional que "ofrece ciertas garantías para la justificación del razonamiento, pero no puede asegurar totalmente su legitimidad, esto es, la aceptabilidad del mismo". Sin embargo, conviene recordar que un razonamiento razonable nunca puede ser irracional dentro de la lógica del discurso.



- LE BON, G., *Psychologie des Foules*, Paris, PUF, 1981 (trad. castellana de Alfredo Guerra, *Psicología de las Masas*, Madrid, Morata, 1983).
- FREUND, J., *L'Essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965.
- GUTIÉRREZ, G., "La Estructura Consecuencialista del Utilitarismo", *Revista de Filosofía*, 3ª época, vol. III, 1990, pp. 141-174.
- KELSEN, H., *Wom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr Tübingen, 1920 (trad. francesa, de Charles Eisemann, *La De'mocratie. Sa Nature. Sa Valeur*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932).
- DE LUCAS, J., "Eficacia y Eficiencia en J. Buchanan", Comunicación presentada a las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Alicante 1987.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978.
- : "Limitis of Rationality in Legal Reasoning", *An Insitutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel Publishing Co., 1986, pp. 189-206.
- MACHIAVELLI, Niccolò, "Il Principe" (1513), *Tutte le Opere*, Firenze, Sansoni, 1971, pp. 255-298.
- MICHELS, R., *Sozialismus und Faszismus in Italien*, Munich, Meyer & Jessen, 1925.
- MORRIS, P., WHITE, R., LEWIS, Ph., *Social Needs and Legal Action*, Bristol, The Barleyman Press, 1973.
- MUGUERZA, J., *Desde la Perplejidad*, México, FCE, 1990.
- PARETO, V., *Programme et Sommaire du Cours de Sociologie*, Genève, Droz, 1967.
- : *Traité de Sociologie Générale* (1917-1919), Genève, Droz, 3ª ed. 1968.
- : *Mon Journal*, Genève, Droz, 1976.
- : *Les Systèmes Socialistes*, (1902-1903), Genève, Droz, 4ª ed. 1978.
- : *Manuel d'Economie Politique*, (1909), Genève, Droz, 5ª ed. 1981.
- : *La Transformación de la Democracia* (1923), Madrid, EDERSA, 1985.
- : *Lettres et Correspondances*, Genève, Droz, 1989.
- DU PASQUIER, C., *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1942.
- RHEINSTEIN, M., "The Sociological Place of the Law. Comment", *The American Journal of sociology*, 1939, vol. XLV, pp. 217-219.
- ROGUIN, E., *La Science Juridique Pure*, Lausanne, Rouge, 1923.
- SUMNER, M., *Ancient Law*, London, 1890 (trad. castellana de Gumersindo de Azcárate, *El Derecho Antiguo*, Madrid, Escuela Tipográfica del Hospicio, 1893).
- TIMASHEFF, N., "The Sociological Place of the Law"? *The American Journal of Sociology*, 1939, vol. XLV, pp. 206-217.
- : "Law in Pareto's Sociology", *The American Journal of Sociology*, 1940, vol. XLVI, pp. 139-149.
- : "The Social System, Structure and Dynamics", en James Meisel Ed., *Makers of Modern Social Sciences. On Mosca & Pareto*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1965, pp. 63-70.
- TREVES, R., *Sociologia del Diritto* (trad. Manuel Atienza, Mª José Afión y Juan Pérez Lledó, *La Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1988).



## Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

“Y este es también un rasgo que reproduce, en el microcosmos del Lager, el macrocosmos de la sociedad totalitaria: en ambos, por encima de la capacidad y del mérito, el poder se otorga generosamente a quien esté dispuesto a rendir homenaje a la autoridad jerárquica y de este modo consigue una promoción social que en cualquier otro caso no hubiera alcanzado nunca”.

(PRIMO LEVI, *Los hundidos y los salvados*)

### PLANTEAMIENTO

Resultaría ocioso a estas alturas dedicar excesivas páginas a resaltar lo infame del nazismo, así como su condición de suceso histórico en buena medida incomprensible<sup>1</sup> y que socava la fe racionalista en el progreso moral y la ilustración política de los pueblos. Como tantas veces se ha dicho, la teoría moral y política, y hasta la filosofía jurídica o la teología, tienen uno de sus retos más desasosegantes en tratar de explicarse cómo fue posible Auschwitz. Permítaseme una nueva cita de ese testigo que fue Primo Levi:

---

1. Rottleuthner (1987, pp. 373-374) pone de manifiesto como la fase del nazismo es esencial también a la hora de calibrar las teorías de la evolución del derecho, y más aún de las que conciben dicha evolución como progreso, y que por tanto habrán de explicar el por qué de ese capítulo de barbarie en una historia que suele presentarse como desarrollo lineal. Como subraya el mismo autor, es curioso que en ninguna de las teorías recientes de la evolución jurídica (Luhmann, Nonet/Selznick, Teubner, Habermas) se menciona el período nazi, con la excepción de una breve alusión en Unger.

Esa actitud coincide con al interés de la propia doctrina alemana de postguerra por presentar el nazismo como ruptura anormal, como "catástrofe" imprevisible que supone una excepción científicamente inexplicable en el curso normal del acontecer histórico. Sobre esa "teoría de la catástrofe" y su funcionalidad exculpatoria: HATTENHAUER 1984, p. 281.

“Hoy pienso que, sólo por el hecho de haber existido un Auschwitz, nadie debería hablar en nuestros días de Providencia” (*Si esto es un hombre*).

Pero aquí no trato de reflejar los caracteres políticos de tal régimen, ni los datos históricos de su origen y funcionamiento. Y tampoco se trata de reflexionar sobre la problemática moral y política que plantea. Del mismo modo, no se pretende hacer historia del derecho nacionalsocialista ni describir los pormenores de aquel ordenamiento<sup>2</sup>. Lo que aquí interesa, desde una estricta perspectiva iusfilosófica y de teoría general del derecho, es examinar algunos de los problemas capitales que el ordenamiento y la doctrina jurídica nacionalsocialistas han planteado a la filosofía jurídica.

Si toda doctrina, hasta la más abstracta, necesita el cotejo con los hechos y la praxis, la filosofía y teoría del derecho tienen en los datos de la época de referencia uno de sus mejores campos de contrastación. El nazismo supone un auténtico *experimentum crucis* para esas disciplinas. Y hasta la tranquilidad moral de sus cultivadores se puede ver agitada por esa reflexión, si nos paramos a contemplar la actuación de los filósofos del derecho bajo aquel régimen. Las palabras de Tammelo expresan el problema en toda su crudeza: “Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho -continúa- ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica” (citado en KAUFMANN 1984, p. 195).

Durante décadas apenas aparecieron en la literatura jurídica alemana referencias al derecho nazi, y menos aún estudios críticos. Desde 1945 hasta los años sesenta predominan los intentos de sustraerse al pasado, la *Vergangenheitsbewältigung*, bien por la vía del silencio, bien mediante la manipulación justificatoria. En este segundo caso, entre los juristas, la estrategia, reflejada en estudios como los de Schorn o Weinkauff, consistió en culpar a la dirección política y exonerar a los juristas, argumentando la total sujeción de éstos, la indigencia teórica y moral en que los había sumido el positivismo bajo el que se habrían formado y hasta una insospechada propensión a la resistencia que, sin embargo, los datos históricos en modo

---

2. MAJER (1987) estructura los rasgos principales del ordenamiento jurídico nacionalsocialista a partir de tres ideas básicas: el *Führerprinzip*, el derecho especial o *Sonderrecht*, de base racista, y el partido único como monopolio ideológico y de poder. Por su parte ANDERBRÜGGE (1978), selecciona las notas del *Führerprinzip*, comunidad popular y teoría racial.

alguno acreditan<sup>3</sup>. Entre los factores determinantes de ese ocultamiento del pasado se suele mencionar la continuidad del personal académico, judicial y administrativo del nazismo bajo el régimen siguiente de la *Bundesrepublik*<sup>4</sup>.

Es en los años sesenta cuando los estudiantes alemanes empiezan a interesarse por el tema y cuando comienza, por parte del sector más crítico de la ciencia jurídica y política alemana, la recuperación del pensamiento sobre el nazismo, principalmente a través de la recepción de los teóricos del exilio: Ernst Fraenkel, Franz Neumann, así como Otto Kirchheimer. El primer acto universitario sobre el tema tiene lugar en 1968 en Giessen, con una *Ringvorlesung* sobre el papel del derecho en el nazismo. Y ese mismo año ve la luz la primera edición de una obra determinante sobre la cuestión, como es *Die unbegrenzte Auslegung*, de Bernd Rüthers.

Pero en los primeros años a partir de los sesenta se habla principalmente de teorías del fascismo. Se trata ante todo de explicar el sistema nazi en su conjunto y con atención preferente al orden político y, en su caso, compararlo con los totalitarismos de derechas acaecidos en otros lugares<sup>5</sup>. Es en una segunda etapa, que se podría datar a partir de fines de los años setenta,

---

3. En relación con tales estrategias, MAUS 1989, pp. 80-81. Sólo un 1% de los jueces sufrieron bajo el nazismo alguna medida disciplinaria por falta de lealtad política (ROTTLEUTHNER 1987, pp. 384 ss). Además, los pocos casos más patentes de resistencia judicial tuvieron, sorprendentemente, una sanción escasamente grave (MÜLLER 1989, pp. 197 ss).

4. Majer (1987, p. 26) señala cómo esa continuidad explica la presencia tras 1945 de ciertos hábitos mentales y ciertos comportamientos: el pensar en términos amigo-enemigo, un uso del lenguaje más dado al encasillamiento ideológico que a la ponderación del dato objetivo, el alejamiento de temas incómodos, etc. El mismo autor ejemplifica dicha continuidad académica, en cuanto a la teoría jurídica, con diecinueve nombres especialmente notorios: Forsthoff, Hamel, Maunz, Scheuner, Koellreuter, Huber, W. Weber, Wieacker, Hueck, Nipperdey, Palandt, Schaffstein, W. Merkl, H. Gerber, Ipsen, Herrfandrt, Berber, Schwinge, Larenz. A la lista podrían añadirse otros nombres familiares a los iusfilósofos, como Sauer, Erik Wolff, Emge, Henkel, etc. El mismo fenómeno de pervivencia académica es resaltado por Wesel como obstáculo al estudio del papel de los juristas y el derecho en tal época (WESEL 1983, p. 134). En el mismo factor insiste también Rüthers, quien entiende que más penosa aun que la actitud de aquellos profesores que ocultan su pasado, es la de aquellos de sus discípulos que tratan de preservar de ellos una memoria inmaculada, pues "ven en el análisis histórico de la ciencia jurídica bajo el nazismo un ataque personal a sus estimados maestros" (RÜTHERS 1987, pp. 25-26).

Sobre la continuidad personal en la judicatura son sumamente relevantes los casos que ofrece KRAMER 1983. Sobre el fenómeno general, en distintos ámbitos, pueden verse los estudios recogidos en el volumen *Restauration im Recht*.

5. Sobre estas teorías del fascismo, escesivamente abstractas y que no trascienden de los círculos académicos: SIMON, 1985, p. 102; KRIELE, 1983, pp. 210-211.

cuando proliferan los estudios que atienden específicamente a la teoría y la práctica jurídicas bajo el nazismo, a su papel para el régimen, a su valoración moral y política y a la continuidad o separación tanto respecto de Weimar como de la *Bundesrepublik*.

Este trabajo no pretende ser una investigación de primera mano sobre textos de aquel tiempo, ni un reflejo exhaustivo de la extensa bibliografía actual sobre la época. Se trata de recoger el estado de la cuestión en lo que afecta principalmente a dos polémicas iusfilosóficas: el papel del positivismo y la validez o invalidez jurídica del derecho nacionalsocialista.

#### LA POLÉMICA SOBRE EL POSITIVISMO

Hablar de la relación entre derecho y nazismo ha venido significando ante todo, y ya desde 1945, referirse a la interrelación entre el positivismo y la práctica jurídica de aquel régimen. Hay toda una tradición de imputación al positivismo de la responsabilidad por la falta de resistencia de jueces y juristas frente a las aberraciones acaecidas bajo forma legal. Ese fue uno de los principales argumentos para el renacer iusnaturalista de postguerra. El testimonio que continuamente se citaba eran los manidos textos de Radbruch, y su supuesta conversión de un iuspositivismo relativista al iusnaturalismo. En 1932 Radbruch había dicho aquello de que “despreciamos a los sacerdotes que predicán contra sus convicciones, pero ensalzamos al juez que, en su fidelidad a la ley, no se deja influir por el rechazo hacia la ley que su sentimiento de justicia le provoca” (RADBRUCH 1973a, p. 178). Por contra, tras la guerra, en 1946, Radbruch afirmará que “de hecho, el positivismo, con su convicción de que ‘la ley es la ley’ ha dejado a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal” (RADBRUCH 1973b, p. 344).

La tesis de la ruptura y la conversión de Radbruch en estandarse de la reacción antipositivista fue claramente dominante durante décadas<sup>6</sup>.

6. Así sigue apareciendo, por ejemplo, en SCHELAUSKE 1968, p. 14 o SPENDEL 1984, pp. 21-22. Para Arthur Kaufmann, en cambio, no hay ruptura en el pensamiento de Radbruch (KAUFMANN 1987a, p. 31; 1987b, pp. 45, 82. En el mismo sentido MÜLLER 1979, p. 327). La tesis de la continuidad se acredita con textos de la primera época en que afirma que no toda ley positiva puede ser válida, o que se necesita un “mínimo de derecho natural”, y con textos de la segunda etapa en los que se muestra que no llega a sacrificar el valor de seguridad jurídica como elemento de la idea de derecho y que considera un error cualquier iusnaturalismo tradicional, de corte sustancializador o metafísico. Lo que denomina derecho natural son derechos subjetivos de las personas, preconstituidos a la legislación e intengibles, pero históricos (KAUFMANN 1987a, pp. 27-28). Su *relativismo* no puede, en ninguna de sus fases,

Piénsese, por ejemplo, en las terminantes expresiones de Welzel: “¡No podemos olvidar que los juristas formados en tales doctrinas (positivistas. J.A.G.A.) se vieron transplantados en el ‘Tercer Reich’! El Tercer Reich tomó por la palabra al positivismo” (WELZEL 1962, p. 323). Ese argumento de la indefensión teórica y moral derivada de la educación jurídica positivista fue utilizado reiteradamente como justificación y exculpación de la connivencia de los jueces y juristas en general con la normativa nacionalsocialista; el postulado positivista “la ley es la ley” les habría impedido cualquier cuestionamiento moral o cualquier reserva personal ante las normas que aplicaban. Esa estrategia doctrinal tuvo éxito al menos hasta fines de los años sesenta<sup>7</sup>.

Pese a que en estos años esa inculcación del positivismo ha sido calificada como mito, leyenda (FRANKENBERG 1987, p. 92) o exorcismo (SIMON 1985, p. 111), sigue apareciendo, más o menos matizada, en algunos autores actuales<sup>8</sup>. Parece, sin embargo, que semejante acusación genérica es injusta con, al menos, una buena parte de los autores tenidos por positivistas, y excesivamente benévola con aquellos jueces y juristas supuestamente positivistas. Veamos algunos argumentos al respecto, para finalizar mostrando cómo un cierto positivismo formalista encarna valores formales que constituyen la mejor garantía frente a perversiones jurídicas como la que se comenta.

---

interpretarse como “indiferentismo” (ibid., pp. 29, 30). Al contrario, Radbruch deriva del relativismo las exigencias tradicionales del iusnaturalismo, es decir, derechos humanos, Estado de Derecho, separación de poderes, soberanía popular, libertad e igualdad (KAUFMANN 1987b, p. 79). Sobre el carácter negativo o de falsación del derecho válido de la doctrina de Radbruch (no dice cuál es el derecho válido, sino qué derecho no es válido) y sobre la idea de derechos humanos como elemento concretizador de la justicia: KAUFMANN 1987a, p. 155 ss.; 1987b pp. 83-84).

Por su parte Monika FROMMEL (1981, pp. 217-218) resalta que se ha de considerar el contexto en que Radbruch hace sus imputaciones al positivismo y el fin que con ello perseguía: que recayesen condenas por los crímenes bajo el nazismo, al margen de la exculpación por obediencia, etc.

7. Frente a ella, defensas del positivismo, basadas, por ejemplo, en argumentos epistemológicos (así TOPITSCH 1963, p. 1: “ni las más temibles consecuencias prácticas proporcionan argumento alguno contra la verdad de una afirmación científica”), tuvieron escaso eco. Aunque OTTE (1979, p. 9) dice que la de FRANSSSEN (1969) es la primera defensa, en el terreno jurídico, del positivismo frente a las referidas acusaciones, ya FLUME (1967, pp. 12-13) había mostrado que la fidelidad al positivismo habría supuesto un obstáculo y no una ayuda para la imposición del derecho nazi.

8. Así, SPENDEL 1984, pp. 5 ss; LAMPE 1988, pp. 11-12. Tal condena suele basarse en una versión superficial e indiferenciada del positivismo, que no hace distinción entre el positivismo de, por ejemplo, Laband o Kelsen. Más matizada es la respuesta de OTT (1976, pp. 180-183), sobre la base de diferenciar diez tipos de doctrina positivista y su hipotética actitud ante un derecho aberrante.

El destino del positivismo jurídico en este siglo se presenta totalmente paradójico. Como explica ROSENBAUM (1972, p. 151) en la época de Weimar los teóricos conservadores lo acusaban de escepticismo y nihilismo, y de propiciar un liberalismo y pluralismo exentos de límite o control; tras 1933, tales quejas se elevan a oficiales; después de 1945 se le acusa, por el contrario, de haber servido para la eliminación del liberalismo, la democracia y el parlamentarismo. Y MAUS (1986a, p. 45) va más allá y resalta cómo la doctrina sustancializadora que sirvió, bajo el nazismo, para la destrucción de los presupuestos positivistas del Estado de derecho jurídico-formal, se utilizó tras 1945 para atacar al positivismo formalista como responsable del nazismo, estableciendo de nuevo un hiato entre democracia y Estado de derecho. Al mismo tiempo, tratando de distinguir por el contenido entre un derecho legítimo y otro ilegítimo, se pierde así de vista el criterio adecuado, positivista, que permitía negar la legitimidad o la validez al derecho del nazismo: el criterio formal-democrático, con arreglo al cual el legislativo no puede delegar globalmente su función en el ejecutivo, como ocurrió en aquel régimen.

Por lo que se refiere a la situación en tiempos de la República de Weimar, son muy abundantes los testimonios e indicios de que el positivismo jurídico-formal, con su carga complementaria de relativismo filosófico, en la línea por ejemplo de Kelsen, Thoma o Radbruch<sup>9</sup>, ni era mayoritario en la doctrina ni era seguido en la práctica judicial. En cuanto a esto último, una actitud positivista guiada por el principio "la ley es la ley" habría evitado la "justicia política"<sup>10</sup>, tan abundante en la era de Weimar, y no se habría producido la erosión de la sumisión judicial a la ley, que halló su máxima expresión, casi caricaturesca, en sentencias como la que se siguió del proceso contra Hitler, o en flagrantes vulneraciones del principio de igualdad ante la ley en función de la orientación política de los hechos inculcados<sup>11</sup>. Más bien ocurría que la actitud de los jueces se camuflaba con el ropaje del positivismo, pero iba en contra de los principios democráticos y parlamentarios que subyacían, al menos, al tipo de positivismo al que nos estamos refiriendo (ROSENBAUM 1972, p. 146). Así, ROTTLEUTHNER (1987, pp. 377 ss.) ofrece seis indicios distintos de esa postura antipositivista de la judicatura. Y el propio Radbruch lo habría reconocido implícitamente al argumentar en contra del debatido *Prüfungsrecht* o examen de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces, alegando el antirrepublicanismo imperante entre la judicatura alemana de ese tiempo y su escaso

---

9. Sobre la relación en esos autores entre positivismo, relativismo y defensa de la democracia, FRIEDERICH 1977, p. 175.

10. La obra clásica sobre el tema es HANNOVER/HANNOVER-DRÜCK.

11. Véase MÜLLER 1989, pp. 19 ss.

respeto hacia el sistema parlamentario (MÜLLER 1979, p. 318; CRUZ VILLALÓN 1987, p. 88). Como dice FRANSSEN (1969, p. 766) ese positivismo relativista al que se imputa la responsabilidad habría servido, de predominar, para evitar el crédito otorgado entre los jueces y juristas a las pretensiones de verdad y absoluto contenidas en tan “primitivas ideologías” como el nazismo, con su exaltación de quimeras jurídico-metafísicas tales como superioridad racial, pueblo, comunidad nacional germana, “sangre y suelo”, etc.

Ese antipositivismo práctico de la judicatura se corresponde con la supremacía de idéntica orientación en la doctrina. En ésta era claramente minoritario el positivismo jurídico formal e imperaba, en cambio, un positivismo estatalista de índole autoritaria, sustancializador de la idea de Estado y que partía de la unidad metafísica entre moral, Estado y derecho. Esa proclamación de fe en la superioridad moral de la idea de Estado estaría justamente en las antípodas de cualquier positivismo relativista. No estamos ante *Rechtspositivismus*, sino ante *Staatspositivismus*<sup>12</sup>. La ideología frecuente en jueces y teóricos no era la del primero, sino la antidemocrática y estatalista del Estado guillermino<sup>13</sup>. De ahí las conocidas expresiones, en 1921, del presidente de la Unión judicial alemana, ante el derecho del nuevo régimen parlamentario: “ha decaído toda majestad, también la majestad de la ley”. Ese estatalismo veía en el derecho la expresión de una realidad orgánica superior y previa, de la cual la ley no era fuente, sino medio de conocimiento, y que no podía ser alterada por coyunturales mayorías parlamentarias. La soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado. No se está ante un Estado de derecho, sino ante un derecho del Estado. Para ese modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un *Führer* que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos.

Menos aún parece que se pueda sostener seriamente que el positivismo dominara entre los juristas a partir de 1933. El positivismo legalista es el blanco predilecto de los ataques de Schmitt, Larenz, Lange, Forsthoff y

---

12. La más tajante diferenciación doctrinal y política de esos dos tipos de positivismo, el primero de los cuales, minoritario, estaría representado por Kelsen, Thoma o Radbruch, puede verse en MÜLLER 1979, pp. 309 ss. También WALTHER 1989, pp. 325-334; SCHEFOLD 1984, p. 70.

13. Véanse las matizadas consideraciones que sobre la interrelación entre II Reich y Escuela Alemana de Derecho Público y sobre la función legitimadora de los postulados metodológicos de ésta ofrece ESTEVEZ ARAUJO (1988, p. 74-92).



tantos otros, que lo tachan de ideología judaica y producto del liberalismo y el individualismo (KAUFMANN 1984, pp. 189-190)<sup>14</sup>.

Ese ataque al positivismo jurídico-formal no era gratuito. Los críticos eran conscientes de la recíproca imbricación entre ese tipo de positivismo y la efectividad de ciertas garantías formales de procedimientos y derechos básicos, garantías que, de haberse respetado en clave positivista, habrían impedido considerar válidas y aplicables gran número de disposiciones jurídicas. Bajo el nazismo los juristas aplican la idea de ley, supuestamente positivista, a disposiciones que bajo la óptica positivista no serían leyes, sino "meras decisiones ejecutivas" (por ejemplo, las llamadas "leyes del gobierno"<sup>15</sup>). Como dice LUHMANN (1981, p. 432), los constantes atentados legales contra la Constitución de Weimar, no derogada formalmente, habrían llevado a juristas de formación positivista a bloquear por inválidas la operatividad de tales normas. Porque no es cierto que el positivismo sea plenamente ajeno e inmune a criterios valorativos en relación con las normas. Rechaza la posibilidad de fundamentar la verdad de los juicios de valor acerca de sus contenidos, pero en su apelación a las formas lleva implícitos ciertos requisitos de valor. Hay una interrelación entre valores y procedimientos. A la validez formal de la ley subyace la idea de su legitimación democrática, como quedó claro en la defensa del parlamentarismo, en tiempos de Weimar, por positivistas como Thoma, Kelsen o el mismo Radbruch (FRANSSSEN, p. 768; MAUS 1989b, pp. 209 ss.). Ese positivismo deriva la racionalidad material de la ley únicamente a partir de la forma democrática de organización del procedimiento legislativo. Su formalismo es su modo de asegurar la democracia y de liberarse de la imposición antidemocrática de cualesquiera verdades pretendidamente absolutas (MAUS 1986, p. 36-37).

14. Me parecen forzadas las analogías que, dejando a salvo las diferencias políticas, traza LA TORRE (1988, pp. 2 ss.) entre las doctrinas jurídicas de Kelsen y Larenz, en lo relativo, por ejemplo, a lo que en ambos sería "total subordinación del individuo respecto del ordenamiento jurídico". Tales emparentamientos resultan superficiales y engañosos, pues desatienden un dato básico: lo que en Larenz es designio político y "moral", en Kelsen es únicamente premisa epistemológica de la ciencia jurídica, pero dejando a salvo cualquier sometimiento de la autonomía moral de los sujetos, propósito este último que era determinante de la actitud de los teóricos jurídicos del nazismo.

15. De 1933 a 1945 el Reichstag aprobó sólo 9 leyes, mientras que como "leyes del gobierno" funcionaron en el mismo período 4.500 (MAUS 1989, p. 84). Precisamente la transmisión de la competencia legislativa al gobierno se realizó por la vía inconstitucional de la *Ermächtigungsgesetz* de 24 de marzo de 1933. Sobre su carácter formalmente inconstitucional véase SCHNEIDER 1961, pp. 37 ss.; DANNEMANN 1985, pp. 3 ss.; MAJER 1987, pp. 64-73; REVERMANN 1959, pp. 108-141.



En cuanto a la práctica judicial bajo el nazismo, su poco empacho en vulnerar hasta el más claro tenor literal de las normas positivas queda claro con un solo ejemplo: la propia Administración nacionalsocialista hizo llegar a los jueces, mediante las famosas *Richterbriefe*<sup>16</sup> la reconvención por su tendencia a aplicar penas superiores a las legalmente tipificadas para ciertos delitos (SIMON 1985, p. 113). Así, abundaron los casos de pena de muerte por delito racial (*Rassenschande*), para el que la norma sólo establecía penas privativas de libertad. ¿Encaja esa práctica con el supuesto respeto al principio positivista de que "la ley es la ley"?

En contra de las imputaciones al positivismo se puede alegar también la presencia de un pensamiento iusnaturalista operante bajo el nazismo. Hubo un iusnaturalismo expreso, por obra de autores como Dietze (MEINCK 1978, pp. 199 ss.; LANGNER 1959, pp. 79 ss.). Pero se ha dicho, además, que el modo de pensamiento jurídico del nazismo se asemeja estructuralmente con las formas tradicionales del iusnaturalismo. Las diferencias sólo estarían en los matices racistas y organicistas de la idea de naturaleza que se manejaba (SCHILD 1983, pp. 439, 450).

De ahí que si se habla de positivismo bajo el nazismo será, todo lo más, de lo que llama Kaufmann un "positivismo legalista pervertido", que exigía obediencia de las leyes del nazismo, pero que se transformaba en iusnaturalismo al afirmar la superioridad del ordenamiento nazi sobre la ley liberal-democrática (KAUFMANN 1987a, pp. 30-31).

En mi opinión, de cuanto se lleva dicho se desprenden buenas razones para reivindicar una amplia dosis de formalismo en la práctica jurídica, con la correspondiente secuela de seguridad jurídica, tal como la defendía Radbruch. De la tensión entre seguridad jurídica y justicia, omnipresente en dicho autor, podemos decir en favor de la primera que su garantía lo será para todos, mientras que en una sociedad plural la imposición antiformalista de una idea de justicia material, al margen de los procedimientos mayoritarios de libre decisión, será siempre a costa de la opresión de otros sistemas de valores. Sólo la justicia formal, traducida en igualdad ante el derecho, en formas y procedimientos de decisión jurídica valorativamente neutros (al margen de los valores participativos cuyo respeto es condición de posibilidad del efectivo funcionamiento de esos procedimientos), garantiza unos mínimos de respeto y dignidad de todos los miembros del grupo social<sup>17</sup>.

16. Véanse la selección de tales "cartas" recogida en STAFF 1978, pp. 67-91.

17. Para Rottleuthner rige en la cultura jurídica liberal el siguiente principio: "cuando faltan criterios decisorios se han de fundar procedimientos y competencias" (ROTTLEUTHNER 1983, p. 28). En opinión de KRIELE (1983, pp. 215 ss.) el nazismo se vio facilitado por una

Por contra, proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva (DICKHUTH-HARRAS 1986, p. 326), lo que es tanto como liquidar la autonomía ética de cada individuo (MAUS 1989b, p. 192).

Precisamente el nazismo entendía formalismo como antítesis de justicia, en la conciencia de lo que se ha llamado “la función protectora de la forma”. Por eso, juristas nazis, como Höhn, reconocían que la *Wertfreiheit* del positivismo es sólo aparente, pues le subyace un programa político de corte individualista, incompatible con el pensamiento colectivista (DICKHUTH-HARRAS 1986, pp. 330-331). Ahí radica la paradoja: el formalismo se nos aparece como la última garantía de la moralidad del derecho, de su “racionalidad interna” (WEINRIß 1988), mientras que la moralización del derecho al margen o por encima de sus formas, sirvió para crear y aplicar el más injusto e inmoral de los derechos de este siglo. Un derecho formalista puede ser injusto; un derecho antiformalista puede fácilmente acabar en una perversión de lo jurídico. Como dijo Heinrich Laube, “la tiranía de las formas es terrible; pero fuera de las formas no hay más que la barbarie”<sup>18</sup>.

Para cerrar este apartado de la relación entre positivismo y obediencia a la ley inicua, conviene citar las palabras que, en otro contexto, sostuvo Georges Vedel, y que son el mejor antídoto contra la utilización del positivismo como excusa de obediencia. Ser positivista o iusnaturalista -dice Vedel- no cambia gran cosa en cuanto a la actitud de un hombre honesto ante la ley inicua; “no cambia nada en cuanto a la dificultad de definir la iniquidad; no cambia nada en cuanto al deber de resistirla (...) El juez que se ve en la tesitura de aplicar la ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula, si es iusnaturalista”. Pero ninguno, honestamente, la aplicaría (VEDEL 1990, p. 70)<sup>19</sup>.

---

"filosofía moralizante del Estado", en detrimento de una filosofía estatal "jurídico-institucional": no interesaba tanto el mantenimiento de las *formas* jurídicas y estatales, el respeto de ciertas reglas de juego, cuanto la realización de ciertos contenidos o principios políticos o morales, importando más el fin que el medio procedimental para conseguirlo. Ese habría sido el error de la cultura jurídico-política de la época previa al nazismo, pues el aseguramiento y respeto de ciertos principios y reglas formales habría podido evitar los desmanes materiales. En democracia, y esa sería, según Kriele su especificidad, ningún tipo de precepto o consideración moral o política puede reemplazar al imperio de la ley, a la sujeción de los poderes bajo el derecho, única forma de que los derechos de los sujetos estén por encima de los designios de los gobernantes. Véase también OTT 1976, pp. 189-190, BARATTA 1968, pp. 343 ss.

18. Citado en SPENDEL 1985, p. 195.

19. En sentido similar, BARATTA 1968, p. 330. También OTT 1976, pp. 184 ss.

## EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO NACIONALSOCIALISTA

Las acusaciones contra el positivismo por su supuesta propensión a ver derecho válido en cualquier norma creada con arreglo a las pautas formales del propio ordenamiento, parten a menudo de tesis iusnaturalistas o, si no, del establecimiento de límites valorativos a los contenidos posibles de las normas válidas. Tómense, como ejemplo de esto último, las tesis de Radbruch: un derecho puede ser injusto sin perder su validez; pero existen unos límites supralegales cuya vulneración por un ordenamiento lo transforma en derecho nulo, en no derecho. Ahora bien, esos límites no los proporciona ningún principio inmutable derivado de la naturaleza, sino que están establecidos por lo que la conciencia común de la humanidad en cada época considere como derechos humanos básicos e intangibles. Y el llamado a hacer efectivo ese común sentimiento humano de justicia será el juez, servidor de la justicia antes que de cualquier otra regla (RADBRUCH 1973b). De ahí que, para Radbruch, los jueces hubieran debido negar validez al derecho del nazismo que atentaba contra esos derechos y esa dignidad básica de las personas, así como contra el mínimo de igualdad de trato y generalidad normativa inserto en toda justicia posible.

No es el de Radbruch iusnaturalismo en el sentido tradicional de afirmación de principios naturales inmutables. Pero su objeción a la validez de aquel derecho se apoya de modo preponderante (al margen de las alusiones a la radical injusticia de un derecho que para nada respeta el binomio generalidad de la ley-igualdad ante el derecho) en consideraciones atinentes al contenido material de justicia de las normas. Y con ello nos encontramos de lleno ante los problemas del cognitivismo ético y la discusión sobre la posibilidad o no de fundar la superioridad racional y verdadera de un sistema moral sobre otros. ¿Qué ocurre si ese juez al que apela Radbruch está sinceramente convencido de la bondad de aquel derecho que a nosotros nos espanta?<sup>20</sup> ¿Qué ocurre en el supuesto hipotético de que

---

20. Ese argumento, curiosamente, fue utilizado por la jurisprudencia de postguerra para exonerar a muchos de esos jueces de responsabilidad penal por sus sentencias de muerte, incluso en los casos en que no era esa máxima pena la legalmente prevista. No habrían prevaricado, pues sus convicciones nazis les hacían pensar que obraban correctamente, con lo que faltaba el dolo directo que, curiosamente, se exige en estos casos (y no en otros de orientación política inversa) para este delito. Semejante construcción jurisprudencial ha despertado enormes críticas. Véanse especialmente, de entre la abundante literatura, los libros de SPENDEL 1984; RÜCKERL 1984; JUST-DAHLMANN 1988. En cuanto a artículos, entre los más críticos están los de DIESTELKAMP 1986 y DENCKER 1985.

el grupo social consienta y dé su apoyo a tales prácticas?<sup>21</sup> No podemos olvidar que también el nazismo se pretendía hacedor de la justicia material y hasta del derecho natural<sup>22</sup>.

El problema, pues, pasa a ser el de establecer desde qué sustento teórico o doctrinal podemos mantener el rechazo del carácter jurídicamente válido del derecho nazi, sin sucumbir ante la objeción relativista de que únicamente están en juego sistemas valorativos opuestos, cuya superioridad respectiva es indemostrable. Prescindo aquí de todo intento iusnaturalista del género de los acontecidos tras 1945, pues, como ya quedó dicho, son perfectamente simétricos, en cuanto a la gratuidad de sus fundamentaciones efectivas, con las apelaciones valorativas y metafísicas de la doctrina jurídica del nazismo. Más fructífero sería el cotejo con las éticas cognitivistas de nuestro tiempo, especialmente con la ética discursiva de Habermas o Apel, pero nos saldríamos de los límites de este estudio. Me quedaré, por tanto, en el terreno de la filosofía jurídica, a la búsqueda de una doctrina que fundamente la invalidez de aquel derecho en razón de sus propios caracteres intrínsecos o estructurales, al margen, incluso, del juicio moral sobre el contenido de sus normas<sup>23</sup>.

---

21. "No existe ninguna garantía, ni siquiera probabilidad, de que la moral que los respectivos jueces o ciudadanos incorporen en su concepto de derecho sea efectivamente una moral 'ilustrada'" (HOESTER 1986, p. 2482).

22. Como dice ROTTLEUTHNER (1989, pp. 304-305), "sería ingenuo esforzarse en pro de un iusnaturalismo, cuando también los nazis se acogieron a un derecho natural del pueblo; sería ingenuo invocar la justicia, cuando casi ningún dicho se utilizó por los nazis tan a menudo como *iustitia fundamentum regnorum*".

23. La problemática general de la validez o no del "derecho" nazi, de su condición como auténtico derecho o como una realidad distinta, está implícita también en la polémica, contemporánea a los últimos años del nazismo, entre Ernst Fraenkel y Franz L. Neumann. Ambos parten de un concepto de derecho dotado de ciertos ineludibles rasgos formales: principalmente la generalidad de la ley y, derivadamente, el consiguiente margen de libertad personal y seguridad garantizada por esos términos generales y conocidos de la norma, así como el margen de independencia que le aseguran al juez esos mismos caracteres formales del ordenamiento. Siguen a Weber al situar en la nota de previsibilidad una característica esencial del derecho formal moderno. Ahora bien, para Fraenkel el Estado nazi sería un caso de *Doppelstaat*, de Estado con doble naturaleza: sería *Normenstaat* y *Massnahmenstaat*, esto es, un Estado en el que existe una estructura formal de carácter jurídico, pero que sirve en última instancia a la arbitrariedad de las órdenes y las medidas individuales de los detentadores del poder. El margen de previsibilidad y cálculo asociado a la existencia de normas serviría únicamente para hacer posible el funcionamiento de la economía capitalista. Por contra, para Neumann, bajo el nazismo no habrían existido realmente ni derecho ni Estado, sino realidades normativas y organizativas de otra índole. No se daría Estado, sino *Unstaat*, *Behemoth*. La ley general habría sido reemplazada por un sistema de compromisos puntuales entre los actores sociales dominantes (partido, economía, burocracia y ejército), compromisos que no se expresaban en verdaderas normas jurídicas, sino en reglas técnicas. Estas, no poseen la nota de generalidad ni sirven al aseguramiento de un mínimo de libertad, sino que son mero vehículo

Los propios tratadistas alemanes actuales son conscientes de la dificultad de la objeción relativista<sup>24</sup>. Así, Simon, al interrogarse sobre si los jueces nazis eran o no independientes (con arreglo al art. 1 GVG -"El poder judicial es ejercido por tribunales independientes, sometidos únicamente a la ley"- vigente desde 1877 y que siguió estándolo tras 1945), sostiene que bajo nuestra óptica no lo eran, pero probablemente bajo la suya sí, y la divergente respuesta sería fruto de un cambio histórico en los sistemas valorativos. Y, más aun, explica que también nuestros Estados actuales usan el poder judicial para defenderse contra los ataques a sus instituciones y sus fundamentos; y que tampoco nosotros apoyaríamos al juez que en sus sentencias busca imponer su sentido personal de justicia por encima de esa orientación general de la política estatal, como pretendemos que hubieran hecho los jueces bajo el nazismo. Puestas así las cosas, la diferencia dejaría de radicar en la legalidad y se situaría en la legitimidad del régimen político, como condicionante de la validez de aquella. Nuestros regímenes poseerían mayor legitimidad, pero ¿cómo afrontar la objeción de que "no podemos *saber* realmente si nuestras convicciones son las justas?"<sup>25</sup> Simon parece apuntar para el dilema una salida similar a la que veremos: "cuando decae la garantía de la legalidad, las acciones y conductas de los sujetos se convierten en acciones morales o inmorales, y como tales deben ser valoradas" (SIMON, 1985, p. 116). Cuando el derecho se niega a sí mismo, no velando por la aplicación de sus propias previsiones, hemos dejado de tener derecho como principio común de dirección social y sólo nos queda la lucha de valores contrapuestos en el terreno moral. El derecho ya no servirá ni como coartada de obediencia, puesto que se desobedece a conveniencia, como hemos visto que hacían los jueces nazis.

En esa misma línea, Rottleuthner ve la salida al problema del relativismo, en lo que se refiere a fundamentar la invalidez del derecho nacionalsocialista, en construcciones del tipo de la de Fuller sobre la "moral interna

---

de órdenes, tienen una dimensión meramente instrumental y carecen de cualquier "mínimo ético" immanente. Ni siquiera el funcionamiento del sistema económico estaría regido por un auténtico derecho, con sus caracteres formales mínimos, como sostenía Fraenkel. Para Neumann, la norma jurídica era aquí sustituida por un sistema de compromisos o acuerdos informales entre los grupos de poder y para los cuales el derecho era más un obstáculo que un apoyo (sobre todo ello LUTHARDT 1983).

24. "Cada época ha de medirse con la vara de sus posibilidades. Así, el modo nacionalsocialista de entender la seguridad jurídica no debe ser desterrado *por el simple hecho* de que no se corresponde con nuestra actual manera de verla, orientada a la Constitución y que refleja las experiencias históricas de los años 1933-1945" (DICHHUTH-HARRAS 1986, pp. 5-6). "La historia del derecho no puede dividirse hacia atrás de tal modo que las fases que se contradigan con el sistema valorativo del presente se equiparen sin excepción a la prevaricación" (SCHROEDER 1988, p. 392).

25. SIMON 1985, p. 115. Sobre lo anterior, pp. 110, 114.

del derecho”. En interpretación de Rottleuthner, la doctrina de Fuller plantea “exigencias que el legislador ha de respetar, si quiere asegurar la función social de un ordenamiento jurídico, esto es, la orientación de la acción social por medio del derecho” (ROTTLEUTHNER 1987, p. 388)<sup>26</sup>.

El propio Rottleuthner enumera algunos caracteres de aquel derecho que chocan con esos presupuestos lógicos y prácticos de todo ordenamiento (ROTTLEUTHNER 1987, pp. 388-389). Veamos una enumeración más amplia de algunos de esos caracteres o prácticas de tal derecho y que parecen incompatibles con la existencia real, efectiva y funcional de un auténtico ordenamiento jurídico que sea algo más que ropaje de la fuerza desnuda y arbitraria, la misma que imperaría de idéntica forma sin derecho.

a) Se atenta contra el principio de igualdad ante la ley. Ese valor constitutivo de la mínima idea de justicia inherente a todo derecho, que Radbruch resaltara y que sigue mostrándose esencial<sup>27</sup>, es sustituido por una práctica jurídica que hace primar sobre el tenor legal la ubicación racial y social de los individuos. No sólo se generó un “derecho especial”, basado en la desigualdad racial, sino que se aplicaron normas generales no discriminatorias, como las contenidas en BGB, entendiendo que la reserva de discriminación racial era inmanente a la esencia misma de todo derecho vigente, de modo que se imponía dicho trato diverso por vía interpretativa, incluso contra la letra misma de la ley (MAJER 1987, pp. 156 ss.; LA TORRE 1987, pp. 623 ss.). Todo ello está en íntima conexión con los ataques a la idea de generalidad de la ley (MEINCK 1978, pp. 193 ss.).

b) La seguridad jurídica quedó irremisiblemente dañada por una práctica jurisprudencial que no respeta el texto legal y que atiende prioritariamente a criterios políticos a la hora de emitir sus decisiones, constituyéndose en caso paradigmático, aunque políticamente perverso, de “uso alternativo del derecho”. Para ello no duda en estirar hasta el infinito los términos legales, cayendo en lo que se ha denominado la “interpretación sin límite”, en anteponer las consideraciones de justicia material a las garantías formales y los textos de la ley, en proclamar un casuismo en detrimento de la generalidad en la aplicación de las normas (BOCK 1984, p. 145; MAUS 1983, p. 29), en abusar de la contraposición entre ley y derecho (HATTENHAUER 1989, pp. 26-27, 30), en llevar a cabo un uso incontrolado de los recursos

---

26. En el mismo sentido ROTTLEUTHNER 1989, pp. 305-306.

27. Así, dice DWORKIN (1990, p. 44, 44-45) que “el primer derecho político de la gente” es “el derecho a un orden público que les trate como a iguales”, y que el reto que se plantea a los jueces es el de “hacer que los criterios que gobiernan nuestras vidas colectivas sean articulados, coherentes y efectivos”.



de la argumentación jurídica (WESEL 1983, p. 143), etc. Con ello quedan patentes, de paso, las virtualidades beneficiosas de un cierto positivismo y formalismo también en la aplicación judicial del derecho, aquel cuyas pautas no garantizan una única solución correcta, por causa de la naturaleza del lenguaje legal y de otras razones bien conocidas, pero que, al menos, no permite cualesquiera decisiones como compatibles con las normas<sup>28</sup>.

c) Del mismo modo, la inexistencia de seguridad jurídica como previsibilidad y seguridad de obrar para los ciudadanos se manifiesta en la existencia de derecho secreto, emanado directamente del *Führer* y tenido por superior en la escala normativa, o con la aplicación retroactiva de normas sancionatorias, o con el frecuente uso de la analogía y la interpretación extensiva en derecho penal, o con el incumplimiento de sentencias, habiéndose llegado a reconocer a la Gestapo la posibilidad de “corregir” los fallos de los tribunales que se estimasen demasiado blandos con los encausados, cuestiones todas ellas suficientemente conocidas y documentadas.

d) En el plano procesal, desaparecen la mayoría de las garantías para los procesados. El proceso se configura como no contradictorio, abundando los casos de acusación coordinada entre fiscal y abogado “defensor”, pues no en vano los abogados juraban como su primer y fundamental deber la fidelidad al *Führer* y al partido<sup>29</sup>. Además, no se admitía recurso contra decisiones en única instancia del *Volksgerichtshof* y los tribunales especiales, y no se respetaba el principio *non bis in idem*. Por lo demás, tampoco se daban las condiciones mínimas que posibilitan la independencia judicial, pues a las presiones políticas y a la propia proclividad partidista de la mayor parte de la judicatura se sumaba una práctica legislativa plagada de cláusulas generales y conceptos indeterminados. Como explica MAUS (1986a, p. 44) el carácter “informal” de las normas jurídicas, con su imprecisión e indeterminación, hace imposible cualquier auténtica vinculación del juez a la ley, con lo que -siguiente consecuencia- se pierde también la base de la independencia judicial y se facilita la consigna de que esas leyes de

---

28. Quizá esa sea la utilidad mejor de la metodología jurídica: proporcionar seguridad, haciendo la decisión previsible o, al menos, descartando ciertas decisiones, allí donde el lenguaje normativo no determina plenamente la decisión posible. Sin embargo, RÜTHERS (1973, pp. 181 ss., 442-443) se muestra escéptico sobre esa utilidad de la metodología, a la luz precisamente de las experiencias bajo el nazismo, y resalta la gran capacidad de todos los métodos interpretativos para adaptarse y servir a las exigencias del régimen político de turno. Sobre los nocivos efectos de las doctrinas metodológicas antiformalistas, en cuanto precursoras del antilegalismo de la metodología jurídica nacionalsocialista, BEHRENDTS 1989.

29. Sirva como ejemplo el dato de que ante el *Volksgerichtshof* el abogado debía ser aprobado por el Presidente del Tribunal (RÜPING 1985, p. 988).

contenido impreciso se interpreten con arreglo a los principios del nazismo. Se pasó del sometimiento a la ley a la vinculación a valores, y se elimina con ello la interrelación, que el positivismo recalca, entre independencia judicial y sometimiento a la ley (MAUS 1983, p. 180-181). Esa sería la funcionalidad "antinormativa" de las cláusulas generales.

e) Todo ese autosabotaje del derecho<sup>30</sup> se sintetiza en lo que se ha denominado la "carencia planificada de estructura" (*geplante Strukturlosigkeit*) (SCHULTE 1985, p. 335). Prácticas como las reseñadas, o como la ausencia de un sistema definido y jerarquizado de fuentes del derecho, formando eso que Rottleuthner llama "masa amorfa de fuentes del derecho", entre las cuales la elección parece ser en cada caso arbitraria (ROTTLEUTHNER 1983b, p. 257), la no separación de poderes ni de funciones, el solapamiento personal, legal y competencial entre Administración pública y partido, etc., aparecen como medios para que la inseguridad consiguiente no permita a los ciudadanos ninguna expectativa fiable, y con ello, ninguna expectativa tampoco sobre la forma de cambiar el sistema o moverse dentro de él al margen de los círculos del partido y el poder.

¿Contravienen esos caracteres las notas estructurales que, según Fuller, todo ordenamiento ha de mantener en una cierta medida para que pueda ser coherentemente denominado jurídico? Tales notas serían ocho<sup>31</sup>: todo derecho ha de contener normas generales, las normas han de ser publicadas, los casos de retroactividad han de ser los menos posibles, las normas deben ser comprensibles, no han de ser contradictorias, no tienen que pedir lo imposible, no deben ser modificadas demasiado frecuentemente y debe existir congruencia entre el contenido de las normas y su administración pública, de modo que los ciudadanos puedan atenerse a ellas (FULLER 1967, p. 49).

Téngase en cuenta que la línea que apunta Fuller es crítica con el positivismo en cuanto que éste trata de mantener la separación conceptual entre derecho y moral, desconociendo la dimensión de moralidad constitutivamente interna a todo derecho. Pero coincide con el positivismo en la

30. Los personajes del régimen poseían una clara conciencia del alcance de sus tácticas jurídicas. Así, hablaba Freisler de la necesidad de "contrapesar la persistencia en el derecho legal por medio de la ley misma" (citado en MAUS 1983, p. 180).

31. Para PEREZ LUÑO (1991, p. 22) esas ocho condiciones que establece Fuller equivalen todas ellas a "exigencias de seguridad jurídica". El mismo autor sistematiza una serie similar de requisitos de la seguridad jurídica (ibid. pp. 23-27).



negativa a ver en un derecho natural<sup>32</sup>, por encima del derecho positivo, la solución para el dilema de la validez y obediencia del derecho aberrante<sup>33</sup>. Igualmente, se muestra en desacuerdo con las apelaciones de Radbruch a un “derecho supralegal” (FULLER 1986, p. 101).

Para Fuller el “derecho nazi no perdió su condición de derecho por la razón principal de su injusticia material, sino por causa de incongruencia estructural; no por el atentado del contenido de sus normas contra principios materiales de justicia, sino contra las condiciones funcionales de posibilidad del derecho, contra su razón de ser, contra ‘las condiciones indispensables para la existencia de derecho’. Un derecho que en su estructura misma (por secreto, por retroactivo, etc.) destruye las condiciones de su propia efectividad y función social de dirección de conductas, seguridad y ordenación de interrelaciones, es un derecho que deja de ser tal”. A esas condiciones de posibilidad del derecho es a lo que denomina moral interna del derecho. En su vulneración caben grados, que son los mismos en cuya medida ese ordenamiento pierde la cualidad de derecho (FULLER 1967, p. 52).

Fuller, contrariamente a HART (1962, pp. 40 ss.), da por buena la imputación de responsabilidad al positivismo. Pero la idea de positivismo que maneja es indiferenciada, como muestra su afirmación de que era el movimiento jurídico claramente imperante en Alemania desde principios de siglo (FULLER 1986, p. 101). No distingue entre el positivismo estatalista y el jurídico formal. Y ya hemos visto que el primero, el realmente mayoritario, sí que puede verse, por su orientación autoritaria y mistificadora de la realidad estatal y la comunidad nacional, como caldo de cultivo de la doctrina y el derecho nazis. Fue el positivismo jurídico formal, en cambio, el que recibió los ataques tanto en Weimar, en el nazismo y tras 1945. Pero ese positivismo formalista es el que aquí he reivindicado como garantía frente a aberraciones jurídicas, y del que se ha dicho que, de haber predominado entre los juristas, no habría permitido otorgar validez, por inconstitucionales, a las normas básicas de aquel ordenamiento, ni habría originado sentencias ilegales, ni derecho secreto o retroactivo, etc. Y ese positivismo creo que es perfectamente compatible con las aserciones de Fuller.

---

32. Las acusaciones hacia Fuller por iusnaturalista han de matizarse. Fuller califica su doctrina, en la medida en que pueda entenderse como iusnaturalista, como iusnaturalismo procedimental, y no sustancial, que parte de la tesis de la cualidad moral de las formas jurídicas (Vid. NICHOLSON, p. 311).

33. Así, Fuller coincide con Hart expresamente en la defensa de la legalidad contra su vulneración en nombre de un derecho natural o en aras de la consideración subjetiva de la inmoralidad de su contenido (FULLER 1986, p. 100).

Así, la aplicación por los tribunales del derecho preestablecido, en lugar de violarlo para crear arbitrariamente las normas que sus inclinaciones morales o políticas les dicten para cada caso<sup>34</sup>, es parte de la moral interna del derecho, es decir, de las notas estructurales de su razón de ser o sentido. Según Fuller, los más claros atentados contra la moral interna del derecho en la era de Hitler tuvieron lugar (además de por la existencia de derecho secreto y de derecho sancionador retroactivo) por la vía de la violación de las formas legales siempre que eran políticamente inconvenientes, lo cual ocurría principalmente mediante la violación del principio de legalidad por la judicatura, en aras de una jurisprudencia claramente política (FULLER 1986, p. 98). Y aunque Fuller no lo mencione, podemos resaltar que tanto o más determinante fue la violación de los controles formales de validez de las normas, principalmente mediante leyes inconstitucionales, cuya legitimidad y legalidad se quiso salvar, en el caso de las más importantes, mediante aquel engendro teórico denominado "revolución legal" (DANNEMANN 1985; MEYER-HESEMANN 1985).

Así, tenemos que la solución apuntada por Fuller, a la que Rottleuthner se acogía, nos presenta una nueva salida para el problema de la validez del derecho nacionalsocialista. Si cualquier apelación a la injusticia como razón de invalidez tropieza con la objeción del relativismo valorativo, esta propuesta de Fuller opera sobre terreno menos inestable. El derecho que hoy parece injusto pudo parecer justo ayer a una mayoría de ciudadanos o puede seguir pareciéndolo hoy a alguno, con la correspondiente dificultad de fundamentar la superioridad moral de uno u otro sistema de valores, dificultad típica del iusnaturalismo. Ahora bien, las razones que hacen absurdo un derecho no parecen tan dependientes del cambio de los tiempo o las opiniones. Si el derecho es algo más que mero ejercicio descarnado de la fuerza, si es poder sometido a un orden y no mero orden resultante de un poder entendido como fuerza<sup>35</sup>, ha de guardar una cierta lógica interna, no puede incurrir en lo que, en términos importados de la ética discursiva,

---

34. Por esta vía resuelve Fuller la polémica de Hart con Radbruch a propósito del conocido caso de la denunciante (vid. RADBRUCH 1973b, pp. 347 ss.; HART 1962, p. 46 ss.). Para FULLER (1986, p. 99) al tiempo de injuiciar la conducta de los jueces que dictaron la condena de muerte hay que tener en cuenta que lo decisivo no es que vulneraran un derecho supralegal ni que actuaran dentro de la legalidad positiva, sino que violaban la legalidad positiva. La clave estriba en que los preceptos que aplicaron tipificaban manifestaciones públicas (mientras que las del condenado habían tenido lugar únicamente en la privacidad del matrimonio), y no prevenían pena de muerte, sino de prisión. Y todo ello de modo tan claro que ni siquiera puede hablarse de uso de un margen de interpretación, sino de total vulneración de la norma legal.

35. Como siempre, la clave está en el concepto de derecho que se maneje. Al referirnos a Fuller no hay que perder de vista que parte de que el derecho es por definición un fenómeno moralmente positivo (vid. NICHOLSON 1973-74, pp. 316, 318-319, 322).

podemos denominar contradicción pragmática o performativa. Cuando el contenido moral externo del derecho, es decir, los contenidos valorativos de sus normas, o la disposición técnica de las mismas -antinomias, oscuridades...- contradicen esa "moral interna", impidiendo su operatividad, estaríamos ante la negación pragmática del derecho desde el derecho, ante su autodisolución. Ese sería el caso acontecido bajo el nazismo, caso distinto del de un derecho meramente injusto en sus normas, en su moral externa, el cual sigue siendo derecho, mantiene una función de orden que es más positiva que la inexistencia de derecho (NICHOLSON 1973-74 p. 321).

Si cualquiera que detente un dominio fáctico sobre nosotros puede hacer cualquier cosa de nuestra vida o nuestros bienes; si cualquier acto que hoy realicemos en la confianza de que nada nos lo prohíbe, puede conllevarnos mañana una condena por aplicación retroactiva de una norma; si cualquier vulneración de una norma que hoy nos protege puede ser mañana sanada por la acción gratuita del poderoso, etc., nos encontramos, por mucho que el poder y la dominación se disfracen de normas y se acojan a rituales, en la misma situación que si no tuviéramos derecho alguno en una tal sociedad. Si el derecho tiene un fundamento de existencia, si entre individuos racionales y autointerésados importa que haya normas jurídicas, no es para que exista cualquier forma de orden (pues para ello basta el mero ejercicio de la fuerza), sino para que exista esa forma de buen orden u orden mínimamente racional que se llama derecho, y que, en cuanto tal, genera un indispensable componente de previsibilidad de las conductas sociales, de garantías de seguridad personal y de pautas de actuación intersubjetiva<sup>36</sup>. Un derecho sin todo ello es un derecho absurdo. Y seguir llamándolo derecho es tan incongruente como lo sería, por ejemplo, seguir llamando medicina a una práctica terapéutica consistente en sortear para cada paciente entre administrarle un fármaco, un veneno o someterlo al juego de la ruleta rusa. Un derecho con normas injustas sigue siendo derecho, del mismo modo que sigue siendo medicina una práctica terapéutica que se revele errónea o fracasada. Pero un derecho secreto o con normas no destinadas a cumplirse o con garantías que no se respetan, es un sinsentido. Y el derecho nacional-socialista tuvo seguramente una buena parte de ese sinsentido que hace difícil seguir denominándolo así, si se quiere mantener una mínima coherencia con lo que en la modernidad se entiende y se vive como tal<sup>37</sup>.

---

36. Como dice REYNOLDS (1989, p. 15), glosando a Fuller, "una sociedad sin normas jurídicas no podría basarse en aquella reciprocidad que reconoce a cada uno de sus miembros una igual integridad o dignidad".

37. Ahí se sitúa el núcleo de la crítica de Fuller a la postura de Hart frente al derecho nazi. Para Hart habría sido derecho, aunque mal derecho. Para Fuller no habría sido derecho, pero no por razón de moralidad externa o injusticia valorativa, sino de incongruencia interna, de "moral interna". SOPER (1986, p. 32) sitúa el debate en el contexto adecuado cuando dice que

Que la ciencia jurídica y la filosofía del derecho lo avalasen significa bien poco al respecto: nos da testimonio de debilidades humanas y de lo descaminado de toda equiparación entre *status* académico, calidad intelectual e integridad moral.

## REFERENCIAS

- ANDERBRÜGGE, K. 1978 *Völkisches Rechtsdenken. zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin: Duncker & Humblot.
- BARATTA, A. 1968. "Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer 'naturrechtlichen' Apologie des Rechtspositivismus", en *ARSP* 54, pp. 325-350.
- BEHREND, O. 1989. "Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 34-80.
- BOCK, M. 1984. "Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus", en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 6, pp. 132-152.
- CRUZ VILLALÓN, P. 1987. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DANNEMANN, G. 1985. "Legale Revolution, Nationale Revolution. Die Staatsrechtslehre zum Umbruch von 1933", en E. W. BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg: Müller, pp. 3-22.
- DENCKER, F. 1985. "Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtsprechungsakten", en P. SALJE (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster: Regensberg & Biermann, pp. 294-310.
- DICKHUTH-HARRACH, H-J. von. 1986. "Gerechtigkeit staat Formalismus". *Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Privatrechtspraxis*, Köln, etc.: Carl Heymann.
- DIESTELKAMP, B. 1986. "Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit", en *Rechtshistorisches Journal*, 5, pp. 153-174.
- DWORKIN, R. 1990. "Retorno al Derecho 'natural'", trad. S. Iñiguez de Onzoño, en J. BETEGON, J. R. de PÁRAMO (dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel, pp. 23-45.

---

transcurre en el campo cognitivo más bien que en el moral. Una arriesgada interpretación en clave "trascendental" del hartiano "contenido mínimo de derecho natural" lleva a OST y VAN DE KERCHOVE (1988, pp. 179 ss.) a aproximar a Hart y Fuller en cuanto a la interpretación de las condiciones de posibilidad o de sentido de todo derecho. También LYONS (1986, p. 86) encuentra un paralelismo entre las tesis de Fuller y la afirmación por Hart de un principio de justicia formal implícito en el concepto de derecho.

- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. 1988. *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel.
- FRANKENBERG, G. 1987. "Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Grosse Anfrage im Bundestag", en *Kritische Justiz*, 20, pp. 88-112.
- FRANSSSEN, E. 1969. "Positivismus als juristische Strategie", *JZ*, pp. 766-775.
- FRIEDRICH, M. 1977. "Der Methoden-und Richtungsstreit", en *AÖR* 102, pp. 161-209.
- FROMMEL, M. 1981. "Die nationalsozialistische Machtergreifung im Spiegel der deutschen Rechts- und Sozialphilosophie", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. V. México: UNAM, pp. 207-218.
- FULLER, L. L. 1967. *La moral del derecho*, México: Trillas, trad. F. Navarro.
- : 1986. "Positivism and Fidelity to Law -A Reply to Professor Hart", en J. FEINBERG, H. GROSS (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont: Wadsworth, 3<sup>a</sup> ed., pp. 88-108.
- HANNOVER, H./HANNOVER-DRÜCK, E. 1987. *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten: Lamuv, (ed. original 1966).
- HART, H. L. A. 1962. "El positivismo y la separación entre el derecho y la moral", en EL MISMO, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires: Depalma, pp. 1-64.
- HATTENHAUER, H. 1984 "Von Weimar zu Hitler -'Machtergreifung', Verfassungsbruch und Kontinuität-", en *Jura*, pp. 281-295.
- : 1989. "Richterleitbilder im 19. und 20. Jahrhundert", en R. DREIDER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 9-33.
- HOESTER, N. 1986. "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus", en *NJW*, pp. 2480-2482.
- JUST-DAHLMANN, B./ JUST, H. 1988. *Die Gehilfen. Ns-Verbrechen und die Justiz nach 1945*, Frankfurt M., Athenäum.
- KAUFMANN, Arthur. 1984. "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en EL MISMO, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln, etc.: Carl Heymann, pp. 173-195.
- : 1987a. *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München/Zurich: Piper.
- : 1987b "Gustav Radbruch -Leben und Werk", en: Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Band 1 (Hr. Arthur Kaufmann), Heidelberg: C. F. Müller, 1987, pp. 7-88.
- KRAMER, H. 1983. "Aus der Vergangenheit gelernt? Zur Auseinandersetzung der Richterschaft mit der NS-Justiz", en *Justiz und Nationalsozialismus. Kein Thema für deutsche Richter? Fachkonferenz des Gustav*

*Stresemann-Institut im Jahr 1983 -Tagungsdokumentation.* Bergisch Glasbach, pp. 91-111.

KRIELE, M. 1983. "Staatsphilosophische Lehren aus dem Nationalsozialismus", en *ARSP Bhf. 18 (Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus)*, pp. 210-222.

LA TORRE, M. 1987. "Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista", en *RIFD 64*, pp. 594-658.

LANGNER, A. 1959. *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Bonn: H. Bouvier.

LUHMANN, N. 1981. "Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive", en *EL MISMO, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 419-450.

LUTHARDT, W. 1983. "Unrechtsstaat oder Doppelstaat? Kritisch-theoretische Reflexionen über die Struktur des Nationalsozialismus aus der Sicht demokratischer Sozialisten" en *ARSP Bhf. 18 (Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus)*, pp. 197-209.

LYONS, D. 1986. *Etica y Derecho*, Barcelona: Ariel, trad. M. Serra.

MAJER, D. 1987. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*, Stuttgart, etc.: Kohlhammer.

MAUS, I. 1983. "Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus", en *ARSP Bhf. 18 (Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus)*, pp. 176-196.

-: 1986a. "Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats", en *EL MISMO, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München: Fink, pp. 11-82.

-: 1986b. "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", en *Rechtstheorie 20*, pp. 191-210.

MEINCK, J. 1978. *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus*, Frankfurt M./New York: Campus.

MEYER-HESEMANN, W. 1985. "Legalität und Revolution. Zur juristischen Verklärung der nationalsozialistischen Machtergreifung als 'legale Revolution'", en P. SALJE (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster: Regensberg & Biermann, pp. 110-136.

MÜLLER, I. 1979. "Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre", en *Leviathan, 7*, pp. 308-338.

-: 1989. *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München: Knauer.

NICHOLSON, P. P. 1973-74 "The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics", en *Ethics 84*, pp. 307-331.

OST, F./ VAN DE KERCHOVE, M. 1988. *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: Presses Universitaires de France.

- OTT, W. 1976. *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage einer juristischen Pragmatismus*, Berlín: Duncker & Humblot.
- OTTE, G. 1979. "Was darf man vom Naturrecht erwarten?", en NEMBACH, Ulrich (Hrsg.), *Begründungen des Rechts*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, pp. 9-21.
- PÉREZ LUÑO, A. E. 1991. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- RADBRUCH, G. 1973a. *Rechtsphilosophie*, ed. de E. Wolf y H-P. Schneider, Stuttgart: Koehler, 8ª ed.
- : 1973b. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", recogido en RADBRUCH 1973a, pp. 339-350.
- Restauration im Recht*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.
- REVERMANN, K. 1959. *Die stufenweise Durchbrechung des Verfassungssystems der Weimarer Republik in den Jahren 1930 bis 1933*, Münster: Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung.
- REYNOLDS, N. B. 1989. "Grounding the Rule of Law", en *Ratio Juris* 2, pp. 1-16.
- RIDDER, H. 1983. "Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates", en Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Dritten Reich*, Baden-Baden: Nomos, 2ª ed.
- ROSENBAUM, W. 1972. *Naturrecht und positives Recht*. Neuwied/Darmstadt: Luchterhand.
- ROTTLEUTHNER, H. 1983. "Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus", en *ARSP* Bhf. 18 (*Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*), pp. 20-35.
- : 1983b. "Leviathan oder Behemoth? Zur Hobbes-Rezeption im Nationalsozialismus -und ihrer Neuauflage", en *ARSP* 69, pp. 247-265.
- : 1987. "Rechtspositivismus und Nationalsozialismus", en *Demokratie und Recht*, 15, pp. 373-393.
- : 1989. "Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im Nationalsozialismus", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 295-322.
- RÜCKERL, A. 1984. *Ns-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Heidelberg: C. F. Müller, 2ª ed.
- RÜPING, H. 1985. "Streng, aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof", en *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, pp. 983-994.
- RÜTHERS, B. 1973 (1ª ed., Tübingen, 1968) *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt M.: Athenäum.
- : 1987. *Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Zürich: Interfrom.
- SCHEFOLD, D. 1984. "Kontinuitäten in der Staatsrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts", en *Justiz und Nationalsozialismus. Kein Thema für deutsche*



- Richter? *Fachkonferenz des Gustav Stresemann-Institut im Jahr 1983 - Tagungsdokumentation*. Bergisch Glasbach, pp. 64-82.
- SCHELAUSKE, H. D. 1968. *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Ueberblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln: Bachem.
- SCHILD, W., "Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens", en *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983 pp. 437-454.
- SCHNEIDER, H. 1961. *Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933*, Bonn: Bundeszentrale für Heimatdienst, 2ª ed.
- SCHROEDER, F-Chr. 1988. "Der Umgang mit dem Umgang der Justiz nach 1945 mit ihrer eigenen Vergangenheit", en *Rechtshistorisches Journal*, 7, pp. 389-392.
- SCHULTE, M. 1985. "Die Gesetzgebung im NS-Staat", en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 331-335.
- SIMON, D. 1985. "Waren die NS-Richter 'unabhängige Richter' im Sinne des 1 GVG?", en *Rechtshistorisches Journal*, 4, pp. 102-116.
- SOPER, Ph. 1986. "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", en *Social Philosophy & Policy* 4, pp. 31-48.
- SPENDEL, G. 1984. *Rechtsbugung durch Rechtsprechung. Sechs strafrechtliche Studien*, Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- : 1985. "Unrechtsurteile der NS-Zeit", en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 179-198.
- STAFF, I. (Hrsg.). 1978. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt M.: Fischer Taschenbuch, 2ª ed.
- TOPITSCH, E. 1963. "Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik", en *Juristenzeitung* pp. 1-7.
- VEDEL, G. 1990. "Indéfinissable mais présent", en *Droits* 11, pp. 67-71.
- WALTHER, M. 1989. "Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im 'Dritten Reich' wehrlos gemacht?", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im 'Dritten Reich'*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 323-354.
- WEINRIB, E. J. 1988. "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", en *The Yale Law Journal* 97, pp. 949-1016.
- WELZEL, H. 1962 "Naturrecht und Rechtspositivismus", en W. MAIHOFFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 322-338.
- WESEL, U. 1983. "Denn sie wussten nicht, was sie tun. Die innere Mechanik des Rechts bei der Arbeit von Juristen und ihrem Versagen im Dritten Reich", en *Vorgänge* 64-65, pp. 134-154.



Un orteguiano en la corte de la escolástica:  
Salvador Lissarrague Novoa

Por BENJAMIN RIVAYA GARCIA  
León

Sabido es que la historia devora a sus habitantes, como que esta trágica avidez es la que da de comer (dota de contenido, quiero decir) a la otra historia. En la filosofía del derecho, claro, pasa lo mismo. Pues bien,

Casi veinticinco años es tiempo más que suficiente para intentar paliar ignorancias y descuidos, aunque prescritos, imperdonables; pues me consta que hay, en las generaciones jóvenes, quien no le conoce, quien piensa que nada escribió y quien lo encerró hace ya tiempo en el baúl de los olvidos, donde reposan los restos de los autores llamados de "segunda fila".

Con la poca legitimidad académica que otorga el ser primerizo en las lides del pensamiento, me acogeré a la (más que dudosa) sentimental de ser hijo de quien fuera alumno suyo allá en la posguerra ovetense. Pertrechado de tal guisa, no otra cosa es esto, ni otro valor tiene que el que corresponde a una

Nota necrológica tardía

I. Los primeros pasos

Salvador Lissarrague Novoa nace -como él diría- en una ciudad y un tiempo concretos: una ciudad de Europa y de España, alejada del centro madrileño y enclavada en la Galicia casi feudal de comienzos de siglo, una ciudad universitaria, Santiago de Compostela; y en un determinado momento, el 25 de enero de 1910, poco después de la pérdida de las colonias y poco antes de que el general Primo de Rivera tomara las riendas

del país, a consecuencia de la crisis monárquico-alfonsina; poco antes, también, de la gran guerra.

De familia conservadora -hijo de militar y con antecedentes universitarios por parte de madre- de seguro recibió una educación esmerada que influiría en sus posteriores preocupaciones por el hombre y la sociedad, la patria y la religión o el derecho y el poder.

En 1927 se matricula en la Facultad de Derecho de la Universidad gallega, donde recibirá las primeras influencias inmediatas que conformarán sus pasiones intelectuales y que le harán optar más tarde por la carrera académica. La impresión que le causa el joven Recaséns, recién llegado de Viena<sup>1</sup>, es honda, sumergiéndole en el clima de la filosofía continental más moderna<sup>2</sup> que, junto a la que el año siguiente le proporciona Carlos Ruiz del Castillo<sup>3</sup>, constituirá los cimientos de su pensamiento.

1. Castro Cid, B. de, *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974, págs. 19-54.

2. *Primer ejercicio de las oposiciones a la cátedra de filosofía social de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid*, de S. Lissarrague Novoa, sin publicar, (1955), págs. 5 y 6 del original: "(...) casi mediado nuestro primer curso, llegó a la Facultad un profesor de Derecho Natural, recién votado catedrático, que en el primer día de clase nos presentó, de golpe y como en cascada, la perspectiva de toda la Filosofía contemporánea, la pura... Y la del Derecho. Es fácil imaginar lo que significó para quien tan sólo conocía obras como la estimable *Filosofía Elemental* de Balmes por los estudios de Bachillerato, el encuentro inesperado con ese caudal vivo de ideas concentrado en los nombres de Husserl, Max Scheller, Guardini, el P. Pryvara... Y, como si se tratara de un acontecimiento con fecha fija y con la misma contundencia con que suponemos que se habría anunciado años antes el fin de la guerra europea, se nos informó de que, gracias principalmente a Husserl y a su fenomenología, el positivismo y el neokantismo habían sido definitivamente vencidos. ¡Qué error creer que la pedagogía sólo puede operar de un modo paulatino! Animados por la cordialidad del joven maestro, recién llegado de Alemania, al terminar aquella su primera clase nos precipitamos a pedirle aclaraciones. Yo le pregunté en qué venían a consistir esos fenómenos del pensar que, con tanta fortuna, Husserl había de golpe aniquilado. Nos habló del positivismo, del neokantismo y de la fenomenología... Y nos habló de muchas cosas más: de Ortega, de dos pensadores católicos españoles, llamados Zaragüeta y Zubiri, que estaban renovando la filosofía tradicional en nuestra patria. Y nos habló del problema de España y de la generación del 98... Vaya desde aquí, a la distancia de los años y de los acontecimientos, mi recuerdo emocionado a la persona de D. Luis Recaséns y a aquel primer diálogo nuestro casi inverosímil".

3. Sobre el catedrático de Derecho Político, véase la obra de varios autores, *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1985, donde se encuentran todos sus datos biográficos y bibliográficos. Lo que más interesa resaltar es que se trata del primer traductor de Maurice Hauriou, de quien era discípulo: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Editorial Reus S.A., 1927. Para una historia de la traducción iusfilosófica en España, donde se contiene ese dato, el "Estudio Preliminar" del Gil Cremades J.J., en el libro de K. Engisch, por él traducido, *La idea de concreción en el Derecho y la Ciencia jurídica actuales*, Pamplona, EUNSA, 1968, págs. 12 y 13.

Con el bagaje intelectual que sus dos maestros le otorgaron, en un panorama en el que confluyen Scheller, Kelsen, Hauriou o Stammler, Ortega, Zubiri o Zaragüeta, cursa la carrera en tres años, a caballo entre la Universidad de Santiago y la de Madrid<sup>4</sup>, y, al fin, se traslada definitivamente a la capital, de donde sería catedrático el que toda su vida lo consideró discípulo predilecto<sup>5</sup>. Allí entrará en contacto no sólo con los filósofos españoles citados, también con Morente, Gaos y d'Ors. Allí decide profundizar, antes de seguir profesionalmente a Recaséns, y por espacio de tres años, en la filosofía pura y así dar el salto luego a la aplicada.

Es fácil imaginar lo que aquellos años supusieron en la vida del joven y entusiasta Lissarrague, no sólo por el estudio teórico que desarrolla (el pensamiento griego, Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, Descartes, Fichte, Husserl, Bergson o Heidegger, nos dice) sino por el contacto íntimo y continuado, más allá de los cursos que impartían, a los que asistía con asiduidad<sup>6</sup>, con los grandes maestros que estaban renovando el ambiente filosófico español.

No es seguro, pero parece que en los primeros momentos de aquella República daría muestras de sus inquietudes políticas<sup>7</sup>. De lo que no cabe duda es de su absoluta dedicación intelectual: el mismo Ortega le pide que desarrolle la temática de la realidad social en Hauriou (que junto con las enseñanzas de Ruiz del Castillo constituirá el germen de su futura tesis doctoral), para exponerlo posteriormente en una de aquellas frecuentes reuniones de pensadores. Además, comienza a publicar. Todo es sintomático: un brillante y esclarecedor artículo sobre Ortega, que enseña los presupuestos básicos de la obra de su maestro, y la crítica del libro de David Loth

4. El expediente académico de Lissarrague demuestra que se trata de un estudiante brillante que habitualmente obtiene sobresaliente. Matrícula de Honor le daría Recaséns en el "Curso de Derecho Natural".

5. Véase de Recaséns Siches, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, primer tomo, Ed. Porrua S.A., México, 1963, págs. 344-347; también, del mismo autor, "Desenvolvimiento de la filosofía jurídica en España durante los últimos 50 años", en *Cuadernos para el Diálogo*, nº 8, mayo de 1964 págs. 12 y 13. Asimismo, en el libro de F. Puy, *La Filosofía del derecho en la Universidad de Santiago (1807-1975)*, Santiago, Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, nº 13, Imprenta Paredes, 1975, pág. 66.

6. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias I*, Madrid, Alianza Editorial, 1988-1989, págs. 179-180: "(...) asistía a cursos y seminarios Salvador Lissarrague, gallego, ayudante de Recaséns en Derecho, ingenuo y buenísima persona, algo mayor que nosotros, devotísimo de Ortega".

7. Marcelo Catalá, "Salvador Lissarrague desde la Escuela Social", en la *Revista de Trabajo*, nº 4, 1967, en homenaje a Salvador Lissarrague, pág. 40. Sobre el Frente Español y la importancia de otro orteguiano en su constitución, Alfonso García Valdecasas, véase de S.G. Payne, *Falange. Historia del Fascismo español*, Madrid, Sarpe, 1985, pág. 47.

sobre Felipe II, en la que nos muestra una afición, que nunca abandonará, por la historia; y en una revista donde se estaban dando cita los católicos más avanzados de la época, como Malraux, Maritain o Mounier, del lado francés, o Marías, Mendizábal o Bergamín, del español<sup>8</sup>.

Poco tiempo le quedaba a la República cuando acompaña a Heller en sus últimos días<sup>9</sup> y se incorpora, en calidad de ayudante, junto con Manuel García Pelayo, a la cátedra de Recaséns.

Dedicado a la Universidad, la rebelión lo encuentra en Madrid. Si bien es casi seguro que su opción por los sublevados está decidida desde un principio (su padre es muerto a manos de los republicanos), no lo es tanto si ya militaba en las filas de F.E. de las J.O.N.S., aunque tuvo que haber anteriores contactos con los fundadores. En cualquier caso vivió el alto riesgo del Madrid republicano: “(...) después de correr checas y cárceles, en el Madrid combatiente de la guerra, llega a ser, con el también fallecido Antonio Luna, la máxima representación de las fuerzas clandestinas de la Falange en la zona roja”<sup>10</sup>, desempeñando un papel importante en aquella retaguardia<sup>11</sup>.

## II. La elaboración ideológica y la filosófica de la posguerra

---

8. Se trata, claro está, de *Cruz y Raya*, publicación que, aun de corta vida, tiene una importancia enorme en la historia del pensamiento español del siglo XX. Véase de R. Benítez Claros, *Cruz y Raya (Madrid, 1933-1936)*, Madrid, Instituto "Nicolás Antonio" del CSIC, 1947, donde se recogen todos los autores y títulos, número y fecha de la revista en que se publica cada colaboración. También, de J. Becarud, *Cruz y Raya 1933-1936*, Madrid, Taurus, 1969, y del mismo autor, junto con E. López Campillo, *Los intelectuales españoles durante la segunda República*, Madrid, Siglo XXI, 1978; así como el "Prólogo" y selección que J. Bergamín hace en *Cruz y Raya. Antología*, Turner, 1974.

9. Es interesante comprobar el contacto personal que tuvieron varios filósofos del derecho españoles con el expatriado alemán: Gómez Arboleya, Recasens, Galán, Truyol y Lissarrague, entre otros.

10. Marcelo Catalá, "Salvador Lissarrague desde la Escuela Social", op. cit., pág. 40.

11. Es el mismo Lissarrague el que nos lo cuenta, en el *Primer ejercicio...*, op. cit., pág. 13 del original: "el haber cumplido durante la guerra, en Madrid, en unión, entre otros, de profesores ilustres de esta Universidad, una misión que Dios coronó con la fortuna, me llevó en 1939 a situaciones en evidente desequilibrio con mi edad, nombre y prestigio". En Madrid durante toda la contienda, salvo cuando es trasladado a Alicante en una de sus detenciones, colaboró en la reorganización de la Falange y en el SIMP, servicio de información en el que también se integraban Julio Palacios y Antonio de Luna.

Perteneciente a la intelectualidad de la Falange posbélica, debiera ser encuadrado Lissarrague en el ala más abierta del régimen, lo que se ha dado en llamar "falangismo liberal". Los elementos liberales de su formación no serían por sí solos suficientes para demostrarlo, pero existen algunos testimonios personales que prueban su talante crítico<sup>12</sup>, lo que, junto a su conexión con *Escorial* y al contacto con el exilio<sup>13</sup>, deja constancia de ese encuadramiento, al margen de lo que pudiera concluirse de un análisis minucioso de su obra. En cualquier caso, el franquismo necesitaba hombres valiosos, adeptos al régimen, que colaboraran en su "institucionalización", y Lissarrague fue uno de ellos. Desde el Ateneo, la Delegación Provincial de Educación o el Servicio de Estudios y Publicaciones del Ministerio de Trabajo, impulsó proyectos de relieve.

En 1942, además de ingresar por oposición en el Cuerpo de Delegados de Trabajo (luego, Inspección de Trabajo), decide volver a la labor intelectual, aun cuando nunca la hubiera abandonado del todo, pues el año anterior publica distintos artículos y dirige e imparte las clases de algún curso del Instituto de Estudios Políticos<sup>14</sup>. Pero la decisión de retornar a los libros se traduce en su reingreso en la Universidad de Madrid, lo que hace como profesor auxiliar de José Gascón y Marín, encargándose al poco de la cátedra de "Estudios Superiores de Ciencia Política", hasta que la ocupe su antiguo maestro, Carlos Ruiz del Castillo.

Nótese, porque es importante en su evolución, como se encuentra Salvador Lissarrague entre varias corrientes que se entrecruzan: una iusfilosófica (representada por Recaséns) y otra iuspublicista (por Ruiz del

---

12. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias I*, op. cit., pág. 276.

"(...) lo que le sucedió a Salvador Lisarrague; su padre, militar, había sido asesinado; mis denunciadores lo encontraron y le preguntaron: "¿Conoces la actuación de Marías durante la guerra?". Dijo que sí, y lo citaron como testigo. Tenía, por su relación con Falange y la muerte de su padre, prestigio político; el juez lo recibió y lo escuchó. Hizo los más fervientes elogios de mí. El capitán jurídico se iba poniendo nervioso; al fin, no pudo más y le preguntó: "¿Usted sabe que ha sido citado como testigo de cargo?". Lisarrague contestó: "Yo creía que había sido citado para decir la verdad". El juez se quedó sorprendido, y empezó a preguntarle, si era cierto lo que decía, a qué respondían las encarnizadas denuncias. Lisarrague contestó concisamente: "Envidia" (...)".

13. Lissarrague mantuvo contacto con Ortega y, seguramente, con Recaséns. Véase la obra citada de Julián Marías, págs. 348 y 349.

14. Lissarrague, dentro de la sección de ciencias políticas, imparte el monográfico de "Historia de las doctrinas políticas", en los Cursos que se inician en 1941. En la misma sección también trabajan García Valdecasas, Jordana de Pozas, Díez del Corral, Ollero, García Gallo o Beneyto; al margen de Areilza, Castiella o Luna, en otras. Véase el Programa de los "Cursos de Estudios Políticos", Instituto de Estudios Políticos, año primero, Madrid, 1941.

Castillo); una orteguiana (“devotísimo de Ortega”) y otra católica (católico sincero); una liberal (¡cuántos de los suyos se fueron al exilio!) y otra autoritaria (integrado en el proyecto político del Nuevo Estado). No es de recibo, sin embargo, identificar unas y otras corrientes entre sí, formando dos bloques antagónicos: ni todo lo iusfilosófico era orteguiano, ni todo lo orteguiano liberal, ni todo lo católico reaccionario. Eso sí, su pensamiento siguió, en esencia, al de Ortega, tratando a toda costa que el nuevo sistema político tolerara a quien él tanto admiraba, y coadyuvando a un tiempo a la sustentación del régimen; pero también trató, es cierto, de asumir críticamente las fuentes de la filosofía escolástica y de la “filosofía cristiana” en general.

La incidencia del orteguismo en aquellos primeros años, tras la guerra, tiene enorme interés. El filósofo había sido el mayor revulsivo cultural de los últimos tiempos, lo que producía cierta admiración y respeto entre lo menos ultramontano del régimen. A la vez, se trataba de una personalidad que se había significado en la causa republicana, optado por el exilio, aunque fuera al comienzo de la contienda, y alejado del estado de cosas que se imponía; a más, su sistema de pensamiento se enfrentaba, en esenciales aspectos, con una filosofía intransigente que, desde el comienzo, se oficializó. Frente al entusiasmo de algunos jóvenes falangistas, como Lissarrague, se le anatematizó por los (por entonces abundantes) defensores a ultranza de la ortodoxia. Lo que se llamó “pensamiento español”, en su vertiente más simplificada (que también hubo estudios de elevada altura intelectual), se enfrentó a un raciovitalismo demasiado europeo, elaborado por un pensador “del otro bando”<sup>15</sup>.

En los primeros cuarenta se extendió una campaña anti-Ortega<sup>16</sup>, sobre todo, desde sectores del clero, frente a la que reaccionará con valor e ironía el que se reconocía su discípulo: quienes han seguido su producción -dirá- “se van dando cuenta de las verdaderas dimensiones y auténtico sentido del mismo ante las muestras palpables -con el intelecto, desde luego- de la fase más reciente de la producción de Ortega, madura de precisiones filosóficas. Por mucho que nos ilusionemos en empeñarnos en lo contrario, nuestra generación despertó bajo el signo de Ortega y Gasset -según justa expresión de José Antonio-, y desde entonces nada ha acontecido, por fortuna, a la vez que por desgracia, que nos permita asistir a la clausura de la vigencia intelectual del ilustre escritor” (1943, 12, pág. 431). De nuestra asignatura

---

15. Es muy representativo el libro de Iriarte J., *Ortega y Gasset. Su persona y su doctrina*, Madrid, Razón y Fe, 1942.

16. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias I*, op. cit., págs. 288-291.



Lisarrague fue el más orteguiano, seguido de Legaz, menos militante en su defensa; aun cuando otros lo reconocieran y respetaran, aunque no le siguieran, como Ruiz-Giménez y Galán y Gutiérrez, por ejemplo. Pero también tuvo sus acérrimos detractores<sup>17</sup>.

Cuestión unida a la anterior es la de la elaboración ideológica de nuestro autor, pues precisamente su posicionamiento doctrinal trae consigo una fundamentación del franquismo diversa a la que desde otros ámbitos se estaba llevando a cabo. Destáquese la evolución, paralela a la de la guerra mundial, que culmina en la negación del totalitarismo (1945, 20). Pero ni que decir tiene que su concepción de España, el Estado o el destino<sup>18</sup> (1941, 7, pág. 22 / 1943, 11, págs. 172-173 / 1944, 16, pág. 403 / 1945, 22, págs. 63, 64, 69, 130-134 y 168) poco tenían que ver con la mayoritaria. Especial interés presenta su teoría de la historia<sup>19</sup> (1943, 12) y, dentro de ésta, la de la sociedad, el poder y el derecho. Así, de nuevo en Lisarrague, como en otros de sus colegas, se observan imbricados al filósofo y al ideólogo. Me detendré, por ser aquí donde hubiera posido separarse perfectamente al uno del otro, en su institucionalismo.

La teoría de la institución que desarrolla el discípulo de Ortega es la de Hariou<sup>20</sup>, si bien recibida de las manos de Ruiz del Castillo y conformada por el pensamiento del mismo Ortega y de Recaséns, lo que no obsta para que se entremezcle con factores políticos evidentes. No se trata de que la teoría institucional, en una de sus vertientes, fuera la ideología del franquismo; aunque, sospechosamente, eso sí, se utilizara el mismo término para designar la meta perseguida por el sistema nacido del 18 de julio<sup>21</sup> y una corriente filosófica con gran predicamento en aquel entonces. Se buscaba

---

17. Quien mejor representa a este sector es, sin duda, Elías de Tejada. Al margen de referencias en sus primeras obras, sistematiza las críticas en "Ortega y Gasset ante la filosofía del derecho", en el libro de varios autores, *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, vol. I, Sevilla, Facultad de Derecho, 1967, págs. 373-389, y en "El concepto de Derecho en José Ortega y Gasset", en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1966, págs. 37-52. No deja de ser extraña, sin embargo, crítica tan radical al lado de su respetuosa consideración por Recaséns.

18. Mantiene Lisarrague una concepción "constructivista" de la Nación y del Estado, negadora de la identificación, tan frecuente en aquellos años, entre Hispanidad y Catolicidad.

19. Hoy valdría de respuesta a la polémica tesis de F. Fukuyama: "¿El fin de la historia?", en *Claves de la Razón Práctica*, nº 1, págs. 85-96.

20. Eso no quiere decir que se ahorre Lisarrague críticas a Hariou; al contrario, fundadas además en el positivismo durkheimniano o en el raciovitalismo español: 1941, 3, pág. 31 / 1941, 5, págs. 248, 249 y 252. Aunque, al fin, el juicio sea favorable: 1941, 5, pág. 253 / 1944, 19, págs. 107 ss.

21. Por ejemplo, aunque algo más tarde, José Luis Arrese, *Hacia una meta institucional*, Madrid, Ediciones del Movimiento, 1956.

una concepción institucional del derecho, del poder político y la sociedad, a la vez que la institucionalización del nuevo proyecto político.

Que los estudios de Hauriou, desarrollados por Renard y otros, no tenían como objetivo -¡claro está!- la pervivencia del Estado de Franco es tan evidente que no necesita siquiera decirse que ya en tiempos republicanos Corts Grau introdujo a Renard<sup>22</sup>, o que hubo antifranquistas, en mayor y menor grado, seguidores de las tesis de la institución, o que el mismo Lissarrague ya era buen conocedor de Hauriou antes de la guerra. Defender lo contrario no es de recibo, desde ningún punto de vista. Ahora bien, sí hubo una manipulación de tales teorías que, aunque sólo fuera en su vertiente estética y terminológica, expuestas en una retórica muy de aquellos años (recuérdese la consigna de "familia, municipio y sindicato", tan extendida), buscaba otorgar legitimidad a una España que en breve sufriría la deslegitimación internacional (1942, 8). El mando se explicaba institucionalmente, la participación del pueblo en el Estado también, así como el mismo ordenamiento jurídico, la limitación del poder o la organización de la sociedad española y la organización política (1942, 8, págs. 669 y 670, 820, 821 y 824). Ya está referida, por otra parte, la ideología laboral que segrega el institucionalismo lissarraguiano<sup>23</sup>. El término "institución" se convirtió en tópico utilizando por filósofos, políticos, religiosos y el mismo legislador, pero ¿con qué finalidad?

El institucionalismo era perfectamente funcionalizable en semejante coyuntura: a) por un lado, se trataba de lograr una realidad armónica, frente al caos y a los enfrentamientos habidos en momentos no muy lejanos de la historia española, siendo entonces atractiva una construcción teórica que superase el individualismo liberal y que concibiese a los grupos sociales no como "meros conjuntos de individuos, sino modos de la vida común de éstos, en cuanto están encauzados en su actividad, conjunto por una idea o finalidad que engloba unitariamente sus actos" (1944, 16, p. 400); b) por otro, se lograba de esta forma, sobre todo en el problemático mundo laboral, una base doctrinal que pudiera distorsionarse a favor de quien tanto lo necesitaba, presentando la solidaridad como principio rector de las relaciones sociales frente a cualquier visión de éstas como enfrentamiento entre individuos, sectores o clases; c) además, había cierta originalidad frente a las elaboraciones corporativistas de corte fascista, de las que había que

---

22. Corts Grau, J., "Georges Renard y su doctrina de la institución", en la *Revista de Derecho Público*, nº28, 1934, págs. 97-108.

23. A.V. Sempere Navarro, *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo (La doctrina nacionalsindicalista de la "relación de trabajo" y sus bases ideológicas)*, Madrid, Akal/Universitaria, 1982, págs. 71, 152 y 163.



distanciarse (1942, 8, págs. 672, 822, 823 y 824)<sup>24</sup>, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter confesional del Estado Español, que determinará, en gran medida, el pensamiento de estos y los siguientes años<sup>25</sup>, y las malas relaciones de la Santa Sede con las potencias del Eje, especialmente con el hitlerismo, lo que ocasionaría más de un quebradero de cabeza a las autoridades políticas españolas de aquel tiempo, y d) por fin, el contenido que se le diera a la institución en general, o a una u otra concreta institución, quedaba en manos del autor que utilizara dicha terminología, pues se trataba de un *topos* muy manejado, pero del que no estaba claro cuál era el significado que tuviera (1944, 16, pág. 401)<sup>26</sup>, aunque habían transcurrido bastantes años desde que se formularan las primeras construcciones. Si a esto se añade que el institucionalismo que se estudiaba era el francés, mucho más escolástico que el italiano, se lograba un lenguaje que presentaba como nuevo aquello que tenía siglos de vida, ya que lo nuevo no era otra cosa que “una vigorosa actualización de lo antiguo, de lo que significaron aquellas construcciones gloriosas que desde el siglo XII hasta el XVIII cooperaron con la Corona a la edificación y engrandecimiento de la Nación española” (1942, 8, pág. 825).

Porque es cierto que tampoco Lissarrague se libró de los vientos escolásticos que soplaban y, aunque no se le pueda llamar de tal forma, sí trató de conjugar su forma de entender el derecho y la realidad social con la que podríamos llamar “oficial”.

Pero volviendo a lo anterior, la elaboración ideológica, mediata e inmediata, del primer Lissarrague oculta, tras un pretendido Estado integrador en el que participarían todos los españoles (1944, 19, pág. 140 / 1945, 21, pág. 321), la realidad de la España de aquellos años, y si bien lo hace desde postulados de corte aristocrático, como le correspondía a un falangista orteguiano (1942, 8, págs. 669 y 670 / 1943, 13, pág. 520), a veces antidemocráticos (1942, 8, págs. 822-825 / 1943, 9, págs. 291-293 /

---

24. El hecho de que se delimite al nuevo sistema político frente a los de estos países y no frente a los de los aliados, con los que no se quería tener nada en común, ya nos dice de las analogías existentes. Al fin y al cabo, con unos no había nada que comparar, pues se trataba de Estados liberales o socialistas, precisamente aquellos frente a los que el franquismo cobraba una identidad propia, pero sí con los otros, con los que se compartían, en aquellos primeros años, no pocos caracteres.

25. Con respecto a la filosofía del derecho, esta lectura hace J. J. Gil Cremades, en “Filosofía del derecho en España (1960-1985)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 25, 1985, pág. 231.

26. En el mismo sentido, J. Corts Grau, “Georges Renard y su teoría de la institución”, op. cit., pág. 102; y J. Ruiz-Giménez Cortés, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, págs. 365 y 366.

1945, 22, págs. 279-291), siempre marcó distancias (menos, en los primeros tiempos) de los regímenes nazi y fascista y su pensamiento, lo que no le priva de -en ocasiones- un tono totalitario (1942, 8, pág. 821) que pronto rechazará (p.e. 1943, 14, págs. 136-137).

Pero en estos primeros años de la posguerra su actividad es incesante: elabora la tesis doctoral, profundiza en los clásicos, se adentra en los problemas teológicos y religiosos (lo que demuestra bien en su "Prólogo" al *Lutero*, de Brentano) y analiza con detenimiento la filosofía moderna y la sociología general, que ya no abandonará. Además, como miembro del Instituto de Estudios Políticos, forma parte de la comisión, junto con otros filósofos del derecho (al menos, Galán y Gutiérrez y Ruiz-Giménez), que se encargará de redactar el texto que se convertirá en el *Fuero de los españoles*.

Antes de publicarse su estudio en torno a Hariou, su producción ve la luz en la *Revista de Trabajo* y la *Revista de Estudios Políticos*. Ambas publicaciones aparecen al poco de concluida la guerra civil, siendo fácil observar la evolución del régimen, en estos años, en sus páginas: la ideologización del discurso irá dulcificándose con el paso del tiempo. La primera de las revistas citadas, la primera en aparecer, surge de la "preocupación" y el "miedo" que al franquismo le producía, por motivos evidentes, el mundo del trabajo, donde con más facilidad que en otros podrían incrustarse elementos subversivos, y el tono va de la apología "azul" del inicio a la tecnificación, como correspondía a una revista de trabajo<sup>27</sup>. Repárese en quiénes son los representantes iusfilosóficos en sus páginas: Legaz y Lissarrague. En cuanto a la *Revista de Estudios Políticos*, habría varias maneras de analizarla en sus comienzos, baste constatar la bibliografía que se cita en los primeros números (fundamentalmente española, alemana e italiana) y la que se cita hacia 1945 (inglesa y norteamericana, sobre todo)<sup>28</sup>. En ésta, la filosofía del derecho se ve representada por Corts Grau, Gómez Arboleya, Antonio de Luna (si bien ya en "Internacional Público", nunca dejó de interesarse por las cuestiones de

27. A.V. Sempere Navarro, *Nacionalindustrialismo y relación de trabajo*, cit., pág. 144.

28. J.A. Portero, "La Revista de Estudios Políticos (1941-1945)", en el libro colectivo dirigido por M. Ramírez Jiménez, *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1975)*, Zaragoza, ed. Libros Políticos, 1978, págs. 29 y ss. Elías Díaz, *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1983, págs. 28 y ss. J.C. Mainer, "Introducción" a *Falange y literatura. Antología*, Barcelona, Labor, 1971, págs. 58-60.

fundamentación) y Lissarrague. Sin embargo, también aparecerán en *Escorial*<sup>29</sup>, por ser ésta la revista más adecuada, algunos artículos.

En 1944, el Instituto de Estudios Políticos, que también funcionaba como editorial, publica la que le valdrá insultantes críticas<sup>30</sup>, su tesis doctoral, bajo el título *El poder político y la sociedad*; pero ese mismo año obtiene la cátedra de filosofía del derecho en unas conocidas oposiciones, junto con Galán y Ruiz-Giménez.

Integrante de una de las familias del franquismo, y esto es fundamental para comprender su pensamiento de posguerra y su acceso a la cátedra<sup>31</sup>, pero con presupuestos filosóficos diversos a los mayoritariamente asumidos, la figura de Salvador Lissarrague, en aquel tiempo (frente y al lado de la de Legaz, con el que comparte no pocos planteamientos), es la de "un orteguiano en la corte de la escolástica" pretendidamente ortodoxa.

La situación de Lissarrague no fue cómoda. Sabemos que militó en Falange, que admiraba fervientemente a Ortega, y que la Falange bebió de la fuente del filósofo<sup>32</sup>, pero también que las cátedras de la asignatura

29. Manuel Contreras, "Ideología y cultura: la revista *Escorial* (1940-1950)", en el libro cit. *Las fuentes ideológicas de un régimen (España, 1939-1975)*. Elías Díaz, *Pensamiento español en la era de Franco 1939-1975*, cit., págs. 26 y ss. J.C. Mainer, "Introducción" a *Falange y literatura. Antología*, cit., págs. 52-55.

30. Véase el tono que utiliza A. Perpiñá Rodríguez para recensionar el primer libro de Lissarrague, en la *Revista Internacional de Sociología*, abril-junio, 1945, n° 10, págs. 547-550. La reacción (no frente a esa crítica, sino frente al reproche general que sufre Lissarrague) es de Legaz, en la conferencia que pronuncia en Coimbra en 1945, "Situación presente de la filosofía jurídica en España", en *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, BOSCH, 1947, págs. 366 y 367; también en la "recensión de S. Lissarrague Novoa: *Introducción a los temas centrales de la filosofía del derecho*", en la *Revista de Estudios Políticos*, n° 37 y 38, enero-febrero y marzo-abril, 1948, pág. 317. Positivamente, defendía Legaz la inocencia de su amigo; negativamente, le indicaba que había ciertas fronteras que no debían ser traspasadas. En síntesis, que había una filosofía oficial y debía ser respetada.

31. Constatar el hecho de que Salvador Lissarrague perteneciera a los sectores falangistas y que ese sea un dato a tener en cuenta a la hora de estudiar su carrera académica, ni mucho menos debe interpretarse en perjuicio de su alta calidad intelectual, como bien demostró a lo largo de tres décadas de trabajo. Sabido es, sin embargo, que en el *currículum* del opositor casi siempre eran hipervalorados, en aquellos años, los "méritos patrióticos" y, en honor a la verdad, este dato no debe ocultarse. También ha de tenerse en cuenta que alguno de los miembros del tribunal ya había anatematizado públicamente a Ortega, cuando todos conocían que Lissarrague era su discípulo.

32. Tanto Primo de Rivera como Ramos y Redondo frecuentaban los círculos orteguianos en el Madrid anterior a la guerra. José Antonio, en concreto, se refirió en varias ocasiones al filósofo: "Homenaje y reproche. La política y el intelectual" (en otros lugares aparece como "Homenaje y reproche a don José Ortega y Gasset"), págs. 745-749; "Juventudes a la

fueron dominadas por aquel sector que bien pudiéramos denominar, y más en estos años, "nacional-católico" y afines a éste, imponiendo un pensamiento clásico, en líneas generales, "un yusnaturalismo neoescolástico, escolar y no polémico"<sup>33</sup>, y si no véase cuál fue la organización político-religiosa dominante en el campo de la filosofía del derecho<sup>34</sup>.

A mediados de 1945, ya como catedrático, se incorpora a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y "revolucion" la asignatura con la cantidad de ideas que exponía en el tiempo de una clase<sup>35</sup>. Sin embargo, sus ocupaciones fuera de Asturias le hacen viajar con frecuencia y, tras algunos cursos allí, regresa definitivamente a Madrid, como agregado en la nueva Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, de donde luego será catedrático.

---

intemperie", págs. 687-692; "Los intelectuales y la Dictadura", pág. 9; en *Textos de doctrina política*, Madrid, Delegación Nacional de la Sección Femenina del Movimiento, 1971.

33. J. Delgado Pinto, "Semblanza del Prof. D. Agustín de Asís Garrote", en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, págs. 347-348.

34. Se trata de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas. Cuando en 1945 se copan todas las cátedras de filosofía del derecho (Felipe González Vicén vuelve al año siguiente de Alemania), la asignatura, vista desde la perspectiva del cuerpo de catedráticos, queda completamente estabilizada y controlada. Tanto es así que hasta 1957 no habrá un nuevo catedrático de filosofía del derecho y derecho natural, Agustín de Asís Garrote. Del conjunto de catedráticos que ocupaban las plazas en 1945 casi la mitad pertenecen a la A.C.N. de P. Véase al respecto a R. Montoro Romero, *La Universidad en la España de Franco (1939-1970). (Un análisis sociológico)*, Madrid, C.I.S., 1981, págs. 187-192. También de A. Sáez Alba, *La Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, Ruedo Ibérico, 1974, págs. 293 y ss.

35. Muy interesante el artículo periodístico que Julio Ruymal escribe, "La gabardina y el sombrero de Salvador Lissarrague", en *La Voz de Asturias* del 16 de marzo de 1967, con motivo del fallecimiento del que fuera catedrático en Oviedo: "Todos aquellos que en la Universidad ovetense cursaron la carrera de Leyes en los años de 1945 a 1950 recordarán todavía a don Salvador de Lissarrague, más bien bajo, nervioso, con aire distraído, siempre con el sombrero en la mano, como si el sombrero fuese una prenda de usar como un abanico y no para cubrir una testa que en el señor Lissarrague era algo más que una cabeza: era un volcán en ebullición, un alambique en el que se cocían las más extraordinarias teorías (...) tenía agudas y desconcertantes ideas propias, y a la hora de los exámenes en el Aula Magna (...) él exigía a sus alumnos ideas propias, y este es un detalle que ya dice mucho de su calidad de maestro (...) llegaba a las nueve menos diez en punto, entrando como una tromba en el patio, agitando el sombrero gris en la mano, con una cartera inmensa en la otra y arrastrando descuidadamente la gabardina, que tampoco se vestía nunca, como si también la gabardina hubiera sido hecha para ser llevada bajo el brazo (...) siempre inquieto, sin sentarse jamás, nos hablaba de Emmanuel Kant, de Hobbes, de Malebranche, de Federico Nietzsche y de Descartes. Convertía la aridez de la Filosofía del Derecho en una materia digerible para estudiantes aún medio dormidos, en una disciplina fantástica llena de sugerencias y de esas ideas propias que él quería ver reproducirse, como en una explosión en cadena, en la mente de sus discípulos. Fue uno de los maestros más inteligentes que hemos conocido, uno de los espíritus más inquietos y desconcertantes (...)".

### III. La madurez

También durante estos años desempeña una labor incansable: publica en 1947 su libro sobre Vitoria, siguiendo la costumbre, muy de aquellos años, de especializarse en algún clásico; y en 1948 se pone a la venta la *Introducción a los temas centrales de la filosofía del derecho*, su obra cumbre, a mi juicio, y más claramente dedicada al fenómeno jurídico, siempre desde una perspectiva sociologista. Dejando a un lado los libros de contenido historiográfico y salvando las distancias, constituye esta *Introducción*, al lado de la otra de Legaz, uno de los hitos iusfilosóficos de la década de los cuarenta. A partir de entonces, poco a poco, se irá alejando de la filosofía del derecho.

Más debo avanzar aquí alguna noticia de su reflexión jurídica; sobre todo para comprender lo que mantengo, su peculiaridad en el marco iusfilosófico dominante. Sus premisas no son otras que la que afirma el origen social del derecho y la que defiende que es el Estado quien otorga a aquél su condición. Aunque participen otras instancias sociales en la creación de ese ordenamiento que también es, como otros, “-con expresión de Recaséns inspirada en Ortega- vida humana objetivada” que trata de conformar las vidas de los individuos y, por tanto, además, “activamente objetivamente” (1948, 26, pág. 65), siempre necesitará del respaldo estatal para lograr la seguridad que toda sociedad demanda (1948, 26, págs. 66 y 86). Así, el dato jurídico intrínseco es la coacción. Compárese con la “metafísica” visión mayoritaria.

Pudiera pensarse que no deja de ser la fuerza la que caracteriza también a las otras normas sociales, y es cierto. Pero la coacción jurídica lograba lo que no conseguían esas otras, una organización de la violencia a la que “-formalmente, se entiende-” no es posible sustraerse. Por eso el jurídico, frente a otros órdenes, “es esencialmente incluyente” (1948, 26, pág. 69), y por eso la coacción propia del derecho es “una constricción terminante, absoluta” (1941, 3, pág. 28), con la que el grupo político, el Estado, ampara a ciertas normas convirtiéndolas en jurídicas. Es -téngase en cuenta- el único grupo que podría hacerlo, pues ningún otro es titular de fuerza semejante (1944, 19, pág. 141).

No es de extrañar entonces (por estas y otras razones) que antes de dejar atrás la etapa iusfilosófica, aún tenga que sufrir, tras el reconocimiento y



defensa que Legaz hace de su persona y obra, la crítica de quien ya se alzaba con el control de la asignatura<sup>36</sup>.

El tránsito que Lissarrague inicia a fines de los cuarenta, inicios de los cincuenta, es de esos caminos que transforman una existencia, al cambiar unos elementos vitales por otros nuevos: de ser catedrático de filosofía del derecho en provincias, regresa como auxiliar a Madrid, atraído irremediablemente por la sociología<sup>37</sup>; de la explicación de lo preceptivo, acude ahora a explicar la realidad; de ser un "afecto" al régimen, comienza a distanciarse; de la vuelta de Ortega, a su fallecimiento.

Sólo dos datos. Primero: en 1953 se homenajea a Ortega, al cumplir setenta años, con unos cursos en los que participan algunos de los mejores intelectuales del país. Únicamente un filósofo del derecho, que pronto dejaría de serlo, acude, Salvador Lissarrague<sup>38</sup>. Segundo: también en 1953 la revista *Alcalá* publica el libro *Homenaje a Xavier Zubiri* (1953, 34), donde otra vez participa gran parte de la "crema" intelectual hispana; son dos, en este caso, los filósofos del derecho que participan, y los dos dejarían de serlo en breve, Enrique Gómez Arboleya y, de nuevo, Salvador Lissarrague<sup>39</sup>.

36. F. Elías de Tejada, "Panorama de la filosofía del derecho en la España actual", en la separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* titulada "La filosofía jurídica en la España actual", 1949, pág. 26.

37. Conscientemente utilizo el término "sociología", aun cuando haya quien no esté de acuerdo con tal uso, prefiriendo hablar de "filosofía social" o "teoría de la sociedad". Se trata, en cualquier caso, de un estudioso de la sociedad en perspectiva filosófica (punto de vista que, por principio, no se puede evitar), y a eso me refiero. Son, además, los propios sociólogos los que le llaman así, p.e. Amando de Miguel, *Sociología o subversión*, Barcelona, col. "Testigos de España", Plaza y Janés, 1974, pág. 43.

38. Julián Marías, *Una vida presente. Memorias 2*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, págs. 55-58. En el curso-homenaje a Ortega participaron Laín Entralgo, Emilio García Gómez, Antonio Tovar, la Condesa de Campo Alegre, Paulino Garagorri, Tomás R. Bachiller, Domingo Ortega, Guillermo Díaz-Plaja, García Valdecasas, Díez del Corral, Enrique Lafuente Ferrari, Miguel Cruz, Luis Rosales, Rodrigo Fernández Carbajal, Luis Calvo, Victoriano García Martí, Joaquín Gurruchaga, José Luis Arangueren, Salvador Lissarrague, Fernando Vela, Valentín Andrés Álvarez, Salvador Fernández Ramírez, Francisco Javier Sánchez Cantón y Julián Marías.

39. Ahora que aparecen juntos los nombres de Lissarrague y Arboleya no puedo dejar de referirme al enorme paralelismo que se da entre sus vidas. Cierto que hay diferencias de relieve, precisamente las que marcan la distancia entre dos líneas vitales que nunca llegaron a coincidir, aun cuando se conocían lo suficiente y tenían muchos amigos comunes, como Zubiri, Luna o Truyol, por sólo citar a algunos. Por qué en un mismo momento histórico surgen dos personalidades con tantas coincidencias, y más en un desarrollo intelectual, es una pregunta para dar respuesta en un trabajo de investigación minuciosa.

En 1955 adquiere la cátedra de Filosofía Social, en dura pugna -según señalan los diarios de la época, sin nombrar al opositor- con Jesús Fueyo Alvarez, ya catedrático de Derecho Político en esa fecha. La nueva cátedra marcará la frontera, en el plano académico, de lo que fue su evolución en el plano doctrinal; pues, en el conjunto de su obra, *Las formas de convivencia y los conjuntos humanos* (1956) señala el final de una etapa, al margen de la indiscutible continuidad que existe entre ambas, y el comienzo de otra<sup>41</sup>.

A la vez que impulsa interesantes proyectos universitarios, continúa investigando, centrado ahora en cuestiones de teoría de la sociedad y microsociología. Pero sus nuevos trabajos buscarán nuevas ubicaciones: aun cuando en 1944 abandona la *Revista de Trabajo*, continua imprimiendo sus investigaciones en la *Revista de Estudios Políticos*, y algunas de los *Cuadernos de Laín* y el *Boletín de Tierno*<sup>42</sup>; pero en el 59 se recogerá su último artículo en la revista del Instituto de Estudios Políticos, cortándose una dilatada colaboración, tras el alejamiento que se produce entre Javier Conde y él. Ahora, las publicaciones que utiliza son la *Revista Internacional de Sociología* y los libros colectivos, para cuestiones sociológicas; y *Cuadernos para el Diálogo*, y también algún libro colectivo, para las cuestiones religiosas con lectura política<sup>43</sup>.

Ya en la década de los sesenta, dedicará todo su tiempo a la sociología, no sólo porque haya quedado delimitado su campo de estudio, sino porque también colabora e impulsa los proyectos de "estabilización" de esta disciplina<sup>44</sup>.

41. Véase la recensión del libro citado, de J. Tobío, en la *Revista Internacional de Sociología*, nº 62, abril-junio, 1958, págs. 364 y 365.

42. La opinión de Tierno sobre Lissarrague está contenida en su libro autobiográfico *Cabos Suelos*, Barcelona, Bruguera, 1981, pág. 156: "(...) había llegado a tener conmigo una relación de amistad, yo diría que profunda, pero no por coincidencia de caracteres, aficiones o de región, sino por gusto intelectual de criticar lo nuevo y ver lo nuevo en lo viejo, era Salvador Lissarrague, quien me ayudó desde el primer momento con su influencia en lo que llamaré sector azul". La opinión de Lissarrague se contiene en el *Primer ejercicio...*, pág. 28 del original, donde dice de Tierno que unía "a la inquietud actualísima de us mente, la firmeza caballerosa de su vieja estirpe castellana".

43. Me refiero, en particular, a su artículo aparecido en el primer número de *Cuadernos para el Diálogo*, "Hombre Nuevo", (1963), que termina diciendo: "Juan Montini no ha muerto. ¡Viva Pablo VI!", cuando en la España Oficial no fue muy bien recibido, por razones que a nadie se le ocultan, el nuevo Papa.

44. Promovió Salvador Lissarrague la creación, por ejemplo, de la "Asociación española de Sociología", ocupando una vicepresidencia hasta su muerte, e impartió clases en los cursos de Sociología que perviven de 1963 a 1966, en Madrid. Véase de Elías Díaz, *Filosofía y Sociología del Derecho*, Madrid, Taurus, 1974, pág. 176, nota pie de pág. nº 70. De la importancia

El salto de la iusfilosofía a la sociología no es únicamente Lissarrague el que lo da. De hecho, al que siempre suele citarse como paradigma de este tránsito es a Gómez Arboleya, figura enormemente atractiva y de una seriedad intelectual difícilmente superable<sup>45</sup>. Pero también Legaz, aun cuando permanezca encuadrado en la filosofía del derecho, se interesará por los estudios sociológicos desde el comienzo; y no hay que olvidar a Recaséns Siches y Medina Echevarría, que trabajan en el exilio. Al margen, claro está, de otros autores que también tendrán una preocupación sociológica, como Galán o Truyol, en España, y Mendizábal, fuera.

Evidente, pues, el papel que los filósofos del derecho juegan en la promoción de los estudios sociales. ¿Por qué? No se puede pretender que esta preocupación sea debida a un imaginado auge positivista que no existió en España. Aquí lo que hubo fue un predominio cuasimonopolístico del pensamiento escolástico y, por tanto, de lo que se pasó fue "del derecho natural a la sociología", esto es, de construcciones ideales a la realidad social, al constatar que ésta explicaba más cosas de lo que en un principio pudiera pensarse. No se trataba de convertirse al neopositivismo, sino de partir de lo que estaba ahí.

Aunque tampoco está de más percatarse de quiénes son los que no sienten ningún interés por la sociología; si esto es así, no son de extrañar las características de aquellos que se dedican al análisis social. Hay una nota común, al menos; se trata de profesores liberales. Es cierto, pudiera oponerse, que Legaz o Lissarrague jugaron un papel, sobre todo el primero<sup>46</sup>, nada desdeñable en la cimentación teórica del franquismo; pero también lo es que esa función fue realizada solamente durante unos concretos años, abandonándola después, y que los inicios de ambos fueron

---

de Lissarrague en el panorama sociológico español también se hace eco el mismo autor en "La enseñanza de la sociología jurídica en España", en los *Anales de la cátedra "Francisco Suárez"*, 1973, nº 13, fasc. 2. De Amando de Miguel pueden verse múltiples referencias a Lissarrague en *Sociología o subversión*, cit.; también en "Para una sociología de la sociología española", en el libro colectivo *Sociología española en los años 70*, Madrid, Confederación española de Cajas de Ahorro, 1971, pág. 19.

45. Muchos de los trabajos de Gómez Arboleya se recogen en *Estudios de teoría de la sociedad y del estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. Por lo demás, es impresionante el libro de varios autores, cuya edición corrió a cargo de Julio Iglesias de Ussel, *Homenaje a Enrique Gómez Arboleya. 1910-1959*, editado por el Ayuntamiento de Granada en colaboración con el departamento de Sociología y Psicología Social de la Universidad de Granada, en 1988.

46. Tuñón de Lara dice de Legaz que es uno de los que, en el primerísimo franquismo, "toman las riendas de una operación ideológica", en su *Historia de España*, Barcelona, Labor, 1988, vo. 10, pág. 436.



liberal-conservadores. Provenientes todos ellos de la cultura que hizo germinar Ortega, los que cumplieron una función ideológica lo hicieron eliminando del discurso doctrinal los elementos avanzados que pudieran existir. En cualquier caso, en el origen de ese interés se encuentra Ortega. Hay que añadir, además, que juega Zubiri un papel importante, muy influyente, al menos, sobre los tres citados que permanecieron aquí, estableciendo las bases de un personalismo español que se plasma claramente en las obras de Arboleya, Legaz y Lissarrague<sup>47</sup>. Será anecdótico, pero ninguno de los tres pertenecía al sector académico dominante.

En el caso de Lissarrague, el cambio trajo consigo cierta síntesis entre el pensamiento clásico, el alemán contemporáneo y el orteguiano y zubiriano, con el más específicamente sociológico anglosajón, sobre todo norteamericano, que le impresionará, aun cuando asuma críticamente ese impacto. Eso sí, en el plano de la teoría sociológica o filosofía social.

Un año antes de su fallecimiento, publica el *Bosquejo de teoría social*, obra máxima de su pensamiento sociológico, donde muestra todas las influencias doctrinales referidas<sup>48</sup>; y el mismo año de su muerte, se tira a multicopia otro libro suyo, *El área de las ciencias sociales*, trabajo inacabado donde se aunan, en el estudio del método, las investigaciones norteamericanas y alemanas<sup>49</sup>.

El 14 de marzo de 1967, inesperadamente, se produce su muerte. Desaparecía así una gran figura de las ciencias sociales españolas, lo suficientemente cultivada y peculiar como para haberla tenido en cuenta más de lo que se la tuvo, sin duda. Es más: si aceptamos que Recaséns es a la filosofía del derecho española, lo mismo que Ortega a la general, Salvador Lissarrague es un producto de ambos y, por tanto, "primera línea iusfilosófica". Sirva este trabajo de merecido homenaje a su recuerdo.

**IV. Obra escrita de Salvador Lissarrague Novoa (excluidos los artículos periodísticos y literarios):**

---

47. De Arboleya véase su "Sociología en España", publicado en varios lugares, aquí se cita de los *Estudios de teoría de la sociedad y del estado*, op. cit., en concreto págs. 693-701.

48. Es recomendable, para quien quiera conocer la teoría de la sociedad más acabada de Lissarrague, el artículo de su discípulo, E. Martín López, "La obra científica de Salvador Lissarrague. Su pensamiento filosófico-social", en la *Revista de Trabajo* cit., págs. 9-32.

49. Véase la voz "Lisarrague Novoa, Salvador", en *Internationales Soziologenlexikon. Band 2: Beiträge über lebende oder nach 1969 verstorbene Soziologen*, Ferdinand Enke Verlag Stuttgart, 1984, pág. 501, que aparece firmado por S. del Campo.

1933

1. "Ortega y la circunstancialidad de su obra", en *Cruz y Raya*, nº 2, de mayo, págs. 164-171.

1934

2. "En la encrucijada de la historia moderna (David Loth: *The Master of the Armada. Philip II of Spain*)", en *Cruz y Raya*, nº 12, de marzo, págs. 115-122.

1941

3. "Consideración filosófica sobre el hecho y el grupo social" en la *Revista de Trabajo*, nº 21-22, de julio-agosto, págs. 23-31.

4. "El concepto de Institución en el Derecho Público de Hauriou. Su alcance filosófico-social", *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, nº 6-7, de julio-diciembre, págs. 197-219 (cit. en J. García Fernández, *Bibliografía española de Derecho Político (1939-1981)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982).

5. "El hombre y lo social en el pensamiento de Hauriou. Su teoría sobre el hecho y el grupo social", en la *Revista de Trabajo*, nº 23, de septiembre, págs. 247-253.

6. "Un texto de Francisco de Vitoria sobre la potestad política", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 2, págs. 315-325 (este artículo se integró en su libro *El poder político y la sociedad*).

7. "Prólogo" a la edición española de la obra de F. Funck-Brentano, *Lutero*, Iberia-Joaquín Gil Editor, Barcelona, págs. 11-22.

1942

8. "La ley creadora de las Cortes", en la *Revista de Trabajo*, nº 33, de julio, págs. 669-676, y en la misma revista, nº 34, de agosto, págs. 820-825.

1943

9. "La persona y la comunidad nacional (Al margen de *La filosofía contemporánea del derecho y el estado*, de Larenz)", en *Escorial*, nº 28, de febrero, págs. 291-299.
10. "El sentido de la realidad en *El Quijote*", en *Escorial*, nº 31, de mayo, págs. 191-211.
11. "Sentido de la Hispanidad", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 9, de mayo-junio, vol. V, págs. 167-173.
12. "Reflexiones sobre un opúsculo filosófico: el prólogo a la *Historia de la filosofía*, de Brehier, en castellano, de José Ortega y Gasset", en *Escorial*, nº 32, de junio, págs. 431-434.
13. "La Ley de Ordenación de la Universidad española", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 10, vol. V, de julio-agosto, págs. 519-534.
14. "Las obras completas de Eugenio Montes", en *Escorial*, de noviembre-diciembre, págs. 135-137.
15. Recensión de Hector del Valle, *Talleyrand*, Vidas, Ed. Atlas, 1943, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 12, vol. VI, noviembre-diciembre, págs. 614-618.

## 1944

16. "Hacia la madurez de una teoría de la sociedad (*La Philosophie de l'Institution* de Renard y su importancia para el Derecho del Trabajo)", en la *Revista de Trabajo*, nº 4, de abril, págs. 400-405.
17. Recensión de Jesús Pabón, *Las ideas y el sistema napoleónico*, Instituto de Estudios Políticos, 1944, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 15, vol. VIII, de mayo-junio, págs. 258-260.
18. "Sobre la posibilidad de la Justicia Social", en la *Revista de Trabajo*, nº 10, de octubre, págs. 1.217-1.220.
19. *El poder político y la sociedad*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 313 págs.

## 1945

20. Recensión de José Luis Arrese, *El Estado totalitario en el pensamiento de José Antonio*, ed. de la Vicesecretaría de Educación Popular, Madrid, 1945, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 19-20, vol. X, de enero-abril, págs. 331-341.

21. Recensión de Corts Grau, J., *Principios de Derecho Natural*, Ed. Nacional, 1944, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 21, de mayo-junio, págs. 318-322.

22. Junto con Luis de Sosa y P. Andrés María Mateo, *La esencia de lo español, su olvido y su recuperación (Curso de formación política)*, Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, SEU, Gráficas Ibarra, 292 págs.

#### 1946

23. Recensión de Carmen Muñoz Roca Tallada, *Juana Enriquez la madre del Rey Católico*, Ed. Nacional, Madrid, 1945, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 25-26, vol. XIV, de enero-abril, págs. 330-336.

#### 1947

24. "La titularidad regia y popular del poder en Francisco de Vitoria", en el libro de varios autores (C. Barcia Trelles, A. D'Ors, A. Fuenmayor, L. López Rodó, S. Lissarrague, P. Pedret Casado, L. Legaz y Lacambra), *Francisco de Vitoria (MDXLVI-MCMXLVI)*, Universidad de Santiago, págs. 147-270.

25. *La teoría del poder en Francisco de Vitoria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 126 págs.

#### 1948

26. *Introducción a los temas centrales de la filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 136 págs.

#### 1950

27. "Sobre el primer principio de la filosofía", en la *Revista de Filosofía*, julio-sept. 1950, nº 34, págs. 495-501.

28. "Gustav Radbruch", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 49, de enero-febrero, vol. XXIX, págs. 211-215.

29. Recensión de Carlos Ollero, *Derecho constitucional de la posguerra (Apuntes para su estudio)*, en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 52, vol. XXXII, de julio-agosto, págs. 253-260.

30. Recensión de "Edmond Privat, *El canciller decapitado. Santo Tomás Moro y Enrique VIII*", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 54, vol. XXXIV, de noviembre-diciembre, págs. 209-211.

1951

31. "Cristianismo y cultura europea", en *Cuadernos Hispanoamericanos*, nº 19, de enero-febrero, págs. 89-97.

31. "El acto social", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 56, vol. XXXVI, de marzo-abril, págs. 27-42.

1952

32. "En torno a la polémica suscitada por Jacques Maritain", en los *Cuadernos Hispanoamericanos*, nº 30, de junio, págs. 243-256.

1953

33. "Considerations sur le caractere et les modes de l'acte du pouvoir", Actas del XV Congreso Internacional de Sociología, Estambul (cit. en J. García Fernández, op. cit.).

34. "El magisterio decisivo de Zubiri", en el libro de varios autores (J.L. Aranguren, A. del Campo, M. Cardenal, F.J. Conde, L. Díez del Corral, F. Grande Covián, A. García Valdecasas, J. Garrigues, E. Gómez Arboleya, P. Laín Entralgo, S. Lissarrague, J.J. López Ibor, J. Marías, A.A. Ortega, J. Palacios, D. Ridruejo, J. Rof Carballo, L. Rosales, A. Tovar, L.F. Vivanco, J. Zaragüeta), *Homenaje a Xavier Zubiri*, Madrid, Revista Alcalá, págs. 153-158.

1955

35. "El poder social", en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, nº 3 de marzo-abril, págs. 11-34.

1956

36. *Las formas de convivencia y los conjuntos humanos*, Universidad de Madrid, 37 págs. (este mismo estudio se publicará en la *Revista de Trabajo*, nº 4 de 1967, con motivo de su muerte, págs. 149-167).

1959

37. "La consistencia de la sociedad", en la *Revista de Estudios Políticos*, nº 107, vol. LXVI, de septiembre-octubre, págs. 5-44.

1960

38. "La trama de lo social", en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra*, vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, págs. 263-286.

39. "Prólogo" al libro de Jacques Leclercq, *Del Derecho Natural a la Sociología*, Madrid, Ediciones Morata, págs. 7-10.

1961

40. "La comunidad", en la *Revista Internacional de Sociología*, nº 73, de enero-marzo, págs. 5-52.

41. "Durkheim y el problema del colectivismo", en *Estudios Sociológicos Internacionales*, (C. Viñas y Mey, J. Bernard, L.H. Ad. Geck, F. Govaerts Marqués Pereira, M. Fraga Iribarne, L. Legaz Lacambra, G. Meganazzi, A. Miroglio, N. Mauzel, W. Fielding Ogburn, A. Perpiñá Rodríguez, E. Sicard, A. Sorokin, C.C. Zimmermann, H. Becker, P. de Bie, E. de Figueroa, H. Freyer, I. Ganón, C. Gini, M. Lins, S. Lissarrague, L. Livi, P. Lucas Verdú, G. Meguenazzi, M.F. Nimkoff, R. Riccardi, S. Samele Acquaviva, N.S. Timasheff, F. Znaniecki), vol. II, Instituto Balnes de Sociología, CSIC, Madrid, págs. 263-286.

1962

42. "El perfil de la convivencia en Bergson", en la *Revista Internacional de Sociología*, nº 78, de abril-junio, págs. 149-157.

1963

43. “Hombre nuevo”, en *Cuadernos para el Diálogo*, nº 1, de octubre, pág. 21.

1964

44. “La novedad de Juan XXIII”, en *Cuadernos para el Diálogo*, nº 10-11, de julio-agosto, pág. 36.

45. “El mensaje social de Juan XXIII”, en el libro colectivo (J.A. Maravall, M. Giménez Fernández, P. Lucas Verdú, M. Jiménez de Parga, M. Díez de Velasco, J.A. Carrillo, M. Aguilar Navarro, A. Truyol Serra, M. Alonso García, S. Lissarrague Novoa, J. Echevarría Garagoiti, A. Bernardez Cantón y J. Ezquerro Ramírez), *Comentarios Universitarios a la “Pacem in Terris”*, Madrid, Tecnos, págs. 367-376.

46. *Bosquejo de teoría social*, Madrid, IMNASA, 247 págs.

47. “Palabras previas” a la obra de Martín López E., *Sociología General*, Madrid, Gráficas Zagor, págs. III-VIII.

48. *El área de las ciencias sociales* (multicopiado), Madrid.





### 3. DERECHOS HUMANOS



## Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto

Por JOSE GARCIA AÑÓN  
Valencia

La tesis que voy a sostener en el presente estudio es que aunque las teorías que definen los derechos humanos como derechos morales presentan una variedad de problemas de los que voy a tratar, (por ejem. la confusión concepto-fundamento), suponen el enfoque de otros desde una perspectiva que solventa las carencias y complicaciones que podrían surgir con su omisión (por ejem. la diferenciación concepto-validez).

Me centraré en los comunes problemas de concepto que suscitan las diferentes concepciones de derechos morales y si a ellos se les ha dado alguna solución por parte de los autores que sustentan tales teorías. Dejaré para posteriores trabajos los problemas de fundamento y validez.

### A) LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO

Las críticas que se hacen a los derechos morales en relación a la confusión entre el concepto y el fundamento se centran: a) metodológicamente, en incurrir en la falacia naturalista; b) sistemáticamente, en ser consideradas como teorías monistas y por consiguiente, c) en sostener presupuestos iusnaturalistas. Trataré de argumentar que, si bien son teorías monistas, ello no desmerece su cometido ya que intentan recuperar la conexión entre el derecho y la moral; que el método utilizado no incurre la falacia naturalista; y que algunos de los presupuestos iusnaturalistas de los que parten surgen de la consideración histórica que tuvieron en su origen las declaraciones de derechos humanos. Para terminar argumentaré que las

posturas críticas de los derechos morales manifiestan un prejuicio que les lleva a confundir el concepto de derecho con su validez.

### a) La falacia naturalista

Un problema que puede plantear la fundamentación de los *moral rights* sería el de utilizar un método que nos llevase a la "falacia naturalista"<sup>1</sup>. Esta primera crítica la podemos observar en Bentham, que dice que de esta forma se formulan los derechos humanos en términos descriptivos, pero con función prescriptiva. "A juicio de Bentham -tal como explica Pérez Luño- existe una confusión entre realidad y deseo. Las buenas razones para desear que existan los derechos del hombre no son derechos, las necesidades no son los remedios, el hambre no es el pan. (*But reasons for wishing there were such things as rights, are not rights- a reason for wishing that a certain right were established, is not that right, want is not supply-, hunger is not bread.*)<sup>2</sup> La falacia más común en el lenguaje de los derechos humanos consiste en la confusión entre los niveles descriptivo y prescriptivo. (...) Resulta evidente, para Bentham, la contradicción que existe entre la realidad práctica y esas supuestas facultades de libertad e igualdad que aparecen formuladas en términos descriptivos, como un hecho, cuando no constituyen más que objetivos situados en el plano del 'deber ser'.<sup>3</sup>

Por tanto al considerar los derechos humanos como derechos morales se incurriría en la falacia naturalista, al hacer desprender de las necesidades, bienes o intereses (proposiciones de hecho) consecuencias jurídicas o morales (proposiciones valorativas). Como dice Searle: "no se puede definir una palabra valorativa en términos de las descriptivas, pues si ello fuera posible no se podría emplear ya la palabra valorativa para prescribir, sino sólo para describir. Dicho todavía de otro modo, todo intento de derivar un *debe* de un *es* ha de ser pérdida de tiempo, pues todo lo que podría mostrar, supuesto caso que lo lograra, sería que el *es* no era un verdadero *es*, sino un

1. Puede verse la formulación del problema en HUME D., *A Treatise on Human Nature* (1793), Libro III, parte I, sección I (trad. castellana F. Duque, Editora Nacional, Madrid 1977, pp. 671-690).

2. BENTHAM, J., "Anarchical Fallacies: being and examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution" en *the Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring, Edinburg, William Tait, vol. II, p. 501 y vol. III, p. 221.

3. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1986 (la 1ª ed. es de 1984), p. 27.

*debe* disfrazado o, en todo caso, que el *debe* no era un verdadero *debe*, sino un *es solapado*'<sup>4</sup>.

Sin embargo, el problema de la "falacia naturalista" en relación a los derechos morales no es tal. Las necesidades, los bienes, o los intereses de los que hablan las teorías de los derechos morales no sólo encierran aspectos descriptivos sino valorativos: son necesidades que se tienen en cuenta en la medida en que recogen valores del ser humano que deben ser protegidos para que éste pueda desarrollarse como tal. No son hechos en el sentido estricto del término sino que encierran valoraciones morales. Searle lo explica diciendo que si a un hecho le añadimos una institución, de tal manera que genere hechos institucionales, nos da como consecuencia que heste hecho produce una obligación. Esto es así porque junto al hecho se han añadido unas "reglas constitutivas" (en el lenguaje de Kant) a las que está sometido el hecho y que comportan obligaciones, compromisos y responsabilidades. De esto se desprende que hay proposiciones que son al mismo tiempo descriptivas y valorativas<sup>5</sup>. El *debe* está contenido en el *es*<sup>6</sup>. Cuando decimos que "las necesidades fundamentales del ser humano deben ser respetadas" tendríamos que preguntarnos por qué "deben ser respetadas"; qué razón hace que algo que podría calificarse de término fáctico se convierte en prescriptivo, esto es, tiene la posibilidad de obligar a otros. La razón es que estamos estableciendo una cierta protección moral o jurídica porque dichas condiciones tienen un valor tal que merecen un tratamiento especial. Este tipo de "hechos" (p. e. las necesidades) no son simplemente hechos naturales que nosotros descubrimos (como preconizan p. e. las teorías del derecho natural) ni artefactos inventados provenientes de nuestra creación intelectual o consensuada (como dirían las teorías contractualistas), sino que son hechos que nosotros consideramos valiosos por unas determinadas "razones", que podemos llamar "razones morales"<sup>7</sup> y que por lo tanto, tenemos que considerar estos "hechos" como prescripciones<sup>8</sup>. Por ejemplo,

4. Así lo expresa SEARLE, J. R., al describir el punto de vista de sus oponentes en "How to derive *Ought* from *Is*" en *Theories of ethics*, Ed. P. Foot, London, Oxford University Press, 1967. (Traducción castellana por M. Arbolí, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 164. Las citas posteriores seguirán esta edición).

5. Cfr. SEARLE, J. R.; op. cit. pp. 167-69.

6. Desde un punto de vista ontológico, *deber ser* y *ser* no son incompatibles; aunque desde un punto de vista empírico sí. Vid BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 85-90.

7. Vid. este concepto desarrollado en LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos, *Doxa*, 4, 1987, p. 30 y ss.

8. Una postura crítica puede encontrarse en DE LUCAS, J. y AÑÓN, M<sup>a</sup> J., "Necesidades, Razones, Derechos", *Doxa*, 7, pp. 70-71, 74-75 y 80-81. Siguiendo a G. THOMSON argumentan que las necesidades pueden constituir razones, pero no "razones concluyentes". Esto es, que el

las necesidades humanas tendrían por sí mismas un elemento *intrínseco* que las haría ser dignas de protección<sup>9</sup>. Por tanto, sí que podemos hablar y hacer que se sigan de proposiciones valorativas consecuencias valorativas. Consiguientemente, no caeríamos en la "falacia naturalista"<sup>10</sup>.

#### b) ¿Teorías monistas o dualistas?

Se las critica a las teorías de los derechos morales que parecen unas teorías monistas, ya que dan una misma respuesta a cuestiones de concepto y fundamento, aunque al final sean tan sólo unas teorías relativas al fundamento que se remiten a valores de otras teorías: necesidades, bienes básicos, intereses...<sup>11</sup>

Las teorías de los *moral rights* surgen como unas teorías que pretenden explicar el concepto de Justicia y por tanto de lo que significa el concepto de derecho. El punto de partida a considerar es si se puede configurar como unas teorías monistas o dualistas. Esto es, si el concepto de derecho y su fundamento tienen una explicación común o diferenciada.

Desde mi punto de vista, si tenemos que realizar una adscripción según la distinción apuntada, tendremos que decir que las teorías de los derechos

---

paso a su satisfacción no puede explicarse de forma prescriptiva. Las necesidades serían razones *prima facie* para la acción.

9. Sin embargo, hay que señalar que sobre esta cuestión existe un amplio debate doctrinal y no existe acuerdo sobre el carácter normativo de las necesidades. Entre quienes discuten este carácter normativo están, FITZGERALD, R., "The Ambiguity and Rhetoric of Need", *Human Needs and Politics*, Pergamon, Siney; y SPRINGBORG, P., *The problems of Human Needs and the critique of Civilisation*, George Allen and Unwin, 1981. Para un análisis de las diversas teorías sobre las necesidades y los problemas que plantea su relación con los derechos vid. la tesis doctoral de M<sup>a</sup> J. AÑÓN, *Teorías sobre las Necesidades y su Proyección en Teoría de Derechos. Especial atención al modelo de Agnes Heller*, Universitat de València, julio 1988, en prensa.

10. La solución a la crítica de que no se pueden deducir proposiciones éticas de proposiciones no éticas se puede subsanar -como hemos visto- introduciendo definiciones éticas en términos no-éticos. Sin embargo, las críticas de los intuicionistas (G. E. MOORE, J. LAIRD...) van más allá: los valores son irreducibles a no-valores. Este interesante análisis puede verse en FRANKENA, W. K., "La falacia naturalista", en *Theories of Ethics*, op. cit., p. 84.

11. Cfr. DE LUCAS, J., "Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la utilidad del concepto de derechos morales)", *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento y Sujetos*. Madrid, Tecnos 1992.



humanos como derechos morales son unas teorías monistas<sup>12</sup>. El concepto se define en referencia a los bienes o necesidades del ser humano que son dignos de ser protegidos, y que pueden ser exigidos al resto de la sociedad por esa razón. Por tanto en el concepto podríamos encontrar los siguientes elementos: a) el sujeto a que se refieren los "moral rights" es el ser humano; b) Lo que podríamos llamar el objeto protegible, serían aquellos bienes o necesidades del ser humano, sin los cuales podría causársele un perjuicio para su desarrollo; c) el contenido sería la exigencia de esta protección que se hace a la sociedad o a la comunidad en donde el sujeto se encuentra. Sin estos elementos sería difícil construir un concepto de *moral rights*, ya que su exigencia proviene o tiene su razón de ser en el propio concepto de necesidades, bienes o intereses fundamentales. Por lo que, la protección y exigencia de esos bienes o necesidades fundamentales del ser humano resultan como elementos definatorios del concepto de *moral rights* como derechos humanos.

El fundamento de los *moral rights*, el carácter que le proporciona especial importancia y por tanto, le hace merecedor de la característica de proteccionabilidad, elemento que no puede separarse del contenido del concepto, es el de la existencia de unas necesidades o bienes básicos fundamentales. Serían aquellos bienes o necesidades básicas para el desarrollo del ser humano que se encuentran en el propio subsuelo de su existencia como formas básicas de realizarse el ser mismo<sup>13</sup>.

Por consiguiente, las teorías de los derechos morales habría que considerarlas como las teorías monistas en la medida en que concepto y fundamento vienen definidos a partir de bienes, intereses o necesidades humanas básicas. Como veremos más adelante, esta consideración que subrayaría la conexión entre el derecho y la moral, tiene además la ventaja de que no reduce el concepto de derecho a su validez, proporcionando una visión completa de los derechos, incluso en aquellas situaciones en las que

---

12. M<sup>a</sup> J. ANÓN, afirma que "alguna nota o algún criterio que se da en la justificación tendrá que darse también en el concepto, si se quiere definir los derechos coherentemente con su fundamento", aunque piensa que las necesidades básicas tienen su lugar en el terreno de la fundamentación y no del concepto, vid. "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento y Sujetos*; Madrid, Tecnos, 1992.

13. MILL, J. S., *Utilitarianism*, Chapt. V, Collected Works (a partir de ahora CW), *Essays on Ethics, Religion and Society*, vol. X, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, p. 251 (trad. castellana E. Guisán, Alianza Editorial, Madrid 1984, p. 119). "Which indicate the basic forms of human flourishing", Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 23.

no estén reconocidos por el ordenamiento jurídico o hayan sido reconocidos defectuosamente<sup>14</sup>.

### c) Las teorías de los derechos morales son unas teorías iusnaturalistas

Esta es la principal crítica a estos autores por considerar a los derechos como pre-institucionales<sup>15</sup>, ya que resulta ser como iusnaturalista cualquier postura que defina los derechos independientemente de instituciones sociales o jurídicas, e incluso antes de que estén éstas definidas. Igualmente, esta calificación también les viene al no separar convenientemente el derecho de la moral<sup>16</sup>. Sin embargo, estas aseveraciones son matizadas en el sentido de que se trataría de un "iusnaturalismo atípico"<sup>17</sup> o de una "fundamenta-

14. FERNÁNDEZ, E., "Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos", *El Fundamento de los Derechos Humanos*, VVAA, Madrid, Debate, 1989, p. 157.

15. Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978 (trad. castellana de M. Guastavino, Barcelona, Ariel 1984, pp. 38 y 267-268). Vid. tb. FEINBERG, J., *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, p. 84 LYONS, D., "Utility and Rights", *NOMOS XXIV Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, 1982, pp. 108-109. PANICHAS, G. E., "The Structure of Basic Human Rights", *Law and Philosophy*, vol. 4, n° 3, 1985, pp. 343-75, trad. castellana M. Gascón en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 7, 1990, pp. 113-114 y 136; Vid. de FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984, pp. 107 y 221 y *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 173 y 176-77. NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 3ª Ed., Barcelona, Ariel 1987, pp. 196-7; y *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel 1989, capt. I. Entre otros vid. las críticas de PECES-BARBA, G., *Escritos sobre los Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 230 y en *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 110; y de PRIETO, L., "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año V, n° 14, mayo-agosto 1985, pp. 353-377, vid. tb. "Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas", *Anuario de Derechos Humanos*, 4, Madrid 1987, p. 301.

16. "Hablar de derechos humanos al igual que de derechos morales, como se hace, supone ampliar el sentido de lo jurídico identificándolo con la moralidad, sin distinguir ambos momentos y sin reservar el concepto a las normas válidas. Por supuesto que los derechos fundamentales son la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores de libertad e igualdad como cauces para alcanzarla. Pero es igualmente cierto que no se puede emplear el término Derecho con propiedad, ni hablar de derechos humanos ni de derechos fundamentales, si esa moralidad no forma parte del derecho positivo". Cfr. PECES-BARBA, G., *Escritos sobre los Derechos fundamentales*, op. cit., p. 234. "Si con la expresión 'derechos morales' se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo". Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., op. cit., p. 179.

17. Cfr. PRIETO SANCHIS, L., "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", op. cit., p. 355; PINTORE, A., *Norme e Principi. Una Critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 71; PORRAS DEL CORRAL, M., *Derecho, Igualdad y Dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin*, Universidad de Córdoba, 1989, p. 125.

ción iusnaturalista de tipo deontológico”<sup>18</sup> ya que su justificación en general no suele basarse en la naturaleza humana sino en otras razones. En realidad, lo que pretenden estos autores es enfatizar que la existencia de los derechos no depende de decisiones comunitarias, prácticas sociales o de la legislación existente<sup>19</sup> para evitar reducir el concepto de derechos humanos a una época histórica, una sociedad concreta o a un ordenamiento jurídico subrayando, su carácter universal. Este tipo de iusnaturalismo sería el que Sumner califica de “derecho natural en sentido amplio”<sup>20</sup> o que podríamos denominar “iusnaturalismo débil” y que no sería incompatible (a primera vista) con el concepto de derechos morales, a diferencia del iusnaturalismo que hemos calificado de “ontológico”.

Podemos cifrar el origen de la reducción de los derechos morales al iusnaturalismo, no en el momento histórico en el que se produjeron las declaraciones de derechos humanos impregnadas de un iusnaturalismo de corte racionalista, sino en los posteriores desarrollos doctrinales críticos de algunos autores, entre ellos Bentham<sup>21</sup>, que no diferenciaron convenientemente derechos naturales y derechos morales. Es clara la influencia iusnaturalista de las declaraciones de derechos humanos del dieciocho<sup>22</sup>, las rémoras de estas concepciones y los intentos de superación de estos inconvenientes, siendo las teorías de los derechos morales una muestra de ello. Por ello no habría que mostrar escándalo en la aparición de concepciones que intentan superar los problemas de las anteriores, sobre todo en

---

18. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al derecho*, op. cit., p. 178-79; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 177 y ss. y *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 48 y ss. Esta fundamentación iusnaturalista se referiría a aquellos valores a los que habría que aspirar como una fundamentación de tipo ideal o crítico. Se trataría de un iusnaturalismo en sentido débil frente al iusnaturalismo ontológico, en sentido fuerte, en el que la justicia que preconiza es lo que “debe ser”.

19. FREY, R. G., “Act Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights” en *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, p. 63.

20. Vid, por ejemplo SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1989, p. 140. La versión de SUMNER de los derechos morales la adopta de MILL y nos dice que alguien tiene un derecho moral sólo en el caso de que su posesión del correspondiente derecho convencional esté moralmente justificada. Cfr. pág. 142.

21. Conocida es su crítica en varios de sus escritos. Entre ellos podemos destacar “View of a Complete Code of Law” y “Pannomial Fragments” en *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. III; y “Supply Without Burden” en *Jeremy Bentham's Economic Writings*, 3 vols., ed. W. Stark, London, George Allen & Unwin, 1952-4, vol. I.

22. “cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista. Lo cual, lejos de ser una rémora teórica, permite insertar el fundamento de los derechos humanos en el contexto histórico-doctrinal en que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento.” Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 179.

cuestiones ontológicas y epistemológicas<sup>23</sup>, y que no se enmarcarían sino en el devenir de un desarrollo de la historia de las ideas.

Se ha discutido si la oposición de Bentham a los derechos naturales le lleva también a negar los derechos morales<sup>24</sup>. Independientemente que Bentham estuviese o no a favor de los mismos lo que es claro es que Bentham no diferenciaba los derechos morales de los derechos naturales, como hacía Mill y esta postura es la que puede explicar la aparente negación de los mismos<sup>25</sup>. La cuestión a dilucidar es, si Bentham y Mill compartían una teoría moral consecuencialista y una concepción de lo que son los derechos como intereses protegidos, no se entiende por qué tenían una actitud diferente hacia los derechos morales<sup>26</sup>. Es más, en principio, las intenciones de fundamentar las llamadas reglas de la justicia en la "utilidad general" parecen ser las mismas, al igual que los paralelismos con la versión de Mill de los derechos morales<sup>27</sup>.

Una primera respuesta a la no aceptación de los derechos morales por Bentham puede encontrarse en el hecho de que Bentham, a diferencia de Mill, nunca distinguió entre derechos morales y derechos naturales, o entre los dos sentidos en que puede ser entendido un derecho como natural, según hemos explicado anteriormente. Como los derechos naturales en sentido fuerte hacen referencia a una teoría de los derechos naturales ontológica, la aceptación de su existencia está fuera del planteamiento de cualquier consecuencialista. Sin embargo, lo que llamaríamos "derechos naturales en sentido amplio" que corresponderían a una teoría de los derechos naturales deontológica o crítica, no serían incompatibles con un esquema consecuen-

23. Cfr. FEINBERG, J., *Social Philosophy*, op. cit., p. 85.

24. Entre los autores que piensan que Bentham no se opone a los derechos morales vid. SUMNER, L. W., en "Rights Denaturalized", *Utility and Rights*, op. cit. recopilada en el capítulo IV de *The Moral Foundation of Rights*, op. cit. Vide tb. en el capt. V; y HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Chapt. IV, Oxford, Clarendon Press, 1982 (trad. cast. de J. R. de Páramo, *Anuario de Derechos Humanos*, 3, Universidad Complutense, Madrid 1985, pp. 137-161. (Las citas posteriores seguirán esta edición). La postura contraria puede verse entre otros en FREY, R. G., "Act' Utilitarianism, Consequentialism, and Moral rights", op. cit.; y LYONS, D.: "Mill's Theory of Justice", en *Values and Morals*, A. I. Goldman y J. Kim (eds.), Dordrecht (Holland), D. Reidel; 1978 pp. 1-20.

25. Voy a seguir en esta argumentación a SUMNER, L. W., en *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., pp. 139-40.

26. Un intento de resolver esta cuestión puede verse en HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", op. cit.

27. SUMNER apoya su argumentación citando dos textos de BENTHAM, J.: "Supply Without Burden", *Jeremy Bentham's Economic Writings*, op. cit., vol. I, 336 n; y "Pannomial Fragments", *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. III, p. 218.

cialista (como el que propugna, por ejemplo, Mill). Por lo que, con esta interpretación, podrían caber en una teoría consecuencialista tanto los derechos morales como los derechos naturales. Por esto, cabría pensar que el rechazo de Bentham tanto a los derechos naturales como a los derechos morales se enmarcaría en el contexto jurídico y político de su tiempo, y en ese sentido, se entendería como un rechazo de la "retórica política" de las declaraciones de derechos. El rechazo de Bentham de este tipo de derechos naturales le llevó a rechazar la idea de derecho natural en cualquier sentido y por consiguiente la propia idea de derecho moral. En cambio, posteriormente, en la época de Mill, ya había disminuido bastante la tendencia, retórica del iusnaturalismo racionalista y "había menos peligro en que la rehabilitación de la noción de derecho moral ayudara y apoyara al enemigo. De esta forma Mill podía admitir explícitamente lo que (en su análisis) Bentham al menos admitía implícitamente, esto es, que los individuos tienen tales derechos."<sup>28</sup>

En segundo lugar, y en conexión con la anterior, habría que apuntar que aunque Mill y Bentham compartían una teoría de los derechos como intereses protegidos (*benefit theory*), podríamos decir que no existe la misma identidad en el desarrollo de la misma y en su conexión con la moral. Para Bentham los derechos no son factores morales independientes sino que son considerados como hechos que contribuyen a determinar la utilidad de un estado de cosas determinado. En cambio, para Mill existe una conexión entre derechos y utilidad por medio de la justicia, con lo cual los derechos adquieren cierta independencia del cálculo utilitarista<sup>29</sup>.

Llegados a este punto puede ser útil analizar las coincidencias y diferencias que encontramos entre lo que sería una teoría de los derechos naturales y las llamadas teorías de los derechos morales (para simplificar en ellas vamos a incluir tan sólo las teorías contractualistas, las consecuencialistas, y las propias iusnaturalistas), que recogen concepciones muy diferentes del concepto de derecho. De esta forma podremos comprobar cómo algunos requisitos de una teoría de derecho natural coinciden con algunos elementos de otras teorías de los derechos morales; pero otros hacen imposible su

28. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 140.

29. Vid. entre otros PASTORE, B., "Diritti e paradigma utilitarista: rileggendo J. Bentham e J. S. Mill", *R.I.F.D.*, 1988, pp. 74-107. En este sentido vid. HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", op. cit., *A.D.H.*, p. 148: "Ahora bien, en lugar de desaprobarnos, como Bentham hace, el sentido dado a la noción de un derecho no jurídico al considerarlo como una fuente de confusión, Mill considera este concepto como un elemento esencial de su teoría de la justicia en la medida en que es diferente del resto de la moralidad, ya que una acción injusta se distingue de las acciones que son moralmente incorrectas por el hecho de que infringe el derecho moral de algún individuo 'identificado'."

identidad. Con ello llegaremos a la conclusión de que el concepto de derecho moral no forma parte de una teoría autónoma y diferenciada de derechos, sino que es un elemento que intenta explicar el concepto y la función del derecho en cualquier teoría. Es decir, lo que trataríamos es de demostrar que los derechos morales son compatibles con estructuras iusnaturalistas, contractualistas y consecuencialistas (aunque habría que decir que en cualquiera de estos esquemas funcionan no exentos de problemas).

Según las teorías de los derechos naturales, “los derechos morales son los productos de un sistema de reglas morales naturales, de tal forma que los derechos morales son derechos naturales.”<sup>30</sup> Consideramos una teoría de los derechos naturales como aquella teoría moral que satisface las cuatro condiciones siguientes: 1) contiene algunos derechos, 2) trata sus derechos como moralmente básicos, 3) conecta la posesión de sus derechos con la posesión de alguna propiedad moral natural y 4) acepta alguna forma de epistemología moral realista.

La primera condición, que es conceptual, coincidiría en las teorías de los derechos morales: las teorías de los derechos naturales tienen que emplear alguna concepción de derecho, lo cual no quiere decir que empleen la misma. De lo que se trata es de subrayar la preponderancia de los derechos sobre otros elementos de la estructura normativa. En el mismo sentido las teorías de los derechos morales subrayan la primacía de los derechos, frente por ejemplo los deberes, u otros medios de protección normativa<sup>31</sup>.

La segunda condición se refiere al fundamento: trata a los derechos como moralmente básicos y lo hace si todos sus principios básicos o categorías morales fundamentales son derechos. Esta condición requiere que una teoría de los derechos naturales sea una teoría basada en derechos (*right-based theory*) ya que afirma la existencia de derechos morales y toma esta categoría moral como básica derivando otras categorías morales, si las hay, de ella<sup>32</sup>. Este requisito, por ejemplo, no sería cumplido por las teorías consecuencialistas, que habría que considerarlas “goal-based theories”, pero sí por las teorías contractualistas.

---

30. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 92. “Una teoría de los derechos naturales es cualquier teoría moral que asigna algún conjunto de derechos básicos a los individuos en virtud de la posesión de alguna propiedad natural y que trata la existencia de estos derechos como una realidad fáctica.” Cfr., “Rights Denaturalized”, op. cit., p. 26.

31. Vid. por ejemplo MACCORMICK, N., “Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Rights”, *Archiv für Recht-und Sozialphilosophie*, LXII, 1976, p. 312; recopilado en *Legal rights and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford 1986; trad. castellana de M. Carreras y A. L. Martínez-Pujalte, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid 1988, p. 300.

32. SUMNER, L. W., “Rights Denaturalized”, op. cit., pp. 23-25.

El tercer requisito se refiere a que una teoría de los derechos naturales debe asignar sus derechos básicos a los individuos en virtud de su posesión de alguna propiedad natural. Pero, ¿Qué requeriría una propiedad para ser natural? La posesión de la propiedad por un individuo debería ser cognoscible empíricamente, no requeriría la existencia de ninguna institución particular o convención, y sería independiente de la existencia de instituciones o convenciones sociales<sup>33</sup>. Entiendo que este requisito se puede referir, como ya hemos visto al comienzo de este apartado<sup>34</sup>, a *natural* en contraposición a *artificial* o creado y no en relación a propiedades naturales o innatas. Con lo que el espectro de compatibilidad con las heterogéneas teorías de los derechos morales quedaría abierto.

El cuarto presupuesto es metodológico: el método que utilizan estas teorías es una epistemología moral realista<sup>35</sup>. Las teorías consecuencialistas también pueden utilizar este método y ser compatibles con los derechos morales<sup>36</sup>; pero no tratan a sus derechos como moralmente básicos sino que los establecen en un nivel derivativo más que en un nivel básico en su estructura moral. Las teorías contractualistas, en cambio, aunque pueden tener la misma base moral que una teoría de los derechos naturales, esto es consideran que algunos derechos son moralmente básicos, utilizan un método no realista o constructivista de los derechos mediante un procedimiento de elección colectiva.

No he tratado de demostrar que alguna de estas teorías tenga méritos suficientes para ser irrefutable; no es éste el lugar, sino que la comparación de las mismas con los presupuestos de una teoría iusnaturalista nos puede llevar a la conclusión de que podemos hablar de derechos morales sin tener que ser considerados como iusnaturalistas.

Podríamos concluir este apartado recopilando las ideas que en él hemos expuesto:

1. Que el concepto de derecho moral es **autónomo** de cualquier tipo de teorías, ya que no forma parte de teorías alternativas diferenciadas a las

33. Cfr. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 25-26.

34. Vid. nota 15.

35. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 26-27.

36. Vid. entre otros J. S. MILL en su *Utilitarianism*, op. cit.; y por ejemplo una "teoría utilitarista cualificada", así calificada por PANICHAS, G. E., en "The Structure of Basic Human Rights" op. cit., como es la de LYONS, D., "Utility and Rights", *NOMOS XXIV Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, 1982; y el propio SUMNER, L. W. en la ya citada *The Moral Foundation of Rights*.



teorías de los derechos existentes, sino que es un elemento que forma parte de las mismas y que de alguna manera intenta servir como instrumento que las explique mejor.

2. Esto es, no pretenden ser una teoría del derecho global sino explicar lo que puede ser el concepto de derecho desde un **punto de vista moral**. "Es importante enfatizar que la versión de Mill de la naturaleza de los derechos morales es **una pieza de su análisis conceptual** y es, por consiguiente independiente de su teoría moral sustantiva."<sup>37</sup>

3. La reducción de los derechos morales a los derechos naturales es debida a la confusión que hizo Bentham de los mismos y a su crítica a las declaraciones de derechos humanos.

4. Sin embargo en la actualidad pueden ser entendidas como teorías autónomas por la polémica que crea su difusión y al querer ser presentados dentro de teorías alternativas a la discusión positivismo-iusnaturalismo.

## B) LA CONEXIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

a) Los teóricos de los derechos morales nos ofrecen algunas razones de la conexión:

1. La validez de una norma depende de su conexión con principios morales sólidos<sup>38</sup>: partiendo de que no existen normas jurídicas sin contenido valorativo. "Los principios jurídicos no tienen que ser identificados por la regla de reconocimiento social de Hart, que está constituida por prácticas sociales contingentes, sino por una teoría normativa sólida, la cual debe fijar las normas del derecho reguladas a muy alto nivel, y, sujetas a tal

37. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 137. Esta interpretación la toma de LYONS, D en "Mill's Theory of Morality", *Nous*, 1976, 10, I; y en "Human Rights and the General Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 6, 2. (La negrita es nuestra.)

38. Podemos distinguir tres tipos de validez: a) sistemáticas (*systemic validity*) o de pertenencia al sistema, b) factual (*factual validity o efficacy*) o como vigencia social de las normas jurídicas, y c) axiológica o aceptabilidad (*axiological validity o acceptability*) como vinculatoriedad o validez en sentido normativo estricto. En este caso nos referimos a la validez axiológica, en la que "nos hallamos frente a la conclusión de un razonamiento práctico de naturaleza deontica o valorativa en sentido estricto." Es decir, se tratarían de enunciados "valorativos en sentido fuerte" o con "pretensión de obligar". Vid LAPORTA, F. J.: "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 203 y ss.; A. ARNIO, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel 1987, pp. 33-46.



límite, también les da a las normas la mejor justificación moral. Aunque el propio requisito limita el tipo de consideraciones morales que pueden ser incluidas en el derecho, la teoría de Dworkin parece conducir a establecer una conexión entre derecho y principios morales sólidos. (...) Si la validez jurídica de una norma depende simplemente de si la norma es consistente con principios morales sólidos, entonces el derecho es un asunto de argumentación moral, sin tener en cuenta las prácticas sociales de una sociedad concreta (...) El mérito moral, y sólo el mérito moral, determina la relevancia jurídica de un modelo moral. Si el derecho es un asunto de argumentación moral en este primer sentido entonces ciertamente no existe separación conceptual entre el derecho y la moral.”<sup>39</sup> En relación con lo anterior habría que hacer algunas precisiones. En primer lugar, que “la no existencia de separación conceptual” no significa confusión entre la moral y el derecho, sino que intenta resaltar su conexión. Una segunda precisión se refiere a que “no toda norma moral es, por serlo, norma jurídica. Para ser norma jurídica necesita cumplir con ciertos requisitos de identificación que no le suministra su condición de norma moral.”<sup>40</sup> Y en tercer lugar, sólo serían válidas aquellas normas jurídicas cuyo “contenido sea moralmente vinculante”<sup>41</sup>. El derecho válido depende de la satisfacción de estas “bien fundadas” normas morales, y por tanto el derecho para que pueda considerarse “justo” depende de lo que algunos autores han llamado la ‘verdad moral’<sup>42</sup>. En caso contrario, si el ordenamiento jurídico no recogiera estos principios morales sólidos, sería moralmente deficiente<sup>43</sup>.

2. La especial importancia moral de los derechos humanos: la confusión entre lo que es el derecho y su fundamento se entiende que sería el pago de un alto precio para evitar la confusión entre el concepto y sus técnicas de protección<sup>44</sup>. Sin embargo, los derechos humanos como derechos morales,

39. Ten, C. L., "Moral Rights and Duties in Wicked Legal Systems", *Utilitas*, vol. 1, nº 1, 1989, pp. 136-137.

40. Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 206.

41. Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 206. en el mismo sentido puede verse SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 142.

42. LYONS, D., *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 1985, p. 62 (trad. cast. Ariel, Barcelona, 1986).

43. MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit. p. 306.

44. Sin embargo, otros autores piensan que no existen consecuencias prácticas negativas de la conexión derecho y moral. Cfr. SOPER, P., "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", *Social Philosophy and Policy*, vol. 4, nº 1, pp. 31-48. Trad. castellana. J. R. de Páramo, *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, Barcelona, Ariel 1990, p. 48.

por el contenido que protegen, tienen que recoger en el concepto un conjunto de aspectos morales<sup>45</sup> (que también formarían parte del fundamento) que si se tratase de otro tipo de derechos no tendrían porqué contemplarse de esta forma, ya que podrían ser modificados arbitrariamente por otros valores, por la moral social, por el consenso... Sin embargo, en los derechos de los que estamos hablando dichas modificaciones supondrían ir contra la propia significación de los mismos: los mínimos que el ser humano debe tener protegidos para que pueda desarrollarse en libertad<sup>46</sup>. De esta manera, los autores que utilizan el concepto de derechos morales en su argumentación conectan los aspectos de concepto y fundamento (las nociones jurídicas y morales) ya que en estos casos el concepto tiene que recoger nociones valorativas no neutrales<sup>47</sup>.

3. Los derechos y las obligaciones morales no dependen fundamentalmente del derecho positivo, sino que también hay que tener en cuenta consideraciones morales<sup>48</sup>. En este sentido habría que considerar las formas

---

45. "Si los enunciados jurídicos que reconocen u otorgan derechos humanos son vinculantes ello se debe a que son conclusiones de un razonamiento práctico cuyas premisas prácticas o valorativas son extrajurídicas. (...) Me parece que es ineludible mantener que, si aceptamos que 'validez' significa obligatoriedad o fuerza vinculante, tales enunciados han de ser de naturaleza moral, puesto que sólo los enunciados morales tienen tal pretensión de obligatoriedad." (...) "son 'bienes' constitutivos del ser humano como agente moral, bienes básicos desde el punto de vista moral, en el sentido de que forman parte de las presuposiciones implícitas en todo lenguaje moral y en toda conducta que pueda ser calificada de moral." Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 205 y p. 207. Según NINO, C. S., "Los derechos humanos son *derechos establecidos por principios morales*", vid. como los caracteriza en *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 19-20.

46. "...no es posible creer en la categoría de los 'derechos morales' a menos que se acepte de alguna manera el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos. Estoy de acuerdo. La creencia en el respeto en la persona es, en efecto, una condición esencial previa a la creencia en los derechos morales. Y el respeto a los demás es un principio moral fundamental y básico." MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit., p. 311, A. F. D. p. 300. Puede verse un análisis de la relación entre moral y derecho en el capítulo III de D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, op. cit.

47. "La idea que tenemos, por consiguiente, de que podemos exigir a nuestros semejantes que nos ayuden a asegurarnos el propio subsuelo de nuestra existencia, genera sentimientos en torno a ella de una intensidad tan superior a la que se da en cualquiera de los demás casos más frecuentes de utilidad, que la diferencia de grado (como ocurre a menudo en psicología) se convierte en una auténtica diferencia de calidad." MILL, J. S., *Utilitarianism*, Chapt V, CW, vol. X p. 251; Alianza p. 119.

48. "Una persona puede perder sus derechos morales si daña deliberadamente los de otros, y la ley puede hacer efectiva esta pérdida clasificando los delitos e imponiendo castigos. Lo que no puede (moralmente) hacer, según la teoría, es privar a una persona de sus derechos morales por razones no morales. Todas estas consideraciones reiteran que los derechos y las obligaciones morales no dependen del derecho, y que las obligaciones legales han de depender de razones

en las que el derecho se puede pensar que tiene una dimensión moral, y es claro que en este espectro de casos entrarían los derechos humanos. Al resaltar la conexión entre derecho y moral<sup>49</sup> se distingue entre el concepto y la validez de los derechos, evitando los problemas que analizaremos en el siguiente apartado.

b) Estas afirmaciones de los teóricos de los derechos morales plantean algunos problemas:

1. El problema de la legitimidad de los valores morales y de su método: En este sentido, como dice Lyons, "no nos hallamos en condiciones de decidir si hay relaciones trascendentes entre el derecho y la moral a menos que sepamos establecer qué valores han de servirnos para juzgar como es debido el derecho."<sup>50</sup>, lo cual nos llevaría a la cuestión de la legitimidad o validez de los derechos morales<sup>51</sup>. La negación de la existencia de un "código de valores morales" como excusa de que no es necesario para la realización de una ciencia jurídica no es posible, ya que no podemos negar ni su relación con la moral ni establecer las relaciones derecho-moral sin acudir a juicios morales o teorías morales<sup>52</sup>.

2. La confusión fundamento-validez: Posiblemente esto pudiera resultar criticable por las connotaciones de autoritarismo y dogmatismo político que conlleva, aunque para algún autor resulta más perniciosa su distinción<sup>53</sup>.

---

morales para ser moralmente aceptables." Cfr. RAPHAEL, D. D., *Problems of Political Philosophy*, London, The Macmillan Press, 1970 y 1976; trad. castellana de M<sup>a</sup> D. González Soler, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 116-17.

49. "...el valor y la fuerza de los derechos humanos no depende de su eficacia o ineficacia, sino de su justificación e intensidad moral, que podrían resultar infravaloradas por la sobrevaloración de lo jurídico." Cfr. RUIZ MIGUEL, A. "Los Derechos Humanos como Derechos Morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?" en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 325.

50. D. LYONS, *Ética y Derecho*, op. cit., p. 76.

51. El problema de la legitimidad y sus conexiones con los de fundamento y validez son cuestiones que me propongo desarrollar separadamente en próximos trabajos.

52. "El concepto de derecho se define con referencia a un tipo específico de principio moral. Principios de un tipo relevante identifican bienes que son susceptibles de disfrute por varios individuos y dichos bienes podrían ser garantizados a cada individuo de una determinada clase. (...) La irresoluble controversia entre los derechos que la gente tiene y los que podrían ser acordados es una consecuencia lógica del carácter controvertido de los principios sustantivos morales y políticos. No es una consecuencia de la vaciedad del concepto de 'derecho' ni menos de su exclusiva apropiación de una particular escuela de filosofía jurídica y política o de una ideología." Cfr. MACCORMICK, N., "Law, Obligation, and consent: Reflections on Stair and Locke", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXV, 1979, p. 387-410; recopilado en *Legal rights and Social Democracy*, op. cit. p. 78.

53. SOPER, P., "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", op. cit., p. 49.

Pero ¿son suficientes para la legitimidad y conceptualización del derecho su “justificación” e “intensidad moral”? ¿esta intensidad les proporciona el valor jurídico o necesitan de la validez o eficacia para su juridicidad? O con esta “sólida justificación” ¿resultan ser tan sólo “condiciones de posibilidad”, pero sin llegar a ser completamente “jurídicos”?

### C) LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO CON LA VALIDEZ

La extendida idea de que los derechos forman parte tan sólo de los sistemas jurídico-positivos y no de otros sistemas normativos, proviene de la confusión entre derechos y técnicas de protección<sup>54</sup>. Esta confusión lleva consigo que sólo se reconozca como tal el derecho válidamente establecido en un sistema jurídico determinado. Sin embargo, el reconocimiento jurídico-positivo de los derechos, no es problema crucial respecto al concepto y menos en relación al fundamento, es un problema de validez<sup>55</sup>.

La teoría dualista que diferencia lo que es el concepto (para salvar el escollo de la temporalidad, la localidad y la conexión derecho-moral) de lo que es el fundamento (que recoge razones éticas de mayor o menor objetividad), supone una reducción del concepto del derecho al identificarlo con el derecho positivo. En definitiva, el problema que plantea la tesis dualista sería el de identificación del derecho con lo que es el sistema de protección del derecho. Eso sí, con un corrector ético, pero que no contempla, por ejemplo, aquellos sistemas en que no existe esta coincidencia. Esto es, el derecho válido puede no recoger estos valores morales e incluso ir contra ellos. Sin embargo, la teoría de los *moral rights* sí que tendría aplicación en estas situaciones en las que existiese una norma injusta. Para evitar el confusionismo, siguiendo a Laporta<sup>56</sup>, habría que distinguir los tres planos de la discusión: 1. concepto, 2. fundamento y 3. protección. Como hemos visto la conexión entre el concepto y el fundamento suscita menos inconvenientes de los que se dicen. La teoría de los derechos morales no es una teoría de fundamentación disfrazada. La teoría de los *moral rights* es una teoría de fundamentación que utiliza para ello el concepto de necesidades, bienes, intereses u otros. Pero el concepto de necesidades no

54. McCLOSKEY, H. J., "Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good", *Utility and Rights*, op. cit., pp. 124-25; LAPORTA, F. J.; "Sobre el concepto de derechos humanos", op. cit., p. 28.

55. "So far from its being the case that the remedial provision is constitutive of the right, the fact is rather that recognition of the right justifies the imposition of the remedial provision", MacCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit. p. 309.

56. Cfr. LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos", op. cit., pp. 23-46.

sólo sirve de fundamento, sino que también es un elemento que sirve para la estructura conceptual de lo que es el derecho. Su interconexión es evidente, y querer hurtar el matiz conceptual supone confundir los dos planos de la teoría reduciéndola al plano de la fundamentación. La razón de esta reducción se basa en la confusión del plano del derecho con el plano de la protección del derecho. Los dos primeros planos se situarían en el plano de la razón práctica y el tercero tendría en cuenta las circunstancias histórico-políticas de un tiempo y lugar determinados.

Podemos apuntar varias razones y diversos aspectos<sup>57</sup> en los que se origina esta confusión:

a) Aspectos de contenido: En sus orígenes históricos, la necesidad de la certeza o **seguridad** de la ley por medio de su codificación y publicación a través de los órganos legítimos para ello condujo a la identificación de legitimidad y legalidad. Esto es, se pretendía la **certeza de la legitimidad** o la necesidad de centralizar los orígenes de emanación de lo jurídico al convertirse la ley en el pilar del estado soberano. Con ello se propició la confusión de lo jurídico con lo codificado. El concepto del derecho puede prescindir del elemento de la seguridad; pero ¿se puede evitar el énfasis en la certeza legitimadora? ¿Depende de ella el concepto de derecho? Las tesis próximas al positivismo sostienen la imposibilidad de la existencia de un derecho sin que exista una fuente válida de legitimación que le de valor. En el caso de los derechos morales supone tener que reducirlos a lo que sería el derecho convencional en sentido amplio, con lo que se confunde el plano conceptual del derecho con el plano de la validez.

b) Aspectos formales o estructurales: La **protección institucionalizada**: Como dice Laporta: “en la tradición teórica en que se originan los derechos

---

57. "Esta idea de que los derechos humanos o morales no son propiamente 'derechos' en tanto que no vienen a ser reconocidos por un conjunto normativo positivo, puede tener dos orígenes: por un lado, la reducción de la noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones o exigencias ejercibles mediante la coacción institucionalizada, donde tener un derecho equivale a tener una potestad de reclamación jurídica efectiva, en especial ante los tribunales; por otro lado, la reducción de esa noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones cuyo contenido viene expresado en pautas no necesariamente coactivas ni jurídicas, pero sí socialmente vigentes como obligatorias, según ocurre en las reglas sociales no institucionalizadas. Mientras la primera conceptualización se fija sobre todo en determinados aspectos formales o estructurales del concepto de 'tener un derecho', como la presencia de la coactividad y la eficacia, la segunda se fija sobre todo en determinados aspectos de contenido y, en particular, en su precisión definitoria", Cfr. RUIZ MIGUEL, A., "Los Derechos Humanos como Derechos Morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?" en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 325. La versión que recojo aquí es la ampliada en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990, p. 156, que incluye algunas modificaciones.

humanos el Estado es concebido como el garante típico de los derechos en virtud de su titularidad del monopolio de la fuerza y aquí viene la reflexión: Sugiero que ha sido la aceptación acrítica de esta tradición la que puede haber determinado la expansión de la idea 'legalista' de los derechos humanos, es decir, de aquella idea que mantiene que sólo puede hablarse de derechos humanos cuando estamos en presencia de un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos. Pero lo que tratan de transmitirnos los primeros teóricos de los derechos humanos no es ésto, sino precisamente lo contrario, es decir, tratan de sugerir fuertemente que cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es *cuando* el funcionamiento de un aparato institucional de violencia como es el sistema jurídico recupera su justificación cabal."<sup>58</sup>

---

58. LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos", *op. cit.*, p. 38. Vid. Tb. NINO, C. S., "Sobre los derechos morales", *Doxa*, 7, 1990, p. 313-15. "Tal vez la vinculación de los derechos subjetivos morales con el respaldo a través de sanciones se justifique como una forma indirecta de decir que para que una relación normativa sea constitutiva de un derecho debe tener *efectividad*, vigencia, debe *gozar de reconocimiento*. Cuando ello ocurre la norma que subyace al derecho en cuestión se convierte en una norma social y aun -regla de reconocimiento mediante- en una norma jurídica (pienso que también supone una confusión del concepto del derecho en su eficacia). (...) Pero salvo que se identifique la existencia de las normas morales con esa vigencia (con lo que se aceptaría una posición convencionalista) no se ve por qué no se podrían invocar derechos precisamente para obtener su reconocimiento. El discurso habitual en términos de derechos morales -y centralmente el que alude a derechos humanos- no es un discurso constatativo de lo que generalmente se da; es un discurso de reforma y de brega; es un discurso dirigido a adecuar la realidad a ciertos ideales."

## “Precursores” en la defensa de los derechos de las mujeres

Por M<sup>a</sup> ENCARNACION FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ

Valencia

El presente año se cumple el segundo centenario de la *Déclaration des droits de la femme et la citoyenne*, escrita en septiembre de 1791 por Olympe de Gouges, una de los principales precursores, al lado de Condorcet y de Mary Wollstonecraft, en la reivindicación de los derechos de las mujeres. La ocasión parece adecuada para llevar a cabo un estudio sobre la aportación de dichos precursores a la defensa de los derechos de las mujeres y sobre el contexto en el que nacen sus reivindicaciones que es precisamente el de la situación de discriminación de las mujeres en la modernidad. Por esta razón hemos dividido nuestro trabajo en dos apartados. El primero se dedica al análisis de los caracteres de la discriminación de las mujeres en la modernidad, con especial referencia a las posturas doctrinales de Rousseau, Kant y Hegel sobre el particular. Por su parte, el segundo apartado se consagra a examinar las posiciones de aquellos autores y autoras que pueden ser considerados como los y las “precursores/as” en la defensa de los derechos de las mujeres, ya a finales del siglo XVIII, concretamente las aportaciones de Condorcet, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft.

### I. CARACTERES DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES EN LA MODERNIDAD

La modernidad política, que se caracteriza por haber desarrollado la idea de los derechos humanos, cristaliza en el último cuarto del s. XVIII con las revoluciones americana y francesa en el contexto de las cuales se producen las grandes declaraciones de derechos: las americanas y la francesa de 1789. Ahora bien, la modernidad política en un primer momento no reconoce, ni siquiera formalmente, los derechos de participación política de las mujeres, en particular su derecho al sufragio, al igual que sucede con otros sectores de la población, en concreto los no propietarios, los trabajadores por cuenta



ajena. Si, como subraya Ballesteros, “la grandeza mayor de la reflexión y praxis política de la Modernidad ha residido en el esfuerzo por extender universalmente el debate y la discusión de los problemas políticos, en que consistió ‘la libertad de los antiguos’”<sup>1</sup>, lo cierto es que la generalización de los derechos humanos (en especial los de participación política) a través de la igualdad en la titularidad de los mismos no se conseguirá en un primer momento ni para los varones no propietarios, ni para las mujeres. La única excepción a este no reconocimiento inicial de los derechos políticos de las mujeres la constituye la admisión del sufragio femenino en 1776 en el Estado de Nueva Jersey no sólo para las elecciones municipales sino también para las nacionales, aunque extensivo únicamente a las que fueran propietarias<sup>2</sup>.

Esta exclusión de las mujeres de la participación en la vida política es defendida por autores tan representativos de la modernidad como Kant y Hegel.

Kant en una muy breve referencia a la mujer en su “Respuesta a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?” parece incluirla en lo que él llama “autoculpable minoría de edad (*Unmündigkeit*)”<sup>3</sup> y en diversos pasajes de su obra la priva expresamente del derecho al voto equiparándola con el niño, pues, además de defender el voto censitario, exige para tener derecho al voto, esto es, para ser ciudadano activo, para poder ser colegislador, la cualidad *natural* de no ser niño ni mujer<sup>4</sup>.

---

1. Vide BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 69.

2. Cfr. MARSÀ VANCELLS, P., *La mujer en el derecho político*, Pamplona, EUNSA, 1970, p. 55.

3. KANT, I., “Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?”, en AA.VV., *¿Qué es la Ilustración?*, trad. de A. Maestre y J. Romagosa, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 9-10.

4. KANT, I., “En torno al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”, trad. de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 34 y *La Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1984, p. 314.

En un interesante trabajo titulado “Por una Ilustración feminista”, Adela Cortina sugiere, apoyándose sobre todo en los análisis kantianos en las *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime* considerados además a la luz de la *Crítica del Juicio estético*, que en la base de la discriminación jurídico-política de las mujeres en el pensamiento de Kant “se encuentra la inconfesada convicción de que las mujeres son realmente incapaces de vida moral” (CORTINA, A., “Por una Ilustración feminista”, en *Leviatán* 35, primavera 1989, pp. 101-111. La cita está tomada de la p. 105). En parecido sentido, OKIN, S. M., “Reason and Feeling in Thinking about Justice”, en *Ethics*, vol. 99, n. 2, pp. 229 y ss.



Por su parte Hegel en el párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*<sup>5</sup> “niega radicalmente -como subraya Ballesteros<sup>6</sup>- la posibilidad de acceso de las mujeres a las tres actividades modernas hegemónicas (ciencia, Estado y economía)”, reduciendo el puesto de la mujer al ámbito de la familia y ello en base a los siguientes argumentos. En primer lugar, porque mientras que el varón representa la universalidad y la objetividad de la razón, la mujer encarna el sentimiento. En segundo lugar y como consecuencia del anterior, porque en relación con el mundo exterior el varón representa la fortaleza y la actividad y la mujer la pasividad y la subjetividad. En base a estos mismos argumentos Hegel considera en particular peligrosa para el Estado la participación política de las mujeres. “El Estado correría peligro -declara en la nota del citado párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*- si hubiera mujeres a la cabeza del gobierno, porque no actúan según exigencias de la universalidad sino siguiendo opiniones e inclinaciones contingentes”.

Ese mismo alegato, junto con otros, había sido utilizado en Francia en la época de la Convención para justificar la disolución de los clubes femeninos decretada el 20 de octubre de 1793. En efecto, en el informe<sup>7</sup> que días antes había presentado a la Convención Amar, en nombre del *Comité de sûreté générale*, se pedía la disolución argumentando, entre otras cosas, que las asociaciones de mujeres en cuanto que suponían una participación activa de éstas en política, resultaban peligrosas para los asuntos públicos pues las mujeres están más expuestas al error y a la seducción y tienen una mayor tendencia a la exaltación.

Por otra parte, de acuerdo con la teoría del reconocimiento de Hegel, el individuo logra su pleno reconocimiento en el Estado, en cuanto está

---

5. HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, trad. de J. L. Verma, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1975, párrafo 166, pp. 212-213.

6. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit., p. 129.

7. Citado por DUHET, P.-M., *Les Femmes et la Révolution (1789-1794)*, Paris, Julliard, 1971, pp. 150 *in fine*- 158, en particular p. 157.

Y. Bessières y P. Niedrwiecki, en su trabajo *Las mujeres en la Revolución francesa. 1789. Bibliografía*. Cuadernos de Mujeres de Europa. n° 33. Comisión de las Comunidades Europeas, enero de 1991, subrayan cómo la decisión de la Convención de disolver los clubes femeninos instauró la "muerte política" de las mujeres, mientras que el Code Civil consagró su "muerte civil" (Cfr. *op. cit.*, p. 9).

dispuesto a sacrificarse, a morir y/o matar por el Estado<sup>8</sup>, lo cual explica la primacía del sexo masculino sobre el femenino.

Junto a esta exclusión de la participación en la vida política, las mujeres se vieron también excluidas en la modernidad de la participación en la vida económica y cultural.

En relación con el primero de los aspectos señalados, Ivan Illich<sup>9</sup> subraya cómo en el s. XIX, paralelamente a la implantación en el mundo occidental de una economía basada en el trabajo asalariado que sustituía a la anterior economía de subsistencia en la que la mayoría de las personas creaban su subsistencia gracias a actividades múltiples al margen de todo intercambio monetario, las mujeres fueron excluidas del trabajo asalariado o, a lo sumo, relegadas a trabajos asalariados de segunda categoría -primero en la máquina de coser, después en la máquina de escribir y finalmente en el standard o en la terminal informática- y, sobre todo, fueron excluidas de toda contribución a la subsistencia familiar al ser confinadas en el hogar como amas de casa económicamente dependientes, por primera vez, improductivas y reducidas a realizar lo que Ivan Illich llama el “trabajo fantasma” (*shadow-work, Schattenarbeit, travail fantôme*) dentro del hogar.

El trabajo fantasma -del que el trabajo del ama de casa no es para Illich la única manifestación, aunque sí el prototipo- representa según el citado autor la forma de discriminación más característica de las sociedades industriales avanzadas actuales.

Por su parte la exclusión de las mujeres de la participación en la vida cultural, así como la discriminación educativa son abiertamente justificadas por Rousseau y por Hegel.

En el libro quinto de *El Emilio* titulado “Sofía o la mujer”, Rousseau traza un programa completo de educación femenina partiendo de dos principios básicos.

El primero de ellos es formulado en los siguientes términos: “Una vez que se ha demostrado que el hombre y la mujer no están ni deben estar

---

8. HEGEL, G. W. F., *op. cit.*, parágrafos 325, 326, 327 y 328.

Sobre las implicaciones de la teoría del reconocimiento de Hegel en otro orden de cosas, concretamente en relación con la sacralización de la defensa que se considera como el mayor riesgo para la paz porque conduce necesariamente a la aceptación de la guerra, ver DE LUCAS MARTIN, F. J., “La noción de defensa y la crisis de legitimidad: ¿Qué significa defensa?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. II, 1985, pp. 77 y ss., concretamente, pp. 80-81 y 86.

9. ILLICH, I., *Le travail fantôme*, Paris, Seuil, 1981, pp. 117-139 *passim*.

constituídos del mismo modo, de carácter ni de temperamento, se desprende que no deben tener la misma educación"<sup>10</sup>. Cultivar en las mujeres las cualidades del hombre -escribe- y descuidar aquéllas que les son propias, perjudicaría a las mismas mujeres. Ello no significa -continúa- que las mujeres deban ser educadas en la ignorancia. La naturaleza quiere que piensen, que juzguen, que amen, que conozcan, que cultiven su espíritu como su rostro. "Ellas deben aprender muchas cosas, pero solamente -concluye- aquéllas que les conviene saber"<sup>11</sup>.

El segundo principio del que parte Rousseau es el de que "toda la educación de las mujeres debe ser relativa a los hombres. Complacerles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de mayores, aconsejarles, consolarles, hacerles la vida agradable y dulce: he aquí los deberes de las mujeres en todos los tiempos y lo que debe enseñárseles desde su infancia"<sup>12</sup>.

De conformidad con estos principios el modelo rousseauiano de educación femenina incluye la costura, el bordado, el encaje, el dibujo<sup>13</sup>; el canto, la danza y, en general, las artes agradables, entre las que ocupa un lugar de primer rango el arte de hablar agradablemente<sup>14</sup>. Aunque admite que se enseñe a las mujeres a leer y a escribir, no le parece conveniente que se las apremie a aprender en su temprana edad. "Después de todo, ¿escribiste-¿qué necesidad hay de que una muchacha sepa leer y escribir tan pronto? ¿Tendrá inmediatamente un hogar que regir? Hay muy pocas que no hagan mayor abuso que uso de esta fatal ciencia; y todas son demasiado curiosas para aprender sin que se les fuerce a ello, cuando tengan tiempo y ocasión"<sup>15</sup>. Considera, en cambio, que deben aprender pronto a contar<sup>16</sup>.

En cuanto a la formación moral, las cualidades que desde muy pronto deben inculcarse a las jóvenes son la laboriosidad<sup>17</sup>; la docilidad y la

---

10. ROUSSEAU, J. -J., *Emile ou de l'éducation*, en *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, vol. IV, Paris, Gallimard, 1969, p. 700.

11. Cfr. *Ibid*, pp. 701-702.

12. Vide *Ibid*, p. 703.

13. Cfr. *Ibid*, pp. 706-707.

14. Cfr. *Ibid*, pp. 715-720.

15. Vide *Ibid*, p. 708.

16. Cfr. *Ibid*, p. 708.

17. Cfr. *Ibid*, p. 709.

dulzura<sup>18</sup>; la estima por los cuidados de su sexo, que sepan velar por su hogar y ocuparse de su casa<sup>19</sup> y el pudor, la modestia y la honestidad<sup>20</sup>.

Por lo demás, para Rousseau el cultivo de la razón que conviene al espíritu de las mujeres se circunscribe a objetos muy limitados. Importa a las mujeres cultivar la razón en cuanto que las conduce a conocer sus deberes y a amarlos por la consideración de sus ventajas. Aparte de estas reflexiones que inciden inmediatamente en sus deberes, las reflexiones de las mujeres deben tender al estudio del alma de los hombres (pero no, por abstracción, del espíritu del hombre en general, sino del espíritu de los hombres que las rodean y a los que están sometidas, sea por la ley, sea por estar sujetas a su juicio, a su opinión) o a los conocimientos agradables que sólo tienen el gusto por objeto<sup>21</sup>.

Rousseau justifica inequívocamente la exclusión de las mujeres de la participación en la vida cultural. “La investigación de las verdades abstractas y especulativas, de los principios, de los axiomas en las ciencias, todo cuanto tiende a generalizar las ideas -declara- no es de la incumbencia de las mujeres, cuyos estudios deben relacionarse todos con la práctica”<sup>22</sup>. Las obras de talento -continúa diciendo- exceden de sus capacidades. Y carecen asimismo de las cualidades necesarias para las ciencias exactas y los conocimientos físicos<sup>23</sup>.

En parecido sentido, Hegel, en la nota del párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*, declara: “Las mujeres pueden por supuesto ser cultas, pero no están hechas para las ciencias más elevadas, para la filosofía y para ciertas producciones del arte que exigen un universal. Pueden tener ocurrencias, gusto y gracia, pero no poseen lo ideal”.

Por lo demás, Hegel consagra asimismo en lo referente a la educación de las mujeres los estereotipos sexistas, al declarar, también en la nota del citado párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*: “Sin que se sepa por qué la educación de las mujeres tiene lugar de algún modo a través de la atmósfera de la representación, más por medio de la vida que por la adquisición de conocimientos, mientras que el hombre sólo alcanza su

---

18. Cfr. *Ibid*, pp. 709-711.

19. Cfr. *Ibid*, p. 715.

20. Cfr. *Ibid*, pp. 737 *in fine*- 745.

21. Cfr. *Ibid*, pp. 730-737.

22. Vide *Ibid*, p. 736.

23. Cfr. *Ibid*, p. 737.

posición por el progreso del pensamiento y por medio de muchos esfuerzos técnicos'<sup>24</sup>.

En relación con esta exclusión de las mujeres en la modernidad de la participación en la vida política, económica y cultural, se ha hecho una lectura en clave feminista de la ya clásica crítica de Adorno y Horkheimer de la razón ilustrada en cuanto "razón instrumental" que, al tiempo que subyuga la naturaleza, se erige en dominadora del hombre por el hombre<sup>25</sup>, y se ha sostenido que, aunque el proyecto ilustrado, el proyecto de la modernidad, se presenta como un proyecto de liberación, de emancipación humana, razón por la cual representa en principio una promesa de liberación para las mujeres -de hecho, como luego veremos, las primeras reivindicaciones de los derechos de las mujeres, objeto central de nuestro trabajo, se sitúan en el contexto del movimiento ilustrado, e incluso en el marco de la Revolución francesa-, ello no obstante, "La Ilustración no cumplió sus promesas en lo que a la mujer se refiere, quedando lo femenino como aquel reducto que Las Luces no supieron o no quisieron iluminar, abandonando, por tanto, a la mitad de la especie en aquel ángulo sombrío de la 'pasión', la 'naturaleza' o 'lo privado'". "La razón ilustrada, que en un principio representa una promesa de liberación para la mujer, se trastueca en su opuesto -continúa diciéndose- justificando y consumando la sujeción de la mujer, una vez definido lo femenino como 'naturaleza'", porque la imagen ilustrada de la mujer ve a ésta como naturaleza-objeto, susceptible, por tanto, de dominación frente a la única subjetividad activa que es el varón. Se sostiene además que la crisis del proyecto ilustrado ha tenido mucho que ver con esta no asunción por parte de la Ilustración del programa feminista, pues no pudo ser posible una promesa de emancipación general basada en la sujeción de la mitad de la especie y se concluye que no puede hablarse hoy seriamente de una recuperación del proyecto ilustrado sin hacer referencia al feminismo<sup>26</sup>.

---

24. Vide HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho...*, cit., párrafo 166, nota, p. 213.

25. ADORNO, T.- HORKHEIMER, M., *Dialéctica del iluminismo*, trad. de H. A. Murena, Buenos Aires, Sur, 1969.

26. MOLINA PETIT, C., "El feminismo en la crisis del proyecto ilustrado", en *Sistema* 99, nov. 1990, pp. 135-142 *passim*. Las citas están tomadas de las páginas 135 y 137, respectivamente.

## II. LOS PRECURSORES EN LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Los presupuestos doctrinales para la reivindicación de los derechos de las mujeres fueron establecidos ya, según ha puesto de manifiesto María Corrias Corona<sup>27</sup>, en el último tercio del siglo XVII por el racionalista Poullain de la Barre en sus obras *De l'égalité des deux sexes* (1673), *De l'éducation des dames* (1674) y *De l'excellence des hommes contre l'égalité des sexes* (1675).

Aplicando el método cartesiano a la cuestión femenina, Poullain de la Barre denuncia el "prejuicio" de la inferioridad natural de la mujer -el error consiste en atribuir a la naturaleza lo que no es sino fruto de la costumbre- y sostiene la igualdad natural entre los sexos, en particular, en el plano racional e intelectual. "L'esprit -escribe- n'a point de sexe"<sup>28</sup>. En consecuencia, se muestra partidario de una identidad de formación para varones y mujeres y del acceso de éstas a todas las funciones sociales.

Pero habrá que esperar más de un siglo, hasta la época de la Revolución francesa con su proclamación de los derechos del hombre y del principio de igualdad de derechos, para que la tesis de la igualdad natural entre los sexos se traduzca en el plano jurídico en una reivindicación de los derechos de las mujeres.

En efecto, la discriminación de las mujeres y, en particular, el no reconocimiento de su derecho a la participación política implicaba una contradicción evidente con los principios revolucionarios y, en especial, con el principio de igualdad de derechos. Contradicción implícita también por lo demás en el sistema de sufragio censitario.

La contradicción que suponía la exclusión de las mujeres de los derechos políticos fue puesta de relieve muy pronto por autores vinculados de uno u otro modo al movimiento revolucionario: por Condorcet en su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité* publicado el 3 de julio de 1790 en el n<sup>o</sup> V del *Journal de la société de 1789* y por Olympe de Gouges en su *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* escrita en septiembre

---

27. CORONA, M. C., "Alle radici del femminismo emancipacionista", en *Sociologia del diritto*, n. 3, 1988, pp. 29-39. Sobre el feminismo de Poullain de la Barre, ver también ALBISTUR, M. y ARMOGATHE, D., *Histoire du féminisme français*, Paris, Editions des femmes, 1977, T.1, pp. 225-247.

28. POUILLAIN DE LA BARRE, F., *De l'égalité des deux sexes*, Paris, Fayard, 1984 (reedición), p. 59 y *passim*.

de 1791, textos que han sido calificados como los dos grandes manifiestos feministas de la época de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>29</sup>; y, fuera del ámbito francés, por Mary Wollstonecraft<sup>30</sup>, considerada como la pionera del feminismo británico, en su obra *A Vindication of the Rights of Woman* publicada a principios de 1792.

Condorcet es -en palabras de Benoîte Groult<sup>31</sup>- "el único feminista de la Revolución". Su defensa de las mujeres -subraya P. M. Duhet<sup>32</sup>- es consecuencia de una rigurosa honestidad intelectual. Condorcet -escribe la citada autora- "reclama con firmeza... el derecho a la igualdad civil para los protestantes, la abolición de la esclavitud para los negros y el derecho de ciudadanía para las mujeres, conocedor de que todas las opresiones son semejantes entre sí".

En su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*<sup>33</sup> Condorcet subraya que al excluir a las mujeres de los derechos políticos, al privar tranquilamente a la mitad del género humano del derecho a participar en la formación de las leyes, los legisladores violaban los principios de 1789 y, en particular, el principio de igualdad de derechos.

Ya con anterioridad Condorcet había tomado posición abiertamente en favor de la igualdad de los derechos naturales de ambos sexos y del reconocimiento a las mujeres de los derechos políticos, en dos ocasiones: en 1787 en sus *Lettres d'un bourgeois de New Haven à un citoyen de Virginie* y en 1788 en su *Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*. Concretamente en la segunda de sus *Lettres d'un bourgeois de New Haven à un citoyen de Virginie*, declaraba lo siguiente: "¿No es en su cualidad de seres sensibles, capaces de razonar, con ideas morales, como los hombres reciben sus derechos? Las mujeres deben tener absolutamente los mismos y sin embargo, jamás, en ninguna constitución, aun de las llamadas

---

29. Cfr. DUHET, P. -M., *Les femmes et la Révolution, 1789-1794*, cit., pp. 54 y 57.

30. Acerca de la figura de Mary Wollstonecraft, de su vinculación a los círculos liberales británicos y a los principios de la Revolución francesa, de su feminismo, etc... ver CACHIN, M.-F., "Préface" de WOLLSTONECRAFT, M., *Défense des droits de la femme*, Paris, Payot, 1976, pp. 5-23.

31. GROULT, B., "Introduction" a DE GOUGES, O., *Oeuvres*, Paris, Mercure de France, 1986, p. 36.

32. DUHET, P. -M., *Les femmes et la Révolution...*, cit., pp. 57-58. Un buen estudio crítico del feminismo de Condorcet lo encontramos en la obra de ALBISTUR, M. y ARMOGATHE, D., *Histoire du féminisme français*, cit., T. 1, pp. 308-322.

33. CONDORCET, Marquis de, *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*, citado por DUHET, P-M, *Les femmes et la Révolution*, cit. p. 57-67.

libres, las mujeres ejercieron los derechos de ciudadano”<sup>34</sup> y que “la justicia exige que no (se) continúe excluyendo del derecho de ciudadanía a las mujeres”<sup>35</sup>. En su ensayo de 1790 sobre las mujeres insiste en esta igualdad de los sexos en términos casi idénticos a los anteriores: “los derechos de los hombres -escribe- resultan únicamente de que son seres sensibles, susceptibles de adquirir ideas morales, y de razonar sobre estas ideas. De este modo, puesto que las mujeres poseen estas mismas cualidades, tienen necesariamente derechos iguales. O ningún individuo del género humano tiene auténticos derechos, o todos tienen los mismos; y aquél que vota contra el derecho de otro, cualesquiera que sean su religión, su color o su sexo, ha abjurado por ello mismo los suyos”.

Además, en su ensayo sobre las mujeres Condorcet refuta los diversos argumentos invocados para sostener la incapacidad de éstas para ejercer adecuadamente los derechos políticos, argumentos tales como la fragilidad natural de la mujer, su inferioridad intelectual y su ausencia de talento, su tendencia a dejarse llevar por los sentimientos más que por la razón.

Ello no obstante, el planteamiento de Condorcet adolece de dos graves limitaciones puestas de relieve por P. M. Duhet<sup>36</sup>: la exclusión indirecta de las mujeres de la elegibilidad y la demanda del voto tan sólo para las propietarias.

Por lo que respecta a la primera de las limitaciones apuntadas, aunque Condorcet rechaza el pretexto según el cual la concesión a las mujeres de los derechos políticos (sufragio activo y pasivo) las llevaría a abandonar “sus obligaciones familiares y domésticas”, entiende sin embargo que precisamente a causa de estas obligaciones no son las más adecuadas para ocuparse de los asuntos públicos. Pero “esto puede ser un motivo -concluye- para no preferirlas en las elecciones, pero no puede ser el fundamento de una exclusión legal”. Vemos pues a Condorcet “resignarse finalmente -escribe P. -M. Duhet- al principio de una medio admisión al derecho de ciudadanía, aceptando mediante un rodeo -¡ya sabemos lo que pesan las razones para no preferirlas!- la exclusión de las mujeres de la elegibili-

---

34. Vide CONDORCET, “Cartas de un burgués de Nueva Hampshire a un ciudadano de Virginia sobre la inutilidad de dividir el poder legislativo en varios cuerpos”, en *Influencia de la revolución de América sobre Europa*, trad. de T. Ruiz Ibarlucea, prólogo de A. Palcos, Buenos Aires, Elevación, 1945, p. 139.

35. Vide *Ibid.*; p. 141.

36. Cfr. DUHET, P.-M., *Les femmes et la Révolution...*, cit. pp. 64-67.



dad"<sup>37</sup>. En suma, en lo que respecta a la elegibilidad, rechaza la exclusión *de iure*, pero admite e incluso justifica la exclusión *de facto*.

La segunda de las limitaciones señaladas viene dada por el hecho de que Condorcet no extrae de sus muy exactas afirmaciones sobre la igualdad de derechos de todos los seres humanos, la consecuencia que en buena lógica se deriva de ellas: el sufragio universal, sino que, como es sabido, defiende el sufragio censitario<sup>38</sup>. Congruentemente con ello, en su ensayo sobre las mujeres sólo reclama el derecho de voto para las mujeres que poseen propiedades. "Vemos surgir -escribe P. -M. Duhet- esa modalidad de reivindicación feminista que practicarán las sufragistas en Inglaterra un siglo después: la extensión a las mujeres del voto censitario antes incluso de obtener el sufragio universal masculino que los socialistas reclamarán prioritariamente"<sup>39</sup>.

Por lo demás, en su *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* -amplia revisión de todas sus ideas, que redactó poco antes de morir- Condorcet tomó posición una vez más en favor de la igualdad de derechos entre los sexos, abogando por "la total destrucción de los prejuicios que han establecido entre los dos sexos una desigualdad de derechos, funesta incluso para el sexo al cual favorece"<sup>40</sup>.

Las dos limitaciones constatadas en el ensayo de Condorcet sobre los derechos políticos de las mujeres son claramente superadas en la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* de Olympe de Gouges, posterior en algo más de un año al texto de aquél<sup>41</sup>.

Olympe de Gouges fue una ferviente y activa revolucionaria, aunque moderada -estaba vinculada, sobre todo, a los girondinos- y expresamente enemiga de la violencia. Se ofreció para defender a Luis XVI y se declaró contraria a la pena de muerte para él. Ello, junto con otros factores -su toma de posición pública contra Robespierre y Marat y su escrito *Les trois urnes*

37. Vide *Ibid*, pp. 65 *in fine*- 66.

38. En este sentido, CONDORCET, "Cartas de un burgués de Nuevo Hampshire...", cit., pp. 136-139.

39. Vide DUHET, P.-M., *Les femmes et la Révolution...*, cit., p. 66.

40. Vide CONDORCET, Marqués de, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, trad. de M. Suárez, con introducción de A. Torres del Moral, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 241.

41. Según se desprende de una postdata que permite situar la obra con bastante precisión, la *Déclaration* de Olympe de Gouges fue escrita unos días antes de que el rey aceptase la Constitución el 13 de septiembre de 1791 (Sobre este particular, DUHET, P.-M., *Les femmes et la Révolution...*, cit. p. 67 y nota 28.

*ou le salut de la Patrie* de 1793 que fue considerado como subversivo-, contribuyó a su condena, siendo guillotinado el 3 de noviembre de 1793<sup>42</sup>.

En su *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*<sup>43</sup> Olympe de Gouges proclama la igualdad de los sexos fundamentándola en la Naturaleza y en la Razón y constata que sin embargo las mujeres, a pesar de haber colaborado con los hombres en la Revolución<sup>44</sup>, no habían obtenido de ella ventaja alguna, subrayando que el no reconocimiento de la igualdad de la mujer por parte de los legisladores revolucionarios representaba una inconsecuencia en contradicción con sus mismos principios.

Sobre la base de estas convicciones, la *Déclaration* consitituye un intento de hacer partícipes a las mujeres de las conquistas de la Revolución, en particular, de los derechos y libertades civiles y políticos proclamados en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, de la que la *Déclaration* de Olympe de Gouges es el correlato casi exacto, con la variante de las constantes y expresas referencias a la mujer como sujeto de los diversos derechos proclamados.

Especial atención merece su artículo sexto, de acuerdo con el cual "La Ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación ... todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades, y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus talentos". Exige pues el sufragio tanto activo como pasivo para *todas* las mujeres, superando con ello la doble limitación de que adolecía el ensayo de Condorcet sobre los derechos políticos de las mujeres. Además, exigiendo el sufragio universal de varones y mujeres, Mme de Gouges -subraya P. -M. Duhet<sup>45</sup>- se anticipa a la Constitución de 1793 y la supera, pues ésta reconocía el sufragio universal, pero sólo para los varones.

---

42. Sobre la figura de Olympe de Gouges ver DUHET, P-M, *Les femmes et la Révolution...*, cit. pp. 83-86 y GROULT, B., "Introduction" a DE GOUGES, O., *Oeuvres*, cit., pp. 11-64.

43. DE GOUGES, O., *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, en *Oeuvres*, cit., pp. 99-112.

44. Sobre el papel desempeñado por las mujeres en la Revolución francesa existe una amplia bibliografía. Sobre todo se han publicado numerosos trabajos con ocasión de la celebración del Bicentenario de la Revolución francesa. De entre la abundante bibliografía destacaremos el reciente trabajo de Y. Bessières y P. Niedzwiecki, *Las mujeres en la Revolución francesa. 1789. Bibliografía*. Cuadernos de Mujeres de Europa. nº 33, cit., que recoge además una amplia selección bibliográfica de lo publicado sobre el particular.

45. Cfr. DUHET, P-M, *Les femmes et la Révolution...*, cit. p. 70.

Por lo demás, la *Déclaration* de Olympe de Gouges no se limita a reclamar para las mujeres la plenitud de derechos civiles y políticos, sino que toca también otras cuestiones, concretamente relativas al derecho de familia. Así, se muestra partidaria de la libre investigación de la paternidad y de la equiparación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, anticipándose de este modo a conquistas jurídicas que no han sido obtenidas sino muy recientemente.

Pocos meses después de la aparición de la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* de Olympe de Gouges se publicaba en Londres a principios de 1792 otro gran texto feminista: *A Vindication of the Rights of Woman*<sup>46</sup> de Mary Wollstonecraft.

El interés de Mary Wollstonecraft por la educación y por la situación de las mujeres en la sociedad se había manifestado ya en diversas ocasiones en sus escritos. Por ello, animada por Paine y por Johnson, su editor, decidió consagrar una obra íntegramente a estas cuestiones, fruto de lo cual es *A Vindication of the Rights of Woman*.

El punto de partida básico de esta obra de Mary Wollstonecraft reside en su defensa de la igualdad de los sexos, en particular, en lo que se refiere a sus facultades intelectuales. Sobre esa base se opone a la triple discriminación de las mujeres en las esferas política, económica y educativa.

En lo que respecta a la primera de ellas, en la dedicatoria de su obra a Talleyrand pone de manifiesto que, habida cuenta de que las mujeres son, al igual que los varones, seres racionales, su exclusión de los derechos civiles y políticos es injusta e inconsecuente con los ideales revolucionarios.

En segundo lugar, en lo tocante a la esfera económica, sostiene que las mujeres no pueden ser confinadas por la fuerza en las tareas domésticas.

Pero es al tema de la educación de las mujeres al que la autora británica presta mayor atención en su obra. Mary Wollstonecraft critica expresamente la postura de aquellos autores que conciben la educación de las mujeres a partir de una visión de éstas como seres destinados a complacer al hombre y a estarle sometidas y muy especialmente las tesis de Rousseau en el libro V de *El Emilio*. En la misma línea de las ideas expresadas por Catherine Macaulay en sus *Cartas sobre la educación* (1790) cuya influencia reconoce explícitamente, Mary Wollstonecraft entiende que una adecuada educación

---

46. WOLLSTONECRAFT, M., *A Vindication of the Rights of Woman*, London, J-M Dent-New York, Dutton, 1965 (reedición), passim.

de las mujeres exige que se cultive su inteligencia y no sólo sus atractivos personales y los caracteres considerados como propios de su sexo: la docilidad, la dulzura, la obediencia. Sostiene que ello redundará en beneficio de las buenas costumbres y pondrá a las mujeres en condiciones de contribuir al progreso del saber y de la virtud. Además, desde su punto de vista, las mujeres sólo podrán defender sus derechos si la educación les permite cultivar su inteligencia y prepararse para ganarse la vida.

Para finalizar sólo nos resta hacer una última precisión acerca del significado de los autores a los que acabamos de referirnos en la historia de los esfuerzos por mejorar la situación social de las mujeres. Estos autores - Condorcet, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft-, en los que hemos centrado nuestro trabajo, fueron "precursores"<sup>47</sup>, a finales del s. XVIII, en la reivindicación de los derechos de las mujeres.

En cambio, el feminismo como movimiento, como fenómeno colectivo - si bien es importante aclarar que el feminismo no fue nunca, como tampoco lo es ahora, un movimiento unitario sino que abarca una infinidad de grupos, asociaciones, etc..., diversos entre sí- no surgirá hasta mediados del s. XIX con dos focos principales: Estados Unidos e Inglaterra desde donde se extenderá a otros países europeos, a Australia y a Nueva Zelanda<sup>48</sup>. Si bien las primeras reivindicaciones de las feministas fueron educativas, económicas, participación en campañas de moralidad, etc..., el movimiento se aglutinará fundamentalmente, sobre todo a partir de comienzos de nuestro siglo, en torno a la demanda del voto -de ahí el calificativo de "sufragismo"<sup>49</sup> con el que se conoce a los movimientos feministas de esta primera etapa-. El sufragismo estuvo sustentado básicamente por las mujeres de clase media y vinculado de uno u otro modo al liberalismo. En este sentido es significativa la conexión del sufragismo británico con John Stuart Mill, autor de un importante texto feminista: *The Subjection of Women* aparecido en 1869<sup>49</sup>. También hubo en esta primera etapa de los movimientos feministas, un feminismo de inspiración socialista que se desarrolló sobre todo en Francia y Alemania y que ponía el acento de forma prioritaria en las reivindicaciones educativas y de mejora de las condiciones de trabajo. Esta primera etapa de

---

47. Como "precursores" los califica A. MARTIN-GAMERO en su *Antología del feminismo. Introducción y comentarios*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, pp. 16-17, 41-48 y 243-245.

48. Concretamente, el origen del feminismo como movimiento, como fenómeno colectivo, suele situarse en 1848, en la Convención celebrada en la capilla wesleyana de Seneca Fall, Estado de Nueva York, en la que se aprobó un documento conocido como "Declaración de Seneca Fall" y en el que se reclamaba para la mujer la igualdad de derechos, entre ellos, el derecho de voto (En este sentido, A. MARTIN-GAMERO, *op. cit.*, pp. 17 y 51-57).

49. MILL, J. S., *The Subjection of Women*, London, J. M. Dent-New York, Dutton, 1965 (reedición).

los movimientos feministas se cierra cuando el feminismo empieza a remitir en torno a los años 20 o 30, según los países.

El feminismo resurgirá en los países occidentales en la década de los sesenta bajo el nombre genérico de "Movimientos de liberación de la mujer" con unos objetivos más amplios, ambiciosos y complejos que los de sus antecesoras las "sufragistas"<sup>50</sup>.

---

50. Sobre el desarrollo de los movimientos feministas, sus diversas formas, objetivos, etc... puede verse ASTELARRA, J., "Estado, democracia y feminismo", en *Zona Abierta*, n° 27 (enero-marzo de 1983), pp. 133-151; MICHEL, A., *El feminismo*, trad. de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 87 al final; NAVARRO FERRER, A. M<sup>a</sup>, *Feminismo, familia, mujer*, Pamplona, Eunsa, 1982, cap. I, pp. 21-49. En particular, sobre la primera etapa de los movimientos feministas (desde mediados del s. XIX hasta los años 20 o 30), DOMENECH, A., *El voto femenino*, Cuadernos historia 16, n° 163 (monográfico); EVANS, R. J., *Las feministas: Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840-1920*, trad. de B. McShane y J. Alfaya, Madrid, Siglo XXI, 1980, 314 pp.; MARTIN-GAMERO, A., *Antología del feminismo...*, cit. pp. 49-90. Y sobre los movimientos de liberación de la mujer, MITCHELL, J., *La condición de la mujer*, trad. de J. Diéguez Garza, Barcelona, Anagrama, 1977. También sobre la segunda etapa de los movimientos feministas, su origen, desarrollo y situación actual en Europa Occidental en general y en Alemania, Italia y España, en particular, ver, respectivamente, en *Debats*, n° 27, marzo 1989, los artículos de F. HAUG, "Algunas enseñanzas del movimiento feminista de Europa occidental", pp. 28-32 y "Perspectivas de un feminismo socialista", pp. 33-44; de GRAMAGLIA, M., "Del feminismo a la solidaridad. El caso italiano", pp. 46-51 y de AMORÓS, C., "Del feminismo al feminismo", pp. 52-60.



---

---

## 4. FILOSOFIA POLITICA





## Notas sobre el concepto de violencia política

Por RAFAEL HERRANZ CASTILLO

Madrid

La cuestión fundamental con respecto a la violencia política parece ser, ante todo, si su empleo está o no moralmente justificado, y si lo está, en qué circunstancias. Sin embargo, lo que pretendo discutir en este estudio son algunas ideas previas de carácter conceptual: en primer lugar, ver si el problema de la violencia tiene un papel que jugar dentro de la Filosofía Jurídica y Política; en segundo lugar, ofrecer una definición válida y útil de 'violencia'; finalmente, caracterizar los rasgos de la violencia política relevantes en el ámbito de la Filosofía Jurídica y Política. Intentaré exponer analíticamente algunas nociones básicas que sirvan de soporte para un tratamiento posterior más profundo de la materia.

### I

El primer punto arriba esbozado es, en mi opinión, el de más pronta y fácil respuesta: la noción de 'violencia' ocupa un lugar central en el saber político. Se ha afirmado a menudo que el problema de la violencia es el problema primario que debe estudiar la Filosofía Política; o bien que el Estado moderno, como asociación política, es definible sólo por referencia a un medio específico, que es la violencia física (WEBER, 1984, 83). El Estado es la única fuente del derecho al uso de la violencia: es una relación de dominación entre seres humanos que se sostiene por medio de la fuerza. En última instancia, "Política" no es más que la distribución de la fuerza entre distintos grupos de individuos (WEBER, 1984, 84).

Hannah Arendt ha señalado también que "nadie consagrado a pensar sobre la política puede permanecer ignorante del enorme papel que la violencia ha desempeñado siempre en los asuntos humanos", a la vez que expresaba su sorpresa por la escasa atención que la comunidad científica ha

prestado al tema (ARENDR, 1973, 116). La solución más plausible, en su opinión, es que "nadie pone en tela de juicio ni examina lo que resulta completamente obvio".

En todas las épocas lo que se ha considerado inalterable, parte del "orden natural", no se ha calificado nunca como violencia. Lo que cuenta como 'violento', en un momento dado, es consecuencia de la posición y de la perspectiva de ciertos grupos sociales, por lo que diferentes grupos definirán 'violencia' desde diferentes puntos de vista. Tradicionalmente, el término 'violencia' podía reservarse para las acciones agresivas de ciertos colectivos contra el poder establecido, con el fin de derribarlo o de transformarlo. La violencia política suponía una alteración de la "normalidad"; por muy injusta e ilegítima que ésta fuera; una alteración de la vida política cotidiana provocada por la reacción de algunos grupos contra las autoridades. En los tiempos que corren, esta visión debe ser enriquecida con nuevos elementos: de entre ellos, dos me parecen especialmente remarcables. Uno es la consideración de ciertas actuaciones del Estado como 'violencia' ejercida de forma continua y sistemática. Otro es la creciente participación de masas, de amplios sectores sociales, e incluso de ciudadanos conscientes y responsables, en la comisión de demostraciones y actos violentos (CAMERON, 1970; y WELLS, 1970).

Este último dato resulta especialmente destacable. La incorporación de la "ciudadanía respetable" a manifestaciones ilegales más o menos agresivas es relativamente nuevo, y forma parte de nuestra cultura política. Algunas personas, y algunos filósofos, se expresan como si la violencia ejercida por los ciudadanos fuera cualitativamente superior a la del Estado, al carecer éste de entidad moral propia. Francisco Laporta rechazó enérgicamente la tesis de que la violencia "privada" tenía un valor moral superior a la violencia pública e impersonal del Estado (LAPORTA, 1980, 115 y ss.).

En todo caso, no es éste el tema que nos interesa. Sólo queríamos apuntar la centralidad de la cuestión de la violencia para la Filosofía Política, a la vez que su complejidad: no existe un único comportamiento etiquetable como 'violento', pues, como veremos, el término admite muchos usos.

## II

El problema de encontrar un concepto válido de violencia debe plantearse reconociendo la enorme variedad de definiciones propuestas. Una definición usual, estándar, la caracteriza como la utilización de fuerza desproporcionada, y un acto violento es el que se realiza con extraordinaria brusquedad. Se define también como acción furiosa, intensa, o turbulenta,

alteración del orden, o expresión agitada y destructiva (LAWRENCE, 1970, 31). Todos estos usos del término 'violencia' son descriptivos, no-morales; sin embargo, o quizá por ello, nos interesan muy poco para la esfera política. La mayor parte de los filósofos políticos maneja un concepto de violencia con rasgos evaluativos.

Uno de los autores que han expuesto con más claridad el dilema es Robert Paul Wolff, que, en un influyente artículo, optó explícitamente por un concepto evaluativo de 'violencia'. Rechazaba así cualquier aproximación puramente descriptiva o neutra, estableciendo una conexión directa entre violencia e ilegitimidad (WOLFF, 1969). Voy a defender la postura de Wolff mostrando, en lo posible, la implausibilidad de la tesis contraria.

En efecto, del debate originado en torno al artículo de Wolff resultó claro que una noción pura y estrictamente descriptiva de 'violencia' no era de utilidad para la Filosofía Política. Críticos de Wolff, como Bernard Gert (GERT, 1969) y Francis Wade (WADE, 1971) sostuvieron la necesidad de conservar el carácter normativo del concepto de violencia, por insuficiencia del elemento que llamábamos natural o neutral. Todos reconocieron la distinción entre ambos planos o usos del término, considerando que el análisis político había de centrarse sólo en los aspectos normativos (LAWRENCE, 1970, 31-32).

Contra un concepto neutro-descriptivo de 'violencia' pueden hacerse diversas críticas. En primer lugar, defenderlo nos obligaría a ser muy cuidadosos: no puede existir *ninguna* referencia de carácter valorativo; tenemos que definir 'violencia' de una forma estrictamente "conductista", por relación a un mero hecho físico del exterior, a una conducta considerada en sus aspectos externos. Pero una conducta que responda a tal definición no tiene por qué constituir violencia; y menos, violencia política. Para que ésta surja debemos conectarla con nociones como Poder, Autoridad, Legitimidad... No cabría definirla de forma totalmente neutral, al necesitar una referencia permanente a estas nociones.

Las conductas agresivas que se dan en el contexto de ciertos deportes (piénsese en el boxeo, la lucha, el rugby...), o los efectos producidos por una intervención quirúrgica, etc., no suelen calificarse de 'violentos' porque están sometidos a sus propias normas reguladoras, que definen, en el marco de esa actividad, lo que debe entenderse por "excesivo" o "ilícito". Desde la perspectiva que nos interesa, podemos afirmar que la violencia política surge siempre dentro de unas relaciones de poder, alterando o violando las reglas que rigen en la esfera política, en un marco que proporciona pautas y criterios valorativos.

Robert Holmes, otro crítico de Wolff, ha reconocido tanto la posibilidad de ofrecer definiciones descriptivas de violencia, como la superioridad y mayor utilidad de las definiciones normativas. En concreto, ha distinguido tres usos del término: los que llama “centrales”, “ampliados”, y “periféricos”. Los primeros son los que se ajustan mejor a nuestro objetivo: los usos centrales abarcan todos aquellos casos en que la presencia de violencia parece indiscutible para todos, atendiendo a nuestro sentido común y al lenguaje habitual (HOLMES, 1973, 395-97). Estos usos son preferentemente normativos, y giran en torno a esta idea: cuando decimos que alguien realiza un acto de violencia estamos diciendo algo sobre aquello que está haciendo, pero no sobre *cómo* lo hace. En el primer caso sí estamos ante un uso central de ‘violencia’: ésta no califica ni modaliza acciones, sino que está (o no) en su propio carácter, en su contenido.

Holmes apunta que no todas las acciones realizadas “violentamente” son actos de violencia en sentido estricto. Estos últimos se encontrarían al extremo final de una escala de comportamiento agitado o agresivo (HOLMES, 1973, 398-99). El uso de la fuerza física, por sí mismo, no siempre constituye violencia. También distingue Holmes entre la violencia ‘primaria’, ejercida directamente sobre las personas, y la violencia ‘secundaria’, ejercida sobre bienes y cosas (HOLMES, 1973, 394 y ss).

Aquí podemos ver ya adónde nos conduce el concepto no-descriptivo de violencia. Para que pueda hablarse de ella con propiedad (y muy especialmente de violencia ‘primaria’), se requiere la presencia de una específica intención de dañar, agredir o destruir. Un acto de violencia es un acto de fuerza excesiva y brutal realizado con esta específica voluntad de dañar (HOLMES, 1973, 403). La propia definición de violencia se integra con un elemento normativo, cual es la noción de daño (“harm” o “injury”); es un elemento normativo porque hace referencia a una violación de derechos de terceros o, en otro caso, a la violación de un deber (“neminem laedere”, según el adagio latino).

Casi todos los autores consultados se inclinan por esta postura, y definen la violencia política como “una violación de derechos” (WADE, 1971; y PERRY, 1970, 9), como una “violación de la personalidad” (GARVER, 1968), o como una “violación intencionada de ciertas reglas morales” (GERT, 1969). J. M. Cameron establece también una conexión necesaria y estable entre violencia y daño: “un visitante de Marte sería incapaz de entender la violencia si la considerase un término neutral descriptivo; sería incapaz de distinguir la tortura física de una operación quirúrgica” (CAMERON, 1970, 24). John Lawrence define la violencia como “la clase de acciones que resultan, o se pretende que resulten, en serio daño a la vida o a sus condiciones materiales”; en esta conceptualización, el significado de

'daño' depende de un juicio normativo sobre qué es el bienestar de otra persona (LAWRENCE, 1970, 35).

Otro rasgo típico de la violencia, que dificulta la tarea de definirla descriptivamente, es su carácter instrumental. La violencia política es un medio, y nunca un fin en sí mismo. Es ejercida en un contexto concreto, para acelerar la obtención de fines determinados. Ted Honderich considera que un elemento definitorio de la violencia es el de estar dirigida a conseguir un cambio en las políticas o sistemas de gobierno ("policies") (HONDERICH, 1973, 197). Si bien es comúnmente aceptado que las tácticas violentas son eficaces sólo para conseguir un objetivo inmediato, a corto plazo, y que la simple amenaza no puede por sí misma alcanzar objetivos fundamentales (MACFARLANE, 1977, 149).

También Hannah Arendt ha remarcado el carácter instrumental de la violencia política: precisa siempre de una guía, de una justificación; y de otra parte, su grado o intensidad depende únicamente de sus instrumentos, de artefactos, cuya eficacia destructiva aumenta según se desarrolla la tecnología y crece la distancia que separa a los oponentes. El recurso descarnado a la violencia entra en juego allí donde se está perdiendo autoridad y el poder es más débil (ARENDR, 1973, 153-55).

### III

Estableciendo el carácter normativo del concepto de violencia no hemos avanzado demasiado. ¿En qué sentido preciso decimos que la noción de violencia política es una noción normativa? Propongo distinguir cuatro posibles soluciones, o significados de "normativo", en la línea que estamos siguiendo.

A) La primera posible solución es la más obvia, y también la menos plausible. Afirmar el carácter normativo del concepto de violencia implica reconocer que es un curso de acción "que debe ser seguido y practicado", que es un fenómeno a valorar positivamente, en suma, que la violencia es un bien por sí misma.

Esta posición no es nueva. Los apologistas de la violencia han abundado a través de los tiempos. A principios de siglo, Georges Sorel resaltaba cómo la violencia no llevaba camino de desaparecer, sino, al contrario, y debido a su prodigiosa eficacia, era "el gran hecho social de la hora presente", por lo que todo intento de eliminarla o de suavizarla estaba condenado al fracaso (SOREL, 1976, 123-124).

Es conocida su tesis, según la cual la violencia era una manifestación natural del ser humano, expresión de su energía interior; la violencia proletaria, en forma de huelga general o de revolución sindicalista, era el fundamento del mundo futuro, “el único medio de que disponen las naciones europeas, embotadas por el humanitarismo, para recuperar su antigua energía”. Pero esta violencia proletaria necesitaba un antagonista de similar magnitud: una burguesía fuerte, radical, dispuesta a luchar por la conservación del orden capitalista con todas sus fuerzas (SOREL, 1976, 139-43).

La visión de la violencia como una “catarsis colectiva”, tan deseable como necesaria, no es exclusiva de un profeta errático como Sorel (repudiado por izquierda y derecha, incatalogable, asistemático). En tiempos más recientes, Franz Fanon y el mismo Jean-Paul Sartre, junto a otros pensadores representativos de la Nueva Izquierda, revalorizaron el recurso a la violencia, otorgando a ésta una importancia esencial en todo proceso de cambio político. Las consecuencias de estas posturas son enormemente desestabilizadoras para la vida social, y conocemos bien el coste en vidas y en libertades que conllevan (ARENDETT, 1973, 167 y ss.; CAMERON, 1970, 26-27). Pero es que, además, sus presupuestos son erróneos, y sólo pueden mantenerse desde un estricto “aislacionismo”, desde el exterior del sistema social, y el rechazo a toda negociación y diálogo. Los violentos se limitan a proponer un gobierno del terror sin razones ni discusión.

B) Si caracterizar a la violencia por su bondad o virtud es inadmisibile, podemos caer en la tentación de ir al extremo opuesto. Podríamos sugerir que el elemento normativo presente en la definición de violencia implica que ésta es mala y perversa por definición, que es siempre reprobable, y debe ser evitada a toda costa. Esta postura cuenta con muchos más seguidores que la anterior, y parece encajar mejor con nuestras convenciones morales.

Los autores que definían la violencia por referencia a la idea de ‘daño’ introducían, habitualmente, este elemento de reprobación en su análisis, haciendo que el concepto de violencia resultara valorativamente “cargado”. Así lo hacían Bernard Gert y C. Perry. Harold Lief la define como un comportamiento extremadamente agresivo, caracterizado por el uso de fuerza incontrolada, y por su naturaleza irracional, que la inhabilita para servir a fines loables (LIEF, 1963, 57). Raziel Abelson indicó que “aplicar el término ‘violencia’ a algunas acciones, y no a otras, es condenar a las primeras, y excusar las segundas. El status axiológico de la violencia es único y negativo” (ABELSON, 1969, 38).

La práctica de la violencia, por los daños y agravios que produce a terceras personas, necesita una especial justificación. Toda violación de

derechos requiere buenas razones que la justifiquen (no sólo que la expliquen causalmente). En algún sentido, todo acto que hiera, lesiona o incapacita a un ser humano es malo e injusto, y requeriría cumplida justificación ética. Es absurdo abogar, sin más, por el daño a otros. Pero parece posible argumentar, en supuestos concretos, que el mal producido es menor que el mal previsible y evitado, por lo que la violencia era necesaria. Esta violencia se configuraría, entonces, como una actividad *prima facie* mala, o reprochable, pero justificable en última instancia una vez considerados todos los factores. Con esto queremos decir que, si no existen razones morales poderosas que justifiquen el uso de medios violentos, éstos deben evitarse cuidadosamente. De este modo, no estamos definiendo violencia como algo diabólico y perverso por sí mismo, como “algo que rechazamos”, sino que estableceremos un criterio de aproximación analítico. Es el camino seguido por Robert Holmes: “si la violencia no es mala por definición, sí lo es *prima facie*, por el hecho de que está *prima facie* mal dañar a las personas” (HOLMES, 1973, 403-04). Esta conexión puede ser contingente o necesaria (no entramos en ello), pero de ella se sigue, en todo caso, el carácter decididamente normativo del concepto de violencia, sin prejuzgar la valoración moral última que puede recibir un acto específico de violencia.

Este acercamiento es, sin duda, el más fructífero. El análisis del concepto de violencia no debe partir de su enjuiciamiento *a priori* como mala, inhumana o injusta. Deben permanecer abiertas algunas instancias de justificación, que den cuenta del valor moral positivo que algunos actos de violencia pueden tener (WELLS, 1970, 27-28). Una definición neutral emerge con más fuerza, como más válida y útil para la Filosofía Política. Las discusiones que descalifican de principio cualquier forma o tipo de violencia cierran la discusión de problemas importantes, excluyen el diálogo sobre estas cuestiones, y dejan sin posible sentido análisis posteriores (por ejemplo, sobre la legitimidad de la violencia, o el de su clasificación). Si los sentimientos de la gente hacia la violencia fueran uniformes y simplemente negativos el argumento Abelson/Lief sería más sólido. Pero muchas personas desean distinguir entre buena y mala violencia: y esta distinción sólo es posible si partimos de un uso neutral del término, no “volcado” valorativamente. Una definición neutral y aséptica de violencia presenta una poderosa ventaja: facilitar un planteamiento claro de las cuestiones. Por ejemplo, podría dar mejor cuenta de la existencia de ciertos grupos profesionales cuya función es infligir daños a otras personas en ciertas circunstancias (policías, vigilantes, soldados, verdugos...) (LAWRENCE, 1970, 33).

C) Hemos indicado que el carácter normativo del concepto de violencia no supone una predisposición larvada, no implica que ese concepto exprese por sí mismo un conjunto de convicciones sobre lo que está bien o mal. Con



ello queremos evitar la asunción de un juicio de valor final sobre el significado de la violencia, y defender que dicho juicio (en el plano de la justificación moral de los actos) debe ser independiente del análisis del concepto de violencia. Entonces, ¿qué sentido tiene seguir hablando de un concepto normativo de violencia?

Proponemos esta interpretación alternativa: la correcta definición del concepto de 'violencia' implica, por la naturaleza de ésta, la presencia o introducción de elementos de carácter normativo sin los cuales no se comprende este fenómeno. La violencia no sería buena ni mala por definición (con las salvedades apuntadas, *prima facie*, etc.), pero para caracterizarla y determinar su significado necesitamos recurrir a datos y nociones con alcance normativo, y no meramente descriptivo.

El concepto de violencia se conecta, como dijimos, con el concepto de daño. Los actos de violencia se encaminan a la causación de daños o agravios a otras personas. Por tanto, una definición operativa de violencia, además de neutral, habrá de asumir la amplitud y vaguedad del concepto: deberá reflejar toda la amplia gama de daños y atropellos que las personas sufren realmente, causados por otras personas, así como el vasto abanico de medios a través de los cuales se ejerce la violencia (LAWRENCE, 1970, 35). Así, nos interesa fijarnos más en los resultados de la violencia que en sus técnicas, o que en sus cualidades físicas. La violencia política es consecuencia de un proceso, intencionalmente dirigido y guiado, en busca de un fin político-social más o menos inmediato. Lo que es común a los diversos tipos de violencia política es, a mi juicio, una intencionalidad de causar daño, una voluntad de agredir, un resultado lesivo para los derechos o intereses de terceras personas, todo ello provocado en aras a la consecución de objetivos políticos particulares (LAWRENCE, 1970, 34).

Siempre que hablamos de violencia contra seres humanos ("violencia primaria") la noción de daño es decisiva. Sea por referencia a un agente externo personalizado que inflige dolor, sufrimiento, angustia o ansiedad; sea por referencia a una fuerza coactiva o a una institución que actúa en violación de derechos humanos fundamentales; sea por referencia a un empeoramiento con respecto a su situación anterior, la idea de 'daño' está siempre presente. Y no sólo se requiere que alguien resulte dañado o perjudicado, sino que este daño resulte de acciones humanas intencionadas (HOLMES, 1973, 400-01). Estos propósitos o expectativas, dirigidos a la producción de un daño, distinguen un acto típico de violencia de otros usos marginales o accidentales de fuerza destructiva.

De esto se deduce que ninguna modalidad de violencia política puede ser entendida en términos estrictamente descriptivos o "factuales". Los actos



de violencia que analizamos no están entre los hechos que pudiéramos llamar “primitivos” o “brutos” del mundo: los usos centrales del concepto sugieren, más bien, una vinculación inmediata con otros términos y conceptos de carácter normativo y evaluativo (HOLMES, 1973, 402).

D) La última interpretación que deseo comentar es aquélla que liga directamente las nociones de ‘violencia’ y ‘legitimidad’. Según esta tesis, la violencia se definiría como “el uso ilegítimo o no autorizado de la fuerza para producir decisiones contra la voluntad de otros” o como “el empleo político de la fuerza física en formas proscritas por un gobierno legítimo” (WOLFF, 1969, 606 y 610).

El carácter normativo de estas definiciones queda fuera de toda duda. La violencia se conceptualiza aquí como ilegítima por definición, desautorizada, injustificada. Obsérvese que no hay referencia a que la prohibición de la violencia “sea hecha por aquéllos generalmente aceptados como autoridades legítimas”, sino que la conexión es directamente normativa: violencia -uso ilegítimo de la fuerza. Robert Paul Wolff, que propuso esta definición, señaló que recurrir a otras vías, como la producción de un daño físico, la interferencia corporal, o la agresión personal directa, para definir la violencia, “sirve habitualmente un propósito ideológico, cual es rechazar o descalificar, como inmoral e ilegítimo, el único instrumento de poder accesible a ciertas clases sociales” (WOLFF, 1969, 606-08).

Esta forma de caracterizar la violencia cuenta con una importante tradición doctrinal en su favor. Hannah Arendt afirmó que “la violencia puede ser justificable, pero nunca será legítima” (ARENDR, 1973, 154). Mientras que el poder político no necesitaría de justificación, pero sí de legitimidad, la violencia no puede ser calificada como ‘legítima’, aunque quepa justificarla en casos concretos. Leslie MacFarlane siguió un camino similar, para concluir que “la violencia es la capacidad o el acto de imponer la voluntad de un sujeto sobre otro, cuando la imposición se considera ilegítima” (MACFARLANE, 1977, 69-70). Según esta definición, la existencia o no de violencia política dependerá de la atribución efectiva de legitimidad o ilegitimidad hecha por los miembros del grupo social. De modo que no se prejuzga, de antemano, qué tipo de conductas o acciones han de ser calificadas de ‘violentas’: serían los propios ciudadanos los que terminan de definir los límites de lo que entienden por ‘violencia’. MacFarlane emplea este análisis para criticar la postura de Wolff, que concluía considerando incoherente o sin sentido el propio concepto de violencia política.

Wolff rechaza, en efecto, cualquier acepción de ‘violencia’ que la identifique con usos reprobables, por sí mismos, de la fuerza física, que

requieran una justificación especial: una tal definición sería, dice, un mecanismo retórico para preservar esas utilidades políticas de la fuerza que consideramos hostiles a nuestros intereses vitales (WOLFF, 1969, 613). Si bien estamos de acuerdo en evitar esta carga o "lastre valorativo", no lo estamos en introducir, en el propio concepto de violencia, una noción tan compleja como la de 'legitimidad'. A esta crítica cabe añadir otras: en la interpretación de Wolff no tienen cabida los actos violentos desautorizados por instancias distintas al Estado, éste es el único que puede permitirlos o prohibirlos; tampoco se distinguen los diversos tipos de actos violentos prohibidos por las leyes; ni se admite la posibilidad de que un Estado legítimo se involucre en prácticas violentas; por último, su postura le lleva a afirmar que no existe ninguna autoridad política legítima, pues sería incompatible con la autonomía individual (MACFARLANE, 1977, 67-69; HOLMES, 1973, 388-94).

Cualquier definición de 'violencia' que parta de su ilegitimidad, de su prohibición legal, de la forma en que es tratada por un determinado gobierno, está condenada al fracaso. Resulta estrecha, limitada. Resulta incapaz de explicar cómo una autoridad puede recurrir al empleo de medios violentos, y de clasificar éstos en justificables e injustificables; o cómo un Estado democrático legítimo puede ejercer la violencia sobre algunos de sus ciudadanos. La solución que se le suele dar a estas cuestiones pasa por diferenciar entre fuerza y violencia, reservando la primera para las agresiones del Estado, y la segunda para las agresiones contra el Estado. ¿Qué dificultades encierra esta propuesta?

#### IV

Diversas definiciones, algunas de ellas ya expuestas, intentan distinguir entre violencia y fuerza, tomando como criterio distintivo la existencia o no de legitimidad. MacFarlane plantea la distinción explícitamente: cuando la imposición de una voluntad sobre otra se considera legítima estamos ante un acto de fuerza; cuando se considera ilegítima, estamos ante un acto de violencia (MACFARLANE, 1977, 69-70). Glenn Gray señala que el concepto de 'fuerza' se usa propiamente sólo en el contexto de un poder legítimo, como medio de promover fines sociales; más allá del mínimo indispensable para la consecución de estos fines se convierte en mera violencia (GLENN GRAY, 1970, 14).

Otros autores han establecido esta distinción sobre bases diferentes: quién es el agente de la coacción, su objeto, el grado de coacción ejercido... Pero en todos los casos parece latir, en el fondo, una idea común: mantener

en esferas separadas la coacción estatal y la ejercida por los particulares (WELLS, 1970, 29-30). Pero con esta línea argumentativa se traza una divisoria irreal, separando clases o modos diversos de un mismo fenómeno, en atención sólo al agente promotor de éste. Este aspecto resulta de notoria importancia para nuestro análisis, porque se trataría de aplicar a la coacción estatal un concepto más neutro y aséptico, como es el de 'fuerza', evitando el uso de un concepto más normativo, ligado a las ideas de daño y violación de derechos, como era el de 'violencia'.

La mejor respuesta es, a nuestro juicio, insistir en el carácter instrumental de la violencia, que la hace susceptible de ser empleada por cualquier persona, grupo, instancia u organismo (ARENDRT, 1973, 147-48). Grahah y Gurr establecen unas conexiones entre fuerza y violencia como conceptos interrelacionados: la fuerza, si no se traduce en violencia, envuelve una amenaza; la violencia es coactiva si se usa con la intención de influir en las decisiones de los demás (GRAHAM y GURR, 1969, xxxii). H. L. Nieburg define la violencia como "fuerza en acción", aplicada a dañar o destruir personas o propiedades, por lo que fuerza y violencia se encuentran siempre unidas, si bien a veces imperceptiblemente (NIEBURG, 1969, 10-15; NIEBURG, 1966, 157-60). En última instancia, la violencia se convierte en una forma "natural" de comportamiento político, susceptible de ser medida y cuantificada a lo largo de los procesos políticos ordinarios (NIEBURG, 1969, 5).

Sin embargo, no podemos perder de vista un hecho evidente: por muy habitual que sea la violencia, presenta rasgos característicos que tienden a trasladarla "fuera del sistema", más allá de las reglas de conducta observadas en él. Honderich se da perfecta cuenta de esto al definir la violencia política como "un uso de la fuerza prohibido por el Derecho y dirigido a un cambio en la forma de gobierno" (HONDERICH, 1973, 197). La idea es que la violencia está siempre al margen de las normas que regulan un sistema político, y por ello está siempre proscrita por los ordenamientos jurídicos. Pero no es completamente correcto. Es conocida la influyente tesis de Teoría General del Derecho según la cual éste no es más que la regulación institucionalizada del uso de la fuerza y de la coacción. El gran problema, que muchos autores no afrontan claramente, es la existencia de dos formas de actividades violentas: las ejercidas por el Estado y sus agentes, de un lado, y las ejercidas por los particulares, e instancias extraestatales, del otro.

La definición de Honderich es correcta cuando nos estamos refiriendo a la violencia ejercida por personas o grupos privados, fuera de un esquema institucional y jurídico. Es la violencia que ha sido llamada 'directa' o 'primaria' (WALDMANN, 1985, 87), y que tradicionalmente recibía el

nombre de 'violencia privada' (LAPORTA, 1980). Bajo esta rúbrica se agrupan dos tipos muy distintos de violencia que conviene distinguir: aquellos actos dirigidos específicamente contra las autoridades políticas, y aquellos actos de violencia dirigidos contra particulares y también prohibidos por las leyes. En esta segunda categoría cabe incluir la delincuencia profesional, y diversos actos de violencia que quedan al margen de la "Política", puesto que no se dirigen contra los poderes y agentes estatales, ni pretenden un cambio de gobierno o legislación (MACFARLANE, 1977, 139 y ss.).

En cambio, la violencia ejercida contra las instancias representativas del Estado puede calificarse, sin ambages, de 'violencia política'. Su propósito es influir en, o determinar, un cambio social y/o político, una modificación legal, o cualquier tipo de transformación o reequilibrio en la estructura de poder. El daño o agravio se causa a una institución (además de a personas concretas, no lo olvidemos), y la intención última es precisamente ésa. Aquí vemos con claridad el carácter normativo del concepto de 'violencia política'. Hay una intención y unos objetivos políticos, se causan unos daños de carácter político, y a la violencia subyace una pretensión de cambio, reforma o revolución: la violencia es instrumental al servicio de unos fines. Esta modalidad o forma de violencia es propia de grupos disidentes, de minorías activistas (a veces muy amplias), pero en ningún caso de individuos totalmente aislados (MACFARLANE, 1977, 147; ARENDT, 1973, 167). En la práctica de la violencia, tanto esporádica como continuada, pero especialmente de ésta, se produce un fuerte sentimiento de coherencia de grupo, de pertenencia, de solidaridad: es lo que Michael Walzer ha llamado 'membrecía' (WALZER, 1970). Los activistas violentos actúan siempre por referencia, por una parte, a "ideales" abstractos y genéricos (la nación, la clase social...), y por otra, a los valores, reglas y pautas de conducta específicas del grupo formado por los activistas.

Pero esta forma de violencia, ejercida por particulares y grupos contra los agentes y órganos del estado, es sólo una de las posibles manifestaciones de la violencia política. Junto a esta violencia directa o primaria cabe mencionar la 'violencia estructural'. Este concepto ha surgido debido, en un principio, a las evidentes desventajas que acarrea restringir la noción de violencia a la coacción directa, al daño físico material; como réplica o "anticoncepto" se desarrolló una idea radicalmente opuesta: la violencia está en todas partes, y cubre casi todo el espectro de la actividad humana. La noción de 'tolerancia represiva', elaborada por Marcuse, se encontraría próxima a estas tesis (MARCUSE, 1973).

Pero quien más ha trabajado sobre este concepto ha sido Johan Galtung: es famosa su definición de violencia como la causa de la diferencia entre lo

potencial y lo actual (GALTUNG, 1966 y 1972). No es preciso insistir en las serias deficiencias de esta teoría, y en los excesos a que ha conducido: la noción de 'violencia estructural' no sólo amplía desmesuradamente el ámbito de aplicación propio del concepto de violencia, sino que lo traslada fuera de su marco tradicional hasta cubrir todas las esferas de la vida social, con lo que el concepto pasa a convertirse en un lugar común, "válido para todo", y pierde, no sólo su significado primario, sino incluso su valor persuasivo.

En otra línea distinta, mucho más matizada, James Fishkin define la tiranía como "una política, elegida por el gobierno, que impone severas privaciones, a pesar de que una política alternativa no habría impuesto severas privaciones a nadie". Estas privaciones son entendidas como daños en el plan de vida individual, en la capacidad de orientar las acciones propias de acuerdo con principios adoptados por uno mismo. La tiranía, con la violencia "estructural" que conlleva, supone una agresión no necesaria a la dignidad y autonomía moral de las personas (FISHKIN, 1977).

Otra noción que ha sido propuesta recientemente, para remediar algunos de los excesos que mencionábamos, es la de 'violencia institucional', que parece representar un compromiso entre los conceptos "tradicional" y "alternativo" de violencia. La 'violencia institucional' se caracterizaría por ser sistemática, deliberada, sometida a unas reglas predeterminadas, aceptada por la mayoría de la comunidad, y a ella se recurriría sólo en casos extremos en que han fracasado las técnicas de amenaza y control social (WALDMANN, 1985, 88-89).

Estas definiciones sólo pueden emplearse con muchas reservas cuando nos enfrentamos al problema de la violencia política. Y ello porque la política, como vimos, se centra en las relaciones de poder, en su equilibrio, en el control de los resortes de la violencia, legítima o no. Por tanto, toda la acción política quedaría conceptualizada como 'violenta', toda la esfera de "lo político" estaría englobada, sin más, dentro de la simple violencia, sin distinción, y con las consecuencias que el valor persuasivo de este concepto implica. ¿Son realmente coactivas y violentas todas las decisiones y actos del Estado? ¿Todos ellos significan un DAÑO o una violación de derechos individuales? Creo que no puede responderse afirmativamente a estas cuestiones. Es más, si se acepta nuestro análisis del concepto de 'violencia', como ligado al de 'daño', ciertas actuaciones de los poderes públicos (en concreto, de los legitimados democráticamente en un régimen de libertades) deberían ser excluidas de esa calificación, en cuanto pueden interpretarse como orientadas hacia la obtención de un beneficio o ventaja colectiva.



## BIBLIOGRAFIA

- ABELSON, Raziell: "Letter", en *The New York Review of Books* 12, 1969, p. 38.
- ARENDT, Hannah: "Sobre la violencia", en ARENDT, H.: *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1983, pp. 109-200.
- CAMERON, J. M.: "On Violence", *The New York Review of Books* 15, 1970, pp. 24-32.
- FISHKIN, James S.: *Tyranny and Legitimacy*, John Hopkins University Press, 1977.
- GALTUNG, Johan: "On the Meaning of Non-Violence", en ZAWODNY, J. K., ed.: *Man and International Relations*, Vol. II., San Francisco, 1966, pp. 412 y ss.
- "Frieden und Friedensforschung", en SENGHAAS, D., ed.: *Kritische Friedensforschung*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 55 y ss.
- GANDHI, Mohandas K.: *Non-Violent Resistance*, Nueva York, Schocken Books, 1961.
- GARVER, Newton: "What Violence Is", *The Nation*, 24 de junio de 1968, pp. 819-22.
- GERT, Bernard: "Justifying Violence", *The Journal of Philosophy* 66, 1969, pp. 616-28.
- GLENN GRAY, J.: *On Understanding Violence Philosophically & Other Essays*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1970.
- GRAHAM, Hugh Davis, y GURR, Ted Robert, eds.: *The History of Violence in America: A Report to the National Commission on the Causes and Prevention of Violence*, Nueva York, Bantam Books, 1969.
- HOLMES, Robert L.: "The Concept of Physical Violence in Moral and Political Affairs", *Social Theory & Practice* 2, 1973, pp. 387-408.
- HONDERICH, Ted: "Democratic Violence", *Philosophy & Public Affairs* 2, 1973, pp. 190-214.

- *Violence for Equality. Inquiries in Political Philosophy*, Harmondsworth, Penguin Books, 1980.
- LAPORTA, Francisco J.: "Estado y violencia: Sugerencias para una toma de posición", *Sistema* 38-39, 1980, pp. 111-23.
- LAWRENCE, John: "Violence", *Social Theory & Practice* 1, 1970, pp. 31-49.
- LIEF, Harold I.: "Contemporary Forms of Violence", en MASSERMAN, Jules, ed.: *Violence and War, with Clinical Studies*, Nueva York y Londres, Grune and Stratton, 1963.
- MACFARLANE, Leslie J.: *La violencia y el Estado*, Madrid, Felmar, 1977.
- MARCUSE, Herbert: "Tolerancia represiva", en WOLFF, R. P., BARRINGTON MOORE y MARCUSE, H.: *Crítica de la tolerancia pura*, Madrid, Editora Nacional, 1973.
- NIEBURG, H. L.: "The Uses of Violence", en FALK, R. A., y MENDELOVITZ, S., EDS.: *Toward a Theory of War Prevention*, Vol. I, Nueva York, World Law Fund, 1966.
- *Political Violence: The Behavioral Process*, Nueva York, St. Martin Press, 1969.
- PERRY, C.: "Violence - Visible and Invisible", *Ethics* 81, 1970, pp. 9 y ss.
- SHAFFER, Jerome A., ed.: *Violence: Award-winning Essays in the Council for Philosophical Studies Competition*, Nueva York, David MacKay Co., 1971.
- SOREL, Georges: *Reflexiones sobre la violencia*, Madrid, Alianza, 1976.
- STANKIEWICZ, W. J.: *Approaches to Democracy*, Londres, Edward Arnold, 1980.
- WADE, Francis, C.: "On Violence", *The Journal of Philosophy* 68, 1971, pp. 369-77.

- WALDMANN, Peter: "Estrategias estatales de coacción", *Sistema* 65, 1985, pp. 87-99.

- WALZER, Michael: *Obligations: Essays on Disobedience, War, and Citizenship*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1970.

- WEBER, Max: "La política como vocación", en WEBER, M.: *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1984 (8ª edic.), pp. 81-179.

- WELLS, Donald A.: "Is 'Just Violence' like 'Just War'?", *Social Theory & Practice* 1, 1970, pp. 26-38.

- WOLFF, Robert Paul: "On Violence", *The Journal of Philosophy* 66, 1969, pp. 601-16. Reimpreso como "Violence and the Law" en WOLFF, R. P.: *The Rule of Law*, Nueva York, Simon & Schuster, 1971, pp. 54-72.



## Pragmatismo e ideología política

Por LOURDES GORDILLO

Murcia

Es conocido el inicio del pensamiento pragmático en 1871, Cambridge, Massachussets, donde un grupo de pensadores y científicos intentan formular el papel clave de la ideología burguesa. Este famoso "club metafísico", como así lo llamó Pierce, tenía como propósito alienar a todos los que quisieran alienarse<sup>1</sup>. Sin embargo, el período en el que el pragmatismo fue formulado como teoría política y de desarrollo económico fue entre los años 1860-1878. Como consecuencia, los principios de convivencia y utilidad son incorporados ya por la ideología burguesa americana, sustituyendo en cierto sentido los conceptos de ciencia y verdad.

Es importante preguntarse, al llegar a este punto, cómo de hecho el pragmatismo se convierte en la ideología preponderante de la clase trabajadora en Estados Unidos. Esta filosofía, formulada o no formulada, supone toda una visión del mundo y unas implicaciones filosóficas que deben ser tenidas en cuenta a lo largo de este artículo.

El pragmatismo tiene sus predecesores filosóficos en el empirismo británico, en el idealismo alemán -particularmente en Kant- y en el utilitarismo de Alexander Bain.

El pensamiento pragmático es en primer lugar el método de obtener resultados sin considerar los medios empleados. Lo que realmente cuenta no es el método sino el resultado. Pierce desarrolló esta tesis central del pragmatismo apoyándose en la tesis berkeleyana de "ser es ser percibido", convirtiéndola en "ser es tener efectos prácticos o ser útil". Las cosas se

---

1. Cfr. Harry K. WELLS, *Pragmatism. Philosophy of Imperialism*, International publishers, New York, 1954. p. 21.

miden en la actividad humana práctica y dependen de nuestra concepción de tener, como ya veremos más adelante.

Otro de los puntos centrales que constituyó las bases del pragmatismo es la doctrina central de Chauncey Wright, negando la necesidad en la naturaleza y sociedad. La doctrina de la no necesidad convertía las llamadas leyes del movimiento y desarrollo de la naturaleza en hábitos del obrar humano<sup>2</sup>. De esta forma, el principio reconocido es la eficacia del fin o el éxito que determina los medios bajo las condiciones objetivas que limitan las posibilidades del obrar.

Si postulamos estos principios generales como bases del pragmatismo y consideramos esta doctrina como la línea principal de la filosofía americana, teniendo en cuenta su trayectoria política actual y sus circunstancias históricas, nos encontramos ante una corriente intelectual que domina hoy en Norteamérica, y tiene consecuencias prácticas de poder político de gran interés para la filosofía.

El pragmatismo es expresión de la cultura americana. Soporta ciertos aspectos de su cultura y es altamente crítico en otros aspectos<sup>3</sup>. No sólo en la cultura se deja notar su influencia, ya que para algunos el pragmatismo es la única filosofía que es nativa de EEUU<sup>4</sup>.

Esta corriente intelectual es instrumentalismo en filosofía, institucionalismo en economía, realismo legal en leyes, determinismo económico en política<sup>5</sup>. Para que el pragmatismo ejerza esa influencia en todos los campos del saber, debe postular alguna teoría a partir de la cual se produzcan estas tendencias prácticas.

Vamos a intentar analizar en este artículo algunos aspectos de lo que se ha llamado la edad de oro de la filosofía americana, para llegar a ver sus

---

2. Los datos aportados por Wells en su obra citada anteriormente, son muy interesantes, pero su crítica al pragmatismo hace sospechar falta de objetividad, ya que Wells se opone a lo que él llama filosofía pragmática imperialista en defensa del materialismo histórico y dialéctico. Sus rotundas afirmaciones sobre la filosofía americana son en muchos casos reflejo y defensa de las acusaciones que ha recibido como crítica el mismo materialismo histórico. Cfr. WELLS H. K. *Pragmatism...* op. cit.

3. Cfr. MORRIS, Charles, *The pragmatic movement in American Philosophy*. George Braziller, New York, 1970. p. 150.

4. Cfr. RUCKER, Darnell, *The Chicago Pragmatists*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1969.

5. Este autor, como otros muchos, resalta el pragmatismo como la genuina filosofía americana. Cfr. RUCKER, D. op. cit., p. 41.

implicaciones prácticas y poder aportar, a modo de conclusión, posibles carencias y soluciones a esta nueva forma de pensar.

### *Teoría o práctica*

El pragmatismo fue concebido como un método filosófico cuyas principales características son: 1) el empiricismo: al ser un método empírico, la práctica es anterior a la teoría. Es un método individualista que pone el énfasis en la experiencia sensorial, individual, oponiéndose a la práctica social, porque la práctica es en primer lugar práctica individual. Si todo el conocimiento se opera en la experiencia sensible, es propiedad de la experiencia individual. Por ello, cada experiencia es particular y única<sup>6</sup>.

Otra característica, lógica consecuencia de la anterior, es la espontaneidad. Por lo dicho anteriormente, si el conocimiento es siempre experiencia individual y nunca social, se sigue de ahí que no puede haber proyectos a largo plazo. Por esta razón el método pragmático es ante todo actividad que se encuentra en cada situación como surge. La improvisación viene corroborada por el procedimiento de la prueba y el error.

Todo esto nos hace suponer que no hay teoría que guía la práctica. De ahí se deduce una característica del pragmatismo que es el oportunismo, entendido como tomar ventaja sobre oportunidades o circunstancias sin tener en cuenta los principios o últimas consecuencias. La verdad de una teoría se prueba en la eficacia práctica; en ese sentido, la práctica precede cualquier principio teórico. La eficacia de los medios se mide por el éxito del fin. El uso de cualquier medio lo justifica la eficacia del fin. En consecuencia, este método se hace apropiado a los requerimientos de cualquier ideología.

No obstante, en el caso del pragmatismo, la ideología viene explicitada por las necesidades prácticas. Se explota cualquier medio para conseguir el éxito.

El mundo material objetivo se hace así dependiente del ser humano. El funcionamiento práctico de las ideas es más importante que su verdad teórica, porque la única prueba que tenemos de la verdad es su funcionamiento exitoso<sup>7</sup>. Las cosas *son* lo que *hacen*, es decir, el pragmatismo es también una teoría sobre la realidad, porque dando primacía a la acción nos

---

6. Cfr. WELLS, H. K., op. cit. p. 189.

7. BISSETT, James, *What is Pragmatism?*, AMS Press, The Macmillan Company, New York 1909, p. 15

ofrece una teoría sobre el significado, la verdad y el conocimiento. Pero es sólo en las futuras consecuencias donde reside el genuino significado<sup>8</sup>, porque las consecuencias pasadas no tienen significado, ni tampoco las presentes. Desde esta perspectiva, las teorías sin experiencia práctica no se diferencian unas de otras, significan exactamente lo mismo, es puro verbalismo. Sólo volviendo a la experiencia se pueden encontrar sus diferencias. De tal forma que el significado de cualquier concepto se nos asegura y se limita por la práctica futura de las consecuencias que llegan desde la acción práctica.

El significado de las teorías consiste enteramente en las consecuencias que sus seguidores deben esperar de ellas<sup>9</sup>. Este principio filosófico del pragmatismo está acorde con nuestras necesidades y aspiraciones. La verdad de una idea se hace por los acontecimientos, su veracidad es de hecho un acontecimiento, un proceso. Nosotros recibimos el material y lo utilizamos o formamos a nuestro gusto.

Sin embargo, el pragmatismo no es un mero practicismo. Hay un intento de buscar la inseparable conexión entre la racional cognición y el propósito racional relacionado con la acción humana.

Si la acción inteligente es proyectiva, propone metas para la acción, si hay reflexión y conducta controlada por una adecuada deliberación, no se entiende la primacía de la práctica<sup>10</sup>. Pero éste es, a mi parecer, el punto clave del pragmatismo, ya que la acción práctica que determina la teoría únicamente descansa en la experiencia sensorial y no va más allá de ella, es decir, la racionalidad de la acción se guía por una experiencia sensible que por la práctica se racionaliza. La razón se separa de la experiencia sensible para después encontrarla a través de la práctica<sup>11</sup>.

---

8. La definición de sus fundadores de "hacer nuestras ideas claras", tal como la formuló Pierce, indica la necesidad de encontrar el significado de las cosas en la concreción de sus términos o en su utilidad práctica.

9. Cfr. SCHINZ, Albert, *Anti-Pragmatism*, small, Maynard and Company Publishers, Boston 1909, p. 24.

10. Morris cree que el pensamiento americano simpatiza con una visión en la que el hombre se muestra dirigiendo su futuro por el uso de su inteligencia, y esto lo ofrece el pragmatismo. Vid. Morris, op. cit.

11. Ya afirmó Pierce que una acción es inteligible sin fin o propósito y James desarrolló la máxima pragmática de que el fin del hombre es la acción. En ambos la acción descansa en la experiencia sensible que determina, junto con la acción, los propósitos o aspiraciones del hombre. Cfr. SMITH, J. E., *Purpose Thought. The meaning of pragmatism.*, The University of Chicago Press, 1984.

Es importante, llegados a este punto, dilucidar la relación que se establece entre la teoría y la práctica en el pensamiento pragmático.

### *Teoría y Práctica*

Podemos comenzar afirmando que el pragmatismo es una forma de idealismo subjetivo, ya que el mundo natural y social existe sólo en nuestras sensaciones e ideas, voluntad y emociones.

No hay mundo externo objetivo con el cual las ideas en la mente se puedan corresponder, porque una teoría no puede ser verdadera o falsa sólo puede ser útil o no útil y el criterio es el éxito en la acción práctica.

Sin embargo, si las ideas tienen eficiencia en la acción práctica, esto demuestra, en cierto sentido, la realidad de un mundo externo informe, en el cual las ideas afectan y dan forma a ese mundo. Porque el futuro debe ser distinto si el *pensamiento* ocurre. El pensamiento modifica el futuro<sup>12</sup>. Pero esta mente tan activa sólo puede conocer su propia actividad porque el hombre crea su propio mundo fuera del caos primordial de sensaciones. Es la mente humana la que impone su modelo estructural sobre los datos sensibles y organiza las desorganizadas sensaciones. Por todo ello, el hombre no conoce el mundo externo sino sólo los resultados de su actividad mental. El hombre se fabrica un "mundo" y conoce sólo su propia fabricación<sup>13</sup>.

Este positivismo erige un abismo entre el hombre y la realidad, porque el mundo es realmente incognoscible. Las cosas se hacen también más dependientes del hombre porque no tienen una naturaleza objetiva, son lo que se *desea* que *sean*, utilizadas por la experiencia humana. Las cosas son construcciones del *self* que crea su propio mundo y vive en él.

Se invierte de este modo la relación entre filosofía y vida, se regula nuestra concepción teórica por nuestra concepción práctica<sup>14</sup>.

Aquí conviene detenernos por su importancia. La separación de pensamiento y voluntad y la confusión de ésta con impulsos e instintos hacen que el pragmatismo se apoye sólo en la experiencia sensible y en una voluntad, que al no ser ya racional en su elección, es tan sólo pensamiento

---

12. Cfr. THAYER, H. S. *Meaning and action, a critical History of Pragmatism*. The Bobbs-Merrill Company Inc. New York, 1968, p. 522.

13. Cfr. WELLS, H. K., op. cit. p. 197.

14. SCHINZ, A., op. cit. vid. cap. I.

impulsivo. El pensamiento es también proyectivo, de tal forma que las acciones volitivas son propositivas y todas las ideas son volitivas y propositivas, pero ya no pueden ser verdaderas o falsas independientes de su propósito o carácter volitivo<sup>15</sup>. Esta voluntad instintiva movida por el deseo que a su vez procede de la experiencia práctica, debe tener algún tipo de conexión orgánica entre el interés "intelectual" y práctico. Parece, por lo dicho hasta ahora, que el interés "intelectual" viene determinado por la experiencia práctica y en último término es la acción práctica la que determina el interés o deseo.

No obstante, no hay que olvidar que la idea es una *real variación* de la variación espontánea, cuyo valor consiste precisamente en el control que introduce en la variación espontánea o no propositiva.

El pensamiento es una manipulación actual de nuestras experiencias espontáneas<sup>16</sup>. El pragmatismo es una doctrina postdarwinista que entiende que el futuro no se repite idénticamente y no imita al pasado, introduce así novedad en el mundo.

Esa voluntad instintiva al ser propositiva plantea un genuino interés o deseo, porque todas las cuestiones responden siempre a un interés y significado para alguien.

No obstante, la separación que establece el pragmatismo entre significado y experiencia no deja de ser el eterno problema del dualismo actual entre sentidos y razón que ha surgido en tantos círculos científicos, en los cuales el empirismo ha sido la única alternativa que no logra superar el dualismo.

Pero ¿es posible algún tipo de reconciliación que haga viable esta teoría? Por otra parte, el pragmatismo es un método apropiado a los requerimientos ideológicos de una clase cuyo deseo depende de las necesidades e intereses del hombre que establece fines o metas posibles de alcanzar. Los medios como la meta y el deseo deben reflejar verdades sobre la naturaleza, deben corresponderse primeramente no con el fin deseado, sino con las condiciones objetivas que hacen del fin una posible meta<sup>17</sup>. Ahora bien, una meta es deseada porque es oportuna para el individuo, grupo o clase. Los medios se seleccionan en la experiencia que sustituye al conocimiento científico o teórico.

---

15. Cfr. WEBSTER MORRE? A., *Pragmatism and its Critics*, The University of Chicago Press, 1910. p. 15.

16. Cfr. WEBSTER MOORE, A., op. cit., p. 78

17. WELLS, H. K., op. cit., p. 193.

### *Conclusiones*

Hemos visto que el pragmatismo en primer lugar da primacía a la acción práctica, que a su vez determina la teoría. Y en segundo lugar que es la doctrina idónea para cualquier tipo de ideología regida por las necesidades de cualquier clase social.

Una vez llegados a este punto interesa ver si hay algún tipo de reconciliación entre teoría y práctica y a qué derivaciones nos lleva el pragmatismo erigido como ideología.

En primer lugar, si como hemos dicho anteriormente, el significado sólo reside en las consecuencias futuras, en tal caso el mundo hay que entenderlo como un proceso evolutivo que alcanzará su verdadero sentido al final de la historia. La verdadera reconciliación del significado y la realidad se alcanzará en su pleno sentido al final del mundo donde se dará la perfecta identidad entre ideas y realidad.

Al principio el pragmatismo se consideró como doctrina psicológica donde se discutía la conexión entre pensamiento y voluntad. En estos posibles cambios evolutivos, en nuestra experiencia dada, hay todo un sistema de variaciones accidentales que son los propósitos de nuestra experiencia espontánea. Pero estos propósitos o ideas volitivas están dados por una voluntad separada ya de la razón y, por tanto, se racionalizan una vez que han sido probados por la acción práctica.

La teoría se establece a partir de la acción práctica junto a nuestros deseos y aspiraciones. Si estos deseos no son fruto de una teoría o no son guiados por ella, la única forma de reconciliar razón y voluntad es efectivamente a través de la praxis.

Sin embargo, estamos ante un círculo vicioso, en el cual la teoría viene determinada por la acción práctica y los deseos del hombre y éstos determinan una teoría que afecta a su vez a la conducta práctica del hombre. Son las necesidades y aspiraciones del hombre junto con las condiciones históricas las que racionalizan toda una forma de pensar y actuar en el mundo.

El hombre es así un ser inteligente y controla su futuro en la dirección de sus valores, en primer lugar materiales, porque responden a sus necesidades más primarias. En segundo lugar, si el mundo es incognoscible, el hombre es libre de inventar ficciones que sean requeridas por la

pragmática o que pueden ser requerimientos dictados por la clase dirigente<sup>18</sup>. De tal forma que el pragmatismo puede convertirse fácilmente en fanatismo o ficcionalismo que sirven a algún propósito con tal de que prueben su utilidad. Estas ficciones, una vez racionalizadas, pasan a formar parte de la economía, política, etc.

Al sustituir el conocimiento por la creencia en los efectos, se puede caer fácilmente en la superstición y en una apología para la justificación de cualquier doctrina o poder político.

Este poder organizado de una clase social mayoritaria tiene el peligro de convertirse en la mayor fuerza política y social de un país a través de los medios de comunicación, enseñanza y especialmente en el poder económico de la clase que posea esos medios.

Esta tendencia de la búsqueda de la efectividad (eficiencia) que pone el acento en el éxito y en el trabajo, olvida fácilmente la solidaridad y valiosidad del trabajo en sí mismo, sacrificando este interés básico a las ventajas del momento.

Con razón decía Dewey que el problema de América es convertir la sociedad en comunidad, incrementando los valores sociales, la *comunicación*<sup>19</sup>. Pero esto sólo puede hacerse cuando no se da primacía a los valores materiales y cuando la eficacia no es la medida de todas las relaciones. La comunicación sólo llega a ser verdadera cuando lo primero que se valora y tiene en cuenta es las personas que la establecen y no sólo el fin que se persigue.

No obstante, desde una perspectiva filosófica el problema del pragmatismo es que, al ser ante todo un método empírico, establece un dualismo entre voluntad y razón, teoría y práctica, difícil de reconciliar. Pienso que es precisamente esta separación entre razón y voluntad la que lleva al pragmatismo a dar primacía a una de las dos partes. Hay una sobrevaloración en la que se olvida la otra alternativa posible, al no encontrar una conexión. De fondo tropezamos de nuevo con el eterno problema de la historia de la filosofía y de la teoría del conocimiento.

En conclusión, el pragmatismo no es la doctrina idónea para incrementar la sociabilidad, la solidaridad, etc., porque carece de los valores espirituales

---

18. Cfr. WELLS, H. K., op. cit., p. 198.

19. Cfr. WHITE, Norton, *Pragmatismo and the American Mind*, Oxford University Press, 1973, p. 26.



que hacen posible este tipo de relaciones y de una teoría de conocimiento más abierta a la universalidad.



Walter Benjamin:  
Una filosofía de la historia entre la política y la religión

Por FRANCISCO CASTILLA URBANO  
Madrid

1. *Relación materialismo-teología*

La filosofía de la historia de Benjamin se construye sobre dos corrientes de pensamiento fundamentales, a saber, la filosofía de corte marxista, que debe diferenciarse del marxismo ortodoxo, y la tradición teológica judía, aunque tampoco se trate en ésta de la influencia de sus rasgos de carácter más religioso. Ambas líneas de pensamiento son, pues, asumidas hasta cierto punto, pero es precisamente este carácter gradual en que se recogen las distintas ideologías el que confiere a la obra de Benjamin, no sólo a su filosofía de la historia, su mayor interés y originalidad. A fin de entender el significado profundo de las **Tesis de filosofía de la historia** se hace necesario analizar la relación entre los dos elementos básicos que las configuran.

La primera de las Tesis nos puede orientar sobremedida a la hora de entender el uso que Benjamin daba a la teología; no se trata de recuperar concepciones arcaicas para postular una explicación providencialista del tiempo, sino de servirse de la teología para ganar la partida de la historia. El materialismo histórico “podrá habérselas sin más ni más con cualquiera, si toma a su servicio a la teología que, como es sabido, es hoy pequeña y fea y no debe dejarse ver en modo alguno”<sup>1</sup> (1, p. 177). La teología, por tanto, es un medio para un fin, pero es, a la vez, tal su desprestigio en la edad de la razón que lo mejor es que realice su obra sin ser percibida. Nada

---

1. Las citas de las "Tesis de filosofía de la historia" que siguen proceden de la traducción de Jesús Aguirre en W. Benjamin, *Discursos interrumpidos I*. Madrid, Taurus, 1989, pp. 177-191. En lo sucesivo señalaremos el número de tesis seguido de la página en que figura el texto.

más ingrato que el trabajo no reconocido, y ese es el triste destino que parece aguardar a la fea teología. Sin embargo, el hecho de ser necesaria para que el materialismo histórico pueda imponerse no deja de ser un reconocimiento de la importancia que merece, por más que éste deba pronunciarse a escondidas. Esta postura no deja de ser una manifestación implícita de que la razón, en contra de las creencias básicas del dogma ilustrado, no puede desplazar en su totalidad a la religión.

Lo que quiere señalar Benjamin es que la filosofía, al intentar dar respuesta al papel del hombre en la historia, necesita apoyarse en la teología. La promesa de felicidad que la filosofía de la historia del materialismo histórico pretende ofrecer no puede sustituir enteramente el papel salvífico que la teología tenía encomendado. Aceptar la sustitución de la teología por la filosofía, propia de un mundo cada vez más secularizado en apariencia, implicaría olvidar una parte importante de las esperanzas que subyacen al hombre, incluso creyendo que ello fuera posible. Se hace necesario, pues, recurrir a la teología, aunque sus contenidos sufrirán una cierta secularización al integrarse, sin “dejarse ver en modo alguno”, dentro de la filosofía de la historia. De esa forma será posible reconocer que “en la representación de felicidad [propia de la filosofía de la historia] vibra inalienablemente la de redención” (2, p. 178), característica de la teología.

La presencia de la terminología teológica en la explicación filosófica no es sino otro ejemplo del carácter mediador que la filosofía de la historia tiene respecto de ambas tradiciones; Benjamin quiso reflejar en ella la insuficiencia de la explicación filosófica para una tarea que, en la medida en que es escatológica, precisa ser afrontada en buena parte con elementos teológicos. Estos están, no obstante, desprendidos de su contexto habitual para dar paso a una nueva construcción, secularizada, de la marcha de la humanidad. Lo religioso, transmutado en parte su significado original, se inserta así en una visión laica de la historia, a la que presta un sentido vivificador.

El uso de formas religiosas, por otra parte, no sólo aparece a nivel de algunos términos aislados o de las frases en que éstos se articulan, sino que la totalidad de las **Tesis de filosofía de la historia** son el producto de un vocabulario a medio camino entre el discurso y la sentencia. En ellas se concilia la sistematicidad del tratado, aunque reducido éste a su expresión mínima, con la brevedad del aforismo, ampliado en grado suficiente como para eliminar su aislamiento. Se mantiene, no obstante, el carácter sentencioso de este último género, por otra parte, tan vinculado a la literatura profética. Así pues, la convivencia entre la explicación y el símbolo no es, de nuevo, sino un aspecto de la relación entre política, es decir, historia, y teología.

El carácter aforístico de las Tesis nos introduce en el problema del valor de un texto en extremo breve. No hay nada que obligue a medir la importancia de una obra por el tamaño de la misma, pero, además, en el caso de Benjamin se da la circunstancia de que tal trabajo, como la mayor parte de los suyos, contiene una densidad muy superior a lo que suele ser usual en el universo filosófico<sup>2</sup>. Por otra parte, aunque las Tesis pueden ser valoradas por sí mismas, en tanto que último escrito de su autor, la mayor parte de su temática debe verse como la culminación del resto de la obra de Benjamin, con la que guardan estrechos vínculos.

Materialismo y teología están, por tanto, relacionados en las Tesis de filosofía de la historia de Benjamin, aunque la relación no se manifieste en la forma de una vinculación entre iguales. La filosofía de la historia se sirve de conceptos e imágenes de la tradición religiosa para introducir algunos de sus principios, que no aparecen en ningún otro saber, en su visión secularizada del mundo. Esto ocurre con el concepto de felicidad, en el que subyace inevitablemente una cierta idea de redención, cuyas raíces teológicas son notables, pero “lo mismo ocurre con la representación de pasado, del cual hace la historia asunto suyo. El pasado lleva consigo un índice temporal mediante el cual queda remitido a la redención. Existe una cita secreta entre las generaciones que fueron y la nuestra. Y como a cada generación que vivió antes que nosotros, nos ha sido dada una *flaca* fuerza mesiánica sobre la que el pasado exige derechos” (2, p. 178). Esta perspectiva coloca algunos de los contenidos tradicionales de la teología dentro de la historia secularizada. En concreto, revive en la historia esa tradición religiosa de raíz judía, y por ello presente también en el cristianismo, que une a las generaciones pasadas y presentes en torno a la espera del juicio divino. La posibilidad de redención de las generaciones actuales, que no deja de reconocerse por más que esté basada en una “flaca fuerza mesiánica”, pasa por el encuentro con las generaciones pasadas. La filosofía de la historia se configura como la conciencia de la necesidad de luchar desde el presente por sacar del olvido el pasado. La totalidad de éste sólo adquiere sentido en el recuerdo del día final: “sólo a la humanidad redimida le cabe por completo en suerte su pasado. Lo cual quiere decir: sólo para la humanidad redimida se ha hecho su pasado citable en cada uno de sus momentos” (3, p. 179).

---

2. El mismo Benjamin era consciente de este hecho; En su *Diario de Moscú*. Madrid. Taurus, 1988, p. 60 (27.12.1926), anota, no sin cierto orgullo, el siguiente comentario del dramaturgo, director y crítico teatral Bernhard Reich: “en la literatura importante, la proporción entre el número de frases y la cantidad de frases sustanciales y pregnantes formuladas es, aproximadamente, de 1:30; en mi caso, de 1:2. Todo eso es cierto”.

Por débil que sea la fuerza mesiánica que nos ha sido dada, es suficiente para que permita poner en cuestión las victorias de los que dominan. Su mirada crítica se vuelve al pasado para extraer del mismo los elementos ocultos pero no desaparecidos que una y otra vez han perecido con la derrota. De lo que se trata no es tanto de luchar por la consecución del paraíso venidero como de recuperar la memoria del auténtico pasado, no del que se nos ha transmitido, sino del que hubiera debido llegar si la historia no ocultara aquellos valores perdidos en cada derrota: “la lucha de clases, que no puede escapársele de vista a un historiador educado en Marx, es una lucha por las cosas ásperas y materiales sin las que no existen las finas y espirituales. A pesar de ello estas últimas están presentes en la lucha de clases de otra manera a como nos representaríamos un botín que le cabe en suerte al vencedor. Están vivas en ella como confianza, como coraje, como humor, como astucia, como denuedo, y actúan retroactivamente en la lejanía de los tiempos. Acaban por poner en cuestión toda nueva victoria que logren los que dominan” (4, p. 179).

El problema de cómo recuperar ese pasado es un problema metodológico propio de la filosofía de la historia. Benjamin defenderá una forma peculiar de hacer historia basada en el materialismo histórico, pero éste no es equivalente a lo que entendemos tradicionalmente bajo ese concepto. Si hubiera de definirse estrictamente incluso se podría dar la paradoja de que el materialismo histórico se identifique con el historicismo, mientras el autor de las **Tesis de filosofía de la historia** ataca a éste último en nombre de los principios que guían al primero. Como en el caso de la teología, su adhesión al materialismo histórico debe verse, pues, no tanto a la luz que despiertan las ideas generales de éste, sino, más bien, desde el punto de vista de las pequeñas exigencias con las que Benjamin lo reviste.

## 2. *Crítica de la historia tradicional y del historicismo*

Para mostrar las ventajas de su idea de la historia, Benjamin dirige sus críticas contra la concepción positivista ejemplificada en Ranke, al que no cita por su nombre, pero que es fácilmente identificable por la frase que figura en el prólogo de la primera edición de su obra **Geschichte von der romanischen und germanischen Völker** (1824), y que define toda una manera de entender la labor historiográfica: la historia es conocer el pasado “tal y como verdaderamente ha sido” (6, p. 180). Esta es la concepción de la historia propia del siglo XIX, que denominaremos tradicional, y que ha ejercido extraordinaria influencia en la historiografía posterior. Incluso hoy en día se identifican con ella numerosos historiadores que, creyendo alcanzar la máxima objetividad, convierten su actividad en mero idealismo. En realidad, al enunciar esta frase, Ranke pretendía oponerse a la filosofía de

la historia hegeliana, que consideraba especulativa. A esta concepción le es aplicable, asimismo, lo que afirma Benjamin de otro notable historiador: "Fustel de Coulanges recomienda al historiador, que quiera revivir una época, que se quite de la cabeza todo lo que sepa del decurso posterior de la historia" (7, p. 181). En su aplicación a la historia pertenece, no obstante, a una generación posterior a Ranke, la de su alumno Dilthey, el procedimiento de la "empatía", método que también asocia Benjamin a esta manera de entender la historiografía; así pues, en las Tesis se entiende por historicismo tanto la pretensión de conocer la totalidad del pasado, como la asepsia que debe mantener el historiador, como la empatía de la que debe hacer uso<sup>3</sup>. Son varias las críticas que Benjamin dirige al historicismo en tanto que metodología de la historia tradicional, pero pueden resumirse en las siguientes:

a) La neutralidad postulada por los historicistas beneficia a los vencedores, entendiéndolos tanto a los que siglo tras siglo han sabido dominar sobre la mayoría como a sus herederos actuales. Perpetuar un conocimiento del pasado que sólo nos proporciona imágenes de dominación nos lleva a reproducir en nuestro presente ese mismo dominio. La "flaca fuerza mesiánica" que puede permitir la redención del pasado se agota en la nada si no se extrae de éste lo que quedó oculto, relegado.

b) Desde un punto de vista metodológico, la empatía tiene su campo de acción en la historia intelectual. No se concibe como el ámbito de la cultura y la sociedad, de los productos espirituales y materiales, sino en un vacío social. Saca a la luz esos logros de los vencedores que son los bienes de cultura, sin plantearse el origen auténtico de los mismos, basado en la explotación de los más desfavorecidos. Al convertir la totalidad de la historia en historia intelectual, los defensores de la empatía, la tradición de las ciencias del espíritu, convierten la lucha por la existencia material en un aspecto inferior de la condición del hombre<sup>4</sup>. Con ello se cierra la posibilidad de entender lo que ha sido realmente ese pasado que se investiga. El

---

3. Muy probablemente, al igual que hiciera J. Rodríguez, "Marxismo e historicismo (Notas críticas a K. R. Popper)", en VV.AA., *Simposio de Burgos. Ensayos de filosofía de la ciencia*. En torno a la obra de Sir Karl R. Popper. Madrid, Tecnos, 1970, pp. 78-91, al defender que la crítica popperiana al historicismo no se refiere en sentido estricto a Marx porque éste no compartía los rasgos que Popper le asignaba, quepa discutir hasta qué punto el concepto de historicismo censurado por Benjamin posee un referente real: algunas de las características con las que lo distingue, por separado, han sido reivindicadas por distintos autores en diferentes épocas, pero jamás en su conjunto.

4. Es éste un rasgo que Benjamin comparte con la Escuela de Frankfurt. Véase M. Jay: *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*. Madrid, Taurus, 1989, pp. 290-291.

historiador que se sumerge “empáticamente” en el pasado se resigna a ignorar “que los bienes culturales que abarca con la mirada tienen todos y cada uno un origen que no podrá considerar sin horror. Deben su existencia no sólo al esfuerzo de los grandes genios que los han creado, sino también a la servidumbre anónima de sus contemporáneos. Jamás se da un documento de cultura sin que lo sea a la vez de la barbarie” (7, p. 182).

c) El historicismo concibe el tiempo como un transcurso homogéneo y vacío. En esta perspectiva, ninguna época histórica se eleva sobre las demás, todas poseen la misma importancia, porque todas están localizadas en un tiempo similar, continuo, que son incapaces de romper mediante la auténtica valoración de sus hechos. El historicismo, en su afán de conocer el pasado en su totalidad, narra la historia como un “continuum”, sin ser capaz de distinguir entre los acontecimientos importantes y los menores; plantea así “la imagen ‘eterna’ del pasado” (16, p. 189). La utilidad de esta presentación del tiempo para los vencedores resulta evidente: perpetúa históricamente la sensación de que las cosas siempre han sido como deben ser, sin sobresaltos ni revoluciones, en un constante fluir “homogéneo y vacío”. A esta imagen del pasado corresponde, en el extremo opuesto de la recta temporal, la concepción lineal del progreso: “La representación de un progreso del género humano en la historia es inseparable de la representación de la prosecución de ésta a lo largo de un tiempo homogéneo y vacío” (13, p. 187).

d) El historicismo culmina en una historia universal; ésta es consecuencia directa de su concepción del tiempo, donde todos los hechos adquieren un valor uniforme. La acumulación de acontecimientos sin someterlos a una jerarquía de importancia hace de ellos un compendio de datos triviales. De ahí que llegue a afirmar Benjamin: “Su procedimiento es aditivo; proporciona una masa de hechos para llenar el tiempo homogéneo y vacío” (17, p. 190). Esta afirmación descubre la pretensión a la vez que la dificultad máxima a la que se enfrenta el historicismo: hacer la historia de la humanidad mediante la unión de sus diferentes momentos, pues, tan pronto como la realiza, se da cuenta de las insuficiencias que padece por la falta de una armadura teórica manifiesta que preste su coherencia al edificio.

La alternativa que Benjamin postule será radicalmente opuesta a la historicista: una historia combativa, sin pretensiones de neutralidad ideológica y que ayude a forjar la victoria de los oprimidos. Es una historia más propia del revolucionario que del erudito, más cercana al que con su protagonismo la hace que al que la estudia. Esta idea se puede representar a la perfección con la cita de Nietzsche, de su escrito **Sobre las ventajas e inconvenientes de la historia**, que encabeza la duodécima de sus Tesis:



“Necesitamos de la historia, pero la necesitamos de otra manera a como la necesita el holgazán mimado en los jardines del saber” (p. 186).

### 3. Crítica de la socialdemocracia alemana

Las Tesis de Benjamin son, en igual medida, una respuesta a la concepción historiográfica del historicismo, y un análisis crítico del papel desempeñado por los políticos socialdemócratas en el advenimiento del fascismo. Mientras en el primer caso desaprueba su concepción del pasado y su metodología, cuando habla de los socialdemócratas les critica el concepto de progreso al que se adhirieron y la praxis resultante de éste (13, p. 187).

Las ideas de Benjamin acerca del comportamiento de la socialdemocracia alemana tienen el carácter de una denuncia cuyo objetivo es “liberar a la criatura política de las redes con que lo han embaucado. La reflexión parte de que la testaruda fe de estos políticos en el progreso, la confianza que tienen en su ‘base en las masas’ y finalmente su servil inserción en un aparato incontrolable son tres lados de la misma cosa. Además procura darnos una idea de lo cara que le resultará a nuestro habitual pensamiento una representación de la historia que evite toda complicidad con aquella a la que los susodichos políticos siguen aferrándose” (10, p. 184). Es en nombre de un progreso concebido de manera indefinida por el que los socialdemócratas llegaron a adoptar una táctica política que a la postre resultó desastrosa para los intereses que representaban. El conformismo fue una característica común a esta manera de obrar, tanto a nivel político, como en sus concepciones económicas (11, p. 184). En su denuncia del mismo el análisis de Benjamin se centrará en los conceptos de trabajo, naturaleza y progreso tal y como son manejados por los representantes de la socialdemocracia.

a) Estos ensalzaron en exceso el trabajo como fuente de riqueza, sin ser capaces de comprender que el trabajo cuyos frutos no actúan directamente en beneficio de los trabajadores causa el mal de éstos. El desarrollo técnico y esta concepción bondadosa del trabajo permitiría el progreso indefinido, y con él, casi de manera automática, el logro de una sociedad más justa. El progreso técnico no fue concebido como instrumento del capital, sino como elemento de liberación. Con ello, sólo por ir en la línea de ese progreso, dignificaron el significado del trabajo, olvidando que quien se ve obligado a vender su fuerza de trabajo es porque tiene sobre sí a otros hombres. La socialdemocracia, en definitiva, intenta mejorar el trabajo respetando su forma explotadora, lo cual es una contradicción. De lo que se trata es, precisamente, de poner término a esa explotación.

Cuando los socialistas conceden una importancia trascendental al trabajo están favoreciendo al capitalismo. El énfasis de la socialdemocracia en el trabajo no es sino un síntoma de la desconfianza que ésta alimenta hacia las utopías. Una utopía era el trabajo liberador que Marx concibiera, pero en sus manos se convierte en nueva esclavitud, esta vez bajo el látigo del progreso. El presente se convierte en tiempo de sumisión porque el mito del progreso sólo es válido para las futuras generaciones. Su concepto de progreso es, pues, esterilizador para la generación que se supone está haciendo más por el mismo: sacrifica sin reparos a ésta en beneficio de un bienestar que sólo habrán de disfrutar sus descendientes. La socialdemocracia no ha sabido hacer uso de su mejor arma; al insistir en el papel redentor que la clase obrera debe desempeñar para las próximas generaciones ignora que de la sumisión actual, incluso a un ideal que se pretende digno, sólo surge más sumisión. La tarea de liberación debe tomar cuerpo en el propio presente, y eso significa que su lucha no se debe alimentar tanto de lo que espera a las futuras generaciones, como de la opresión sufrida por las que existieron en el pasado. Tal y como la concibe Benjamin, es "la clase vengadora que lleva hasta el final la obra de liberación en nombre de generaciones vencidas" (12, p. 186).

b) Este concepto de trabajo se vuelca en el dominio de la naturaleza a costa del retroceso de la sociedad. Hay aquí una relación entre el avance del progreso técnico, que ayuda a dominar crecientemente esa naturaleza, y la relegación a un segundo plano del progreso social, que debería ser el objetivo fundamental de la socialdemocracia. También el concepto de naturaleza se corrompe, de manera que la idea socialista de liberarla, se transmuta en un afán por explotarla. No es extraño que Benjamin acuda a Marx para señalar el significado exacto de su pensamiento, a su juicio, prostituido por la socialdemocracia, aunque tal vez su interpretación no sea del todo correcta<sup>5</sup>; es mucho más destacable, no obstante, que reivindique las ideas y los nombres de Fourier, los espartaquistas y el mismo Blanqui, todos ellos comprometidos en la misma medida en la lucha más encarnizada contra el capital para hacer realidad, ya, un presente mejor. Sin embargo, no se debe establecer la total concordancia a partir de tales citas<sup>6</sup>; sólo son utilizados como elemento de contraste, como muestras de lo que la ilusión, el recuerdo y la imaginación pueden llegar a alcanzar frente al realismo

---

5. No en vano, Horkheimer y Adorno criticaron, como afirma M. Jay (op. cit., p. 418), "el énfasis excesivo de Marx sobre la centralidad del trabajo como modo de autorrealización del hombre".

6. No obstante, como ha afirmado Bernd Witte, *Walter Benjamin. Una biografía*. Barcelona. Gedisa, 1990, p. 216, basándose en Klossowski, parece cierto que, en sus días finales, Benjamin se sintió atraído por las concepciones utópicas de Fourier.

posibilista de los políticos socialdemócratas: “Comparadas con esta concepción positivista demuestran un sentido sorprendentemente sano las fantasías que tanta materia han dado para ridiculizar a un Fourier. Según éste, un trabajo social bien dispuesto debiera tener como consecuencias que cuatro lunas iluminasen la noche de la tierra, que los hielos se retirasen de los polos, que el agua del mar ya no sepa a sal y que los animales feroces pasen al servicio de los hombres. Todo lo cual ilustra un trabajo que, lejos de explotar a la naturaleza, está en situación de hacer que alumbre las criaturas que como posibles dormitan en su seno” (11, p. 185).

c) Benjamin también critica la teoría y la praxis socialdemócratas, porque “ha sido determinada por un concepto de progreso que no se atiene a la realidad, sino que tiene pretensiones dogmáticas” (13, p. 187). Es, en igual medida, un progreso infinito respecto de su objetivo final, e incesante, por cuanto continuamente tiene lugar su desarrollo. Existe una razón básica en contra de este progreso, a saber, ha concebido su historia, la historia del progreso del género humano, de la misma forma en que el historicismo tendía a considerar el pasado: como un transcurso por un tiempo homogéneo y vacío. Los socialdemócratas mantienen las tesis historicistas aunque aplicadas no tanto al conocimiento del pasado, como a la idea del futuro; de ahí que sea válido aplicar a la representación del progreso que lleva a cabo la socialdemocracia, la misma crítica que merece la idea de tiempo histórico realizada por el historicismo. Esta es la alternativa que Benjamin condensa en lo que hemos denominado la historia monádica; un contraste entre ambas opciones está perfectamente ejemplificado en la novena de sus Tesis:

“Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus Novus*. En él se representa a un ángel que parece como si estuviese a punto de alejarse de algo que le tiene pasmado. Sus ojos están desmesuradamente abiertos, la boca abierta y extendidas las alas. Y este deberá ser el aspecto del ángel de la historia. Ha vuelto el rostro hacia el pasado. Donde a nosotros se nos manifiesta una cadena de datos, él ve una catástrofe única que amontona incansablemente ruina sobre ruina, arrojándolas a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado. Pero desde el paraíso sopla un huracán que se ha enredado en sus alas y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irreteniblemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras que los montones de ruinas crecen ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso” (9, p. 183).

La imagen descrita es extremadamente significativa<sup>7</sup>. El rostro espantado del ángel está vuelto hacia el pasado, su mirada asiste horrorizada al espectáculo que se le ofrece: catástrofe y ruinas. Este, sin embargo, no es el

---

7. Aunque existen numerosas referencias a esta tesis benjaminiana, la mejor interpretación que conozco es la de Reyes Mate en “La historia de los vencidos” (de próxima publicación), en quien se inspira este párrafo.

horizonte que contemplamos nosotros. Lo que se nos presenta ante los ojos es una cadena de datos, todos bien engarzados mediante diferentes nexos causales. Si trasplantamos ambas imágenes al plano de la historia, tenemos que lo que se nos aparece como un tiempo homogéneo, bien trabado en sus distintas épocas, y explicado de acuerdo con la más depurada de las técnicas científicas no es, ante la mirada penetrante del ángel, sino un universo de horrores, destrucción y desolación. Ambas representaciones son el producto de dos miradas diferenciadoras. Mientras la *nuestra* se conforma con presentar el pasado como “una cadena de datos”, es decir, que permanece indiferente a lo que ha ocurrido y le basta con mostrarlo, la del ángel de la historia aspira a poner término al desastre. La tarea del ángel es superior a la del hombre, como superior es su jerarquía en la escala de los seres. Para él no es suficiente explicar ni señalar el encadenamiento de los datos, sino que aspira a reconstruir ese pasado tenebroso; “despertar a los muertos y recomponer lo despedazado” es la única solución válida ante tanta atrocidad, pero sus esfuerzos por detenerse son inútiles: el potente huracán que sopla desde el paraíso le impide cerrar sus alas y le empuja hacia el futuro, “ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso”. El ángel da la espalda a este futuro al que forzosamente se dirige, mientras que contempla desvalido cómo aumentan los montones de ruinas hasta llegar al cielo.

Si el ángel cede ante el progreso es forzado por el mismo. No simpatiza con un avance que se establece sobre las ruinas. Su deseo es otro. La propuesta de un futuro mejor no la entiende a través del horror y la destrucción, sino, por el contrario, por medio de la reconstrucción de las ruinas. La necesidad que el ángel vislumbra es la de hacer despertar a los muertos y reconstruir, no la de construir un camino, el del futuro, a costa de catástrofes. La historia tradicional es la que nosotros vemos, bien encadenada, sólida en apariencia por la coherencia de sus explicaciones. El ángel de la historia nos ofrece la alternativa monádica. La filosofía de la historia de Benjamin, a diferencia de las filosofías de la historia que basan en el progreso toda posible emancipación del hombre, busca en la recuperación del pasado su posible salvación. Es en la rememoración de las posibilidades que el hombre ya poseía en el paraíso donde estriba su mejor arma. Se trata de recuperar tales esperanzas para hacerlas realidad en el presente, tarea ante la que incluso el ángel experimenta dificultades.

La misión que el ángel de la historia quisiera cumplir guarda un estrecho paralelismo con la que desempeña la religión. La idea de “despertar a los muertos” evoca, sin duda, la de la resurrección de éstos, tan firmemente arraigada en la literatura religiosa. El huracán que le impide detenerse sopla “desde el paraíso”, mientras el ángel, impotente para la acción que desearía llevar a cabo, observa el crecimiento de las ruinas hacia el cielo; paraíso, cielo, el mismo ángel, no son sino términos teológicos cuya inclusión en un

montaje histórico trastoca su sentido original para dar paso a una visión secularizada de los mismos. De esta forma, el ángel se convierte en el ángel de la historia, en tanto que el paraíso para a ser tanto la meta deseada como el origen del proceso histórico. Como afirma sintéticamente la cita de Karl Kraus reproducida al principio de la tesis decimocuarta: “la meta es el origen” (p. 188), éste podría ser el significado otorgado al paraíso en su nuevo contexto. Por una parte, en la mirada del ángel al paraíso se le aparece el universo de ruinas y catástrofes, es decir, el pasado de injusticias y derrotas de los perdedores, cuyo origen se pierde en el principio de los tiempos, hasta quedar simbolizado en la caída del edén que sirvió de primera morada al hombre; por otra parte, en ese mismo paraíso se dio la auténtica felicidad, sin explotación de unos por otros, armoniosa con la naturaleza, ajena al dolor. Recuperar lo que ya existió es el ideal de felicidad, la meta a conseguir.

#### 4. *La historia monádica*

Frente al tiempo homogéneo y vacío, Benjamin opone su concepto de historia, caracterizado por lo que denomina “tiempo ahora”; éste se puede definir perfectamente como la oposición a la historia que busca construir el positivismo historicista. Si hubiera que señalar con la máxima brevedad los principios que guían esta opción, deberíamos decir que persigue el conocimiento del pasado por el pasado, intentando con ello una aproximación a éste que renuncia por principio a ver en el mismo una prolongación de los problemas del presente. Dicho de otra forma, el historicismo entiende que las claves del pasado que se investiga deben ser interpretadas en función de las coordenadas de ese mismo pasado. Benjamin, por el contrario, defiende una aproximación al pasado en función del presente que pretende recuperar aquél. Ello no significa que el pasado sea creado, en el sentido de inventado o manipulado para servir los intereses del momento, pero sí que, conscientes de la imposibilidad de recordar éste “tal y como verdaderamente ha sido”, el historiador se limita a interpretarlo desde y a partir de la utilidad que puede jugar para sus polémicas presentes. El concepto de “tiempo-ahora” se convierte de esta forma en el instrumento de una tarea militante: su labor consistirá en favorecer la lucha revolucionaria contra la clase dominante. Para ello, pretende hacer del “tiempo-ahora” el artificio capaz de romper el “continuum” de la historia, de poner fin a ese tiempo homogéneo y vacío que parece caracterizarla.

Los ejemplos de “tiempo-ahora” que Benjamin proporciona son, sin embargo, en igual medida, muestras de luchas políticas y de cambios sociales, alguno de ellos tan poco obrerista como la moda: “la antigua Roma fue para Robespierre un pasado cargado de ‘tiempo-ahora’ que él hacía

saltar del continuum de la historia. La Revolución francesa se entendió a sí misma como una Roma que retorna. Citaba a la Roma antigua igual que la moda cita un ropaje del pasado. La moda husmea lo actual dondequiera que lo actual se mueva en la jungla de otrora. Es un salto de tigre al pasado” (14, p. 188).

En ambos casos, la Francia revolucionaria, sobre todo, la moda del siglo XX, la revivificación pone el acento sobre el presente. El pasado sólo es utilizado como almacén, museo de un tiempo que al ser recuperado mediante el “salto de tigre” deja de ser ese mismo tiempo y se subordina a otros fines, a otros momentos, a otras necesidades. Son éstas últimas las que marcan la pauta: poco importa la exactitud de lo recuperado cuando lo que está en juego es la propia supervivencia. El interés del pasado no está en lo que muestra a simple vista, sino, tal vez en mayor medida, en lo que oculta, en lo que siglo tras siglo se ha empeñado en dejar a un lado por la influencia de los poderosos. No es nuestra mirada la que importa, sino la del ángel de la historia. Por eso carece de significación estricta ese mismo pasado, su totalidad, si no fuera un ideal imposible la misma idea de captarlo en esa medida; lo que importa de él es ese fragmento, muchas veces arrinconado por el transcurso de los tiempos, que puede servir de apoyo a los problemas de nuestro presente.

Existen varias ideas que se entremezclan en el concepto usual de tiempo; el tiempo es, por un lado, la duración de la totalidad de las cosas, pero, por otro lado, es una parte de esa duración, y, además, el momento en que sucede algo. La historia que conciben los historicistas está basada en la primera concepción del tiempo, el tiempo eterno que al ser surtido de contenidos “culmina con pleno derecho en la historia universal” (17, p. 189); para señalar la forma de narrar de este tipo de historia el mejor ejemplo tal vez sea el “Erase una vez” (16, p. 189), tan característico del comienzo de los cuentos, donde los hechos narrados devienen iguales, y las historias en que aparecen, uniformes en su irrealidad. Por el contrario, la historia que concibe Benjamin se vincula a la segunda y tercera acepciones del tiempo. Estas dos están, a su vez, relacionadas: el tiempo que es parte de esa duración se distingue de la totalidad del tiempo porque existe un momento diferenciador en el que sucede algo. Ese momento diferenciador no es otra cosa que una ruptura del continuum de la historia; ésta comienza de nuevo, renace, cuando se adquiere conciencia de la importancia de lo hecho, lo cual sólo puede tener lugar en un presente cargado de recuerdo. Es la posibilidad de comparar, la capacidad de encontrar lo actual en el pasado, la que hace posible el recuerdo, la que permite calificar de “histórico” un acontecimiento; es, pues, un presente que se reconoce en un pasado lejano, que intenta recuperar en lo que siente como solidario, pero es, a la vez, un presente que utiliza su fuerza para diferenciarse, para



distanciarse del pasado inmediato, que le es ingrato. Bajo la forma de este salto dialéctico “es como Marx entendió la revolución” (14, p. 188), y ésta justifica su novedad con respecto a lo inmediato anterior mediante la creación de un tiempo nuevo: el tiempo que registran los calendarios, pero que los relojes son incapaces de distinguir. Basta fijarse en los ejemplos del cristianismo o del islam para comprobar que así ha sido, en la misma medida en que lo llevó a cabo con posterioridad cualquier revolución: “La conciencia de estar haciendo saltar el continuum de la historia es peculiar de las clases revolucionarias en el momento de su acción. La gran Revolución introdujo un calendario nuevo. El día con el que comienza un calendario cumple oficio de acelerador histórico del tiempo” (15, p. 188).

La función del “tiempo-ahora” se revela entonces como diferente de la mera recuperación de la tradición. Mientras el historicismo mira al conocimiento del pasado, la historia monádica tiende a su utilización. El historiador materialista debe dirigirse al pasado para rebuscar en su seno aquellos elementos que han sido oscurecidos hasta hacerse irreconocibles en la noche de los tiempos. La tarea del materialista histórico es buscar estos restos del pasado para hacerlos aflorar, plenos de utilidad, en el presente, al igual que el trapero se sumerge en la escoria para sacar de sus componentes nuevas aplicaciones de una utilidad nunca imaginada<sup>8</sup>. La creatividad aplicada a lo ya sido es, en ambos casos, el nexo de unión que hace posible una nueva configuración. De esta forma podrá interrumpirse el curso de la historia, y devolver la felicidad original a los vencidos de todos los tiempos.

El historicismo y la socialdemocracia anulan el presente; el primero por suponer que puede dejarlo de lado cuando investiga el pasado, la segunda por menospreciar su valor a cambio de la creencia en un futuro mejor. Frente a uno y otro, lo importante desde el punto de vista de la historia monádica es el presente, y todo su empeño va dirigido a la detención de éste: “el materialista histórico no puede renunciar al concepto de un presente que no es transición, sino que ha llegado a detenerse en el tiempo. Puesto que dicho concepto define el presente en el que escribe historia por cuenta propia” (16, p. 189).

Se trata, pues, de sumergirse en lo que se supone que ha sido el pasado para, trastocando su experiencia aparente, sonsacar del mismo las energías convenientes para el presente. De ahí la exigencia de hacer uso de experiencias únicas, a la manera de imágenes relampagueantes, a las que Benjamin se refiere reiteradamente en sus Tesis: “La verdadera imagen del pasado

---

8. W. Benjamin, “El París del Segundo Imperio en Baudelaire”, en *Poesía y capitalismo. Iluminaciones II*. Madrid. Taurus, 1988, pp. 31 y 98.

transcurre rápidamente” (5, p. 180), “adueñarse de un recuerdo tal y como relumbra en el instante de un peligro” o “fijar una imagen del pasado tal y como se le presenta de improviso al sujeto histórico en el instante de peligro” (6, p. 180), en “una experiencia con él que es única” (16, p. 189). Las expresiones designan, en todos los casos, experiencias que, como la forma lingüística utilizada para describirlas, son breves pero densas, cargadas de sentido, a la manera del aforismo barroco. No es la primera vez que se señala que el centro de las ideas de Benjamin está constituido por la teoría de la experiencia<sup>9</sup>, pero lo importante en este caso es que la forma expresiva utilizada se corresponde con el contenido de lo expresado. Se pone de manifiesto la detención de la historia mediante el recurso a la expresión mínima de ésta. Cuando el historiador materialista “es lo suficientemente hombre para hacer saltar el continuum de la historia” (16, p. 189), golpea “una constelación saturada de tensiones” existente en el pasado. Su cristalización constituye una mónada (17, p. 190), es decir, lo que forma una unidad cargada de sentido entre el pasado y el presente, capaz por ello mismo de romper el continuum entre ambos. La mónada es a la historia, lo que el aforismo a la literatura filosófica; ambos condensan en una expresión mínima la totalidad de un saber.

El concepto de mónada aplicado a la historia va, a semejanza de su homónimo leibniziano, mucho más allá de lo que pueda indicar la simple unidad; implica, por una parte, afinidad entre lo dispar del pasado y del presente, pues en ello consiste la “detención mesiánica del acaecer” (17, p. 190), pero equivale, por otra parte, a lo que es único, porque sólo una vez en cada ocasión es posible recuperar lo anterior para que entre en lo actual: “Al pasado sólo puede retenérsele en cuanto imagen que relampaguea, para nunca más ser vista, en el instante de su cognoscibilidad” (5, p. 180). Puede haber muchas mónadas, pero serán diferentes entre sí. La mónada está, además, cargada de energía, de actividad, que se encamina a un solo objetivo: lograr “una coyuntura revolucionaria en la lucha en favor del pasado oprimido” (17, p. 190). La historiografía materialista llevará a cabo esta operación del pensamiento partiendo de la existencia de hechos particulares que ejemplifican en su brevedad la totalidad de la historia; el transcurso de ésta última se plasma en una obra, a la que se ha hecho saltar de una vida, del mismo modo que ésta ha saltado de una época y la época del curso homogéneo de la historia: “El alcance de su procedimiento consiste en que la obra de una vida está conservada y suspendida *en* la obra, *en* la obra de una vida la época y *en* la época el decurso completo de la historia” (17, p. 190).

---

9. P. Krumme, cit. por J. Habermas, “Walter Benjamin. Crítica concienciadora o crítica salvadora (1972)”, en *Perfiles filosófico-políticos*. Madrid. Taurus, 1975, p. 317, nota.



De esta forma se comprende que desde el punto de vista benjaminiano carezca de importancia el conocimiento del pasado "tal y como verdaderamente ha sido"; no es sólo que se rechace el orden de los vencedores en que necesariamente se presentaría éste, ni que existan aceptables dudas metodológicas acerca de la misma posibilidad de conseguir tal logro y acerca del método utilizado para ello, sino que, además, no es necesario llegar a la totalidad de ese pasado para detener el curso de la historia. Para captar una "constelación en la que con otra anterior muy determinada ha entrado su propia época" (A, p. 191), al historiador materialista le basta con entrar en contacto con un elemento de ésta, elemento que puede estar visible o no en el transcurso de la historia, pero que al ser objeto de tal elección pasa a desempeñar una función diferente a la que pudiera ejercer en el orden homogéneo del que es separado. Lo significativo es sólo una parte, ínfima, del pasado.

Este procedimiento guarda cierto paralelismo con la técnica literaria. Cualquier estudio hace uso de las citas, las cuales no son otra cosa que la utilización parcial de la obra de una vida, para dar cuenta del pensamiento global de un autor, en la misma medida en que consideramos que éste último es un paradigma de la manera de pensar de una época determinada. Se admite, por tanto, que no es necesario recurrir a la totalidad para dar cuenta de la misma, basta con elegir sus momentos más representativos. Pero esta forma de actuar, válida en general para el estudio histórico, filosófico o filológico, es sólo una parte de la técnica literaria, pues, en la medida en que el escritor es creador, no se conforma con la reproducción neutra de los fragmentos elegidos, sino que éstos son manipulados para defender una tesis unida a su presente. La importancia de la cita estriba en su plenitud de sentido: demuestra o confirma en su brevedad la totalidad, de la misma manera en que un pliegue del pasado puede darnos lo fundamental de éste. La cita es una mónada que sólo ejerce su papel una vez, de manera única; cualquier otra aplicación de la misma la convierte en una mónada diferente. Como el pasado que al entrar en contacto con el presente rompe el tiempo homogéneo de la historia y ayuda a cambiar la dirección de ésta, la cita reproducida por el creador altera su sentido primitivo para ocupar una posición ajena, si no contradictoria, a la ejercida en el orden original del que fue extraída<sup>10</sup>. Se puede establecer el paralelismo entre la mónada, la cita

---

10. Según Hannah Arendt, "Walter Benjamin, 1892-1940", en *Hombres en tiempos de oscuridad*. Barcelona. Gedisa, 1990, p. 187, para Benjamin "el trabajo principal consistía en arrancar los fragmentos de su contexto y darles una nueva disposición de modo tal que se ilustraban unos a otros y probaban su *raison d'être* en total libertad. Era una especie de montaje surrealista".

y el mismo 'tiempo-ahora', porque todas ellas son la expresión mínima, pero suficientemente significativa, de diferentes totalidades.

### 5. *Función mesiánica del recuerdo*

La crítica al concepto positivista de la historia que Benjamin lleva a cabo, se basa fundamentalmente en la consideración del tiempo que se deriva de ella. Desde su perspectiva, y a pesar de su afirmación en favor de un pasado "tal y como verdaderamente ha sido", el historicismo narra el producto de lo que ha ocurrido, esto es, una historia en la que se silencian y ocultan las voces de los desposeídos. No dice nada de los afanes de éstos últimos, de sus esperanzas cercenadas por la derrota. El tiempo homogéneo que crea esta manera de entender la historia mantiene ocultas las voces de los perdedores. Su discurso es lineal, ajeno, por tanto, a las múltiples injusticias de la que han sido víctimas aquellos que carecen de la capacidad de expresar su versión de los hechos; una versión a la que sólo se puede acceder pasando "a la historia el cepillo a contrapelo" (7, p. 182), descubriendo sus recodos, sus recovecos, esas imágenes que no han tenido cabida en la historia de los dominadores y de sus herederos, y que sólo son recuperables en un salto rápido, breve, relampagueante, pero cargado de intención, desde nuestro presente.

Sería un contrasentido dar el salto al pasado con los mismos métodos que los enemigos contra los que se pretende combatir. El procedimiento tiene que ser otro. Frente al positivismo no cabe otra alternativa que el uso de la memoria colectiva, sin falsos científicismos, ni el apoyo de documentos de presunta objetividad. El científicismo sólo es una pretensión ideológica con la que busca recubrirse la historia de los vencedores; lo único que se consigue al enfatizar la científicidad del pasado es borrar la identificación entre éste y las generaciones presentes. No es un pasado que sienten sino un pasado que aprenden como algo ajeno. La objetividad de los documentos es un artificio engañoso si se tiene en cuenta que tales documentos pertenecen a los que han alcanzado la victoria en cada ocasión. La mejor prueba de la relatividad del valor de ambos, el científicismo y el documento, nos la da el hecho de que uno y otro formen parte imprescindible del positivismo historiográfico, pero no de otras corrientes de interpretación histórica.

Esta misma confianza ciega en la ciencia es la que ha llevado a la socialdemocracia a renunciar a sus mejores armas: "Nada ha corrompido tanto a los obreros alemanes como la opinión de que están nadando con la corriente. El desarrollo técnico era para ellos la pendiente de la corriente a favor de la cual pensaron que nadaban" (11, p. 184). En el caso de ésta

última, la fe encuentra su punto de aplicación en el futuro, en la idea de un progreso necesario. Al creer que éste habría de ser el resultado de una norma histórica, olvidaron el pasado y descuidaron en extremo su presente. Lo consideraron un momento de transición hacia el esperado futuro de redención, pero ello les convirtió en víctimas propiciatorias. No se puede tener éxito en la lucha contra el fascismo enarbolando la bandera del progreso como ley histórica, de la manera en que pretendió hacerlo la socialdemocracia (8, p. 182). Cualquier enfrentamiento con éste pasa por la superación de la idea según la cual vivimos en la mejor de las sociedades posibles, y que lo mucho de negativo que ocurre en ella no es el mismo reflejo de las condiciones que crea. La pobreza y la desigualdad de toda sociedad, como el hambre en el mundo opulento de hoy, la dominación, en suma, no se dan por casualidad en las sociedades ni su existencia es algo ajeno al propio ordenamiento que imponen.

No es sólo una paradoja de las teorías del progreso que los más inauditos avances tengan lugar a la par que se producen las situaciones de miseria más lamentables que probablemente haya conocido la especie humana a lo largo de su historia. Toda teoría del progreso acaba siendo víctima de la disolución de éste en dos aspectos que en gran parte son contrapuestos, a saber, el progreso técnico y el progreso social. El avance del primero no siempre debe ser interpretado como un adelanto del segundo, pues, sin un cambio en los mecanismos de propiedad, cualquier progreso técnico puede equivaler, de hecho, a un retroceso social. La teoría del progreso a la que se adhirió la socialdemocracia en tiempos de Benjamin no supo distinguir los dos elementos presentes en éste, de ahí su mayor error. No fue consciente de que el desarrollo de los medios de producción no llevaba consigo el desarrollo de la sociedad. Esa misma confusión es la que inspira la actitud de extrañeza ante hechos que parecen indignos de la época, sin embargo, vistos desde el lado de los más desfavorecidos podemos apreciar que es, precisamente, el orden imperante el que trae consigo tales situaciones: “no es *en absoluto* filosófico el asombro acerca de que las cosas que estamos viviendo sean ‘todavía’ posibles en el siglo veinte. No está al comienzo de ningún conocimiento, a no ser de éste: que la representación de la historia de la que procede no se mantiene” (8, p. 182).

Acentuar el lado tecnológico del progreso, hacer que el mismo se mida únicamente por el desarrollo de su dominio sobre la naturaleza, equivale a esconder la cabeza ante los problemas importantes que éste plantea. La medición del progreso desde el punto de vista de los indicadores económicos, como si éstos fueran los únicos a tener en cuenta, supone un empobrecimiento de la auténtica realidad social; si el que adopta esta postura es un movimiento cuya fuerza reside en el intento de mejorar la sociedad, su situación ante sus enemigos se verá comprometida. No se puede predicar la

mejora de la sociedad y hacer consistir ésta en la explotación desalmada de la naturaleza; su explotación ilimitada e incontrolada es un acto contrario al bienestar de esa misma sociedad. Sin duda, es un concepto corrompido de naturaleza suponer que ésta existe *sólo* para responder a lo que se exige de ella, que “está ahí gratis”. Tal postura, propia de la socialdemocracia, “ostenta ya los rasgos tecnocráticos que encontraremos más tarde en el fascismo” (11, p. 185). La justificación tecnológica del progreso carga la mano sobre lo que de (económicamente) efectivo puede tener éste, renunciando a su más preciado bien: la liberación de las clases oprimidas. La esperanza en un futuro mejor se convierte, de esta forma, en la máxima garantía de que sus objetivos nunca se verán cumplidos. La fe en el progreso no es en este caso otra cosa que la imposibilidad de hacer realidad los sueños de liberación.

La posibilidad de que los oprimidos puedan dejar de serlo, cambiando el curso de la historia, no se encuentra en el tiempo homogéneo y vacío que configuran a la par el historicismo y la socialdemocracia, sino en el deseo de poner término a las humillaciones. Es necesario recoger del pasado los momentos de derrota para convertirlos en armas contra los vencedores. Si la memoria colectiva de los vencidos no puede conformarse con el pasado que le ofrece la historia tradicional es debido a su conciencia de la parcialidad de ésta. La historia que narran los positivistas es la de los vencedores, es incapaz de recoger la experiencia de los que en todo momento sufren por sus derrotas. Hay que recurrir a otra historia, la que es producto del recuerdo. El recuerdo es, ciertamente, la memoria de un tiempo pasado, pero su manifestación tiene lugar en el presente. Olvidar ambos aspectos equivale a ignorar el auténtico significado del recuerdo. Desde el presente se recuperan los fragmentos ocultos en el pasado que la historia positivista se ha empeñado en ignorar. La filosofía de la historia de Benjamin considera que la experiencia del tiempo de los historicistas es incapaz, por una parte, de captar las múltiples injusticias que han ocurrido en la historia, pero, por otra, de la mano de la idea del progreso forjada por la socialdemocracia, renuncia a poner término a éstas. Por tanto, se trata de hacer uso de una nueva experiencia de la historia, basada en el recuerdo, y de actuar desde el presente, más que con las esperanzas puestas eternamente en el futuro.

La filosofía de la historia benjaminiana no renuncia a la esperanza, pero no hace de ésta un artificio de sometimiento. En vez de ponerla en el futuro, la coloca en el pasado; se nutre, sobretodo, del dolor, del recuerdo de las penas que han sufrido cada una de las generaciones anteriores. Es la esperanza que tienen en el presente los que son capaces de recordar las tristezas del pasado. La idea de una vida mejor en el futuro, que avala las teorías del progreso, no proporciona suficiente fuerza a ninguna lucha

revolucionaria; un mínimo aumento de las condiciones de vida pondría término a cualquier conato de enfrentamiento. Este es, de hecho, el mayor logro que puede exhibir la política de los socialdemócratas: la búsqueda de un cierto avance a costa de un gran abandono. “Con ello –dice Benjamin– ha cortado los nervios de su fuerza mejor. La clase desaprendió en esta escuela tanto el odio como la voluntad de sacrificio. Puesto que ambos se alimentan de la imagen de los antecesores esclavizados y no del ideal de los descendientes liberados” (12, p. 186).

Recurrir al pasado para encontrar las fuerzas que nos ayuden en nuestro presente equivale a recuperar una tradición oculta, ajena por completo a lo que nos ha sido dado rutinariamente como tal. Implica la convicción de un peligro, a saber, el que amenaza con enterrar definitivamente esa tradición que está ausente de la historia positivista, y en igual medida, a los herederos de la misma. Tal vez el mayor aliado de este peligro sea el conformismo; la posibilidad de evitarlo requiere grandes esfuerzos, y en ningún caso los resultados se podrán comparar con los de la historia tradicional. La tradición de los oprimidos es fragmentaria, discontinua, fruto de “un salto de tigre al pasado”. Su misma factibilidad se presenta de manera problemática puesto que requiere una fe inquebrantable en la justicia y en la necesidad de la causa defendida: “El don de encender en lo pasado la chispa de la esperanza sólo es inherente al historiador que está penetrado de lo siguiente: *tampoco los muertos* estarán seguros ante el enemigo cuando éste venza. Y este enemigo no ha cesado de vencer” (6, pp. 180-181).

Lo que está proponiendo Benjamin, y con ello se cierra el círculo, es el uso de un modelo teológico, el judío, con fines laicos. La idea que guía su filosofía de la historia parte de la necesidad de encontrar modos de actuación secularizados capaces de cubrir el hueco perdido por la tradición religiosa. El recuerdo que nos permite la esperanza es, desde este punto de vista, el mismo que experimentaban los fieles en cada conmemoración. Se trataba de indagar en el pasado para recuperarlo, conscientes de la importancia reveladora que tenía el mismo; “a los judíos les estaba prohibido escrutar el futuro. En cambio la Thora y la plegaria les instruyen en la conmemoración” (B, p. 191). No recordaban, no conmemoraban todo el pasado, sino aquellos actos que consideraban fundamentales para la existencia de su creencia. La memoria de lo acaecido era fundamental para el mantenimiento de su fe. La Redención sería una consecuencia de ésta. De la misma forma, la clase de los oprimidos necesita la práctica de la memoria para recordar constantemente las injusticias de las que ha sido víctima a lo largo de la historia. Tales injusticias deben ser rememoradas para que cada acto de recuerdo se convierta en un acto de confianza en el propio ser. Su redención será el efecto de esta lucha desigual, y será tras su consecución cuando esté en condiciones de asumir la totalidad de aquel tiempo: “sólo para la humanidad redimida se ha hecho su pasado citable en cada uno de sus momentos” (3, p. 179).



**III  
IN MEMORIAM**

**FELIPE GONZALEZ VICEN  
(1908-1991)**





## Una correspondencia y un artículo inédito

Por JUAN JOSE GIL CREMADES

Zaragoza

El 22 de febrero de 1991 fallecía en La Laguna (Tenerife) Felipe González Vicén. Junto con Corts Grau, superviviente de la generación de filósofos del Derecho que accedieron a la Cátedra universitaria antes de la fecha discriminadora de actitudes de 1936, mantuvo una postura personal, equidistante tanto del exilio exterior como de la colaboración y, paradójicamente, cercana al exilio interior y deudora de vínculos familiares y de amistad para evitar las últimas consecuencias de una "depuración", resultado del cainismo reiterativo de nuestra historia contemporánea. Como resultado: su fecundo "aislamiento" en las Islas Canarias.

Su obra tampoco siguió las rutas marcadas por la política cultural de turno, tan beneficiosa, antes y ahora, para quienes la siguen, y justifican, con provecho personal, el presente. Ni siquiera, por elegancia moral e intelectual, quiso pensar contra alguien o contra algo. Sus trabajos, en gran medida, giraron en torno a la historia y reconstrucción del pensamiento jurídico del XIX y primer tercio del XX, atendiendo a su epicentro germano. Aunque se dispone de algunos materiales para hacer un balance de esa obra, y por ello se prescinde aquí de elaborar una semblanza, convendría no olvidar los comienzos de ella, y principalmente: *Teoría de la Revolución. Sistema e Historia*, Valladolid, Imprenta Allen, 1932. 150 pp., la *Advertencia preliminar* a la traducción parcial de las *Grundlinien* de Hegel (Madrid, Revista de Occidente, 1935) y *Deutsche und spanische Rechtsphilosophie der Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des spanischen Geistes*, Tübinga, J.C.B. Mohr, 1937, 44 pp. En estas publicaciones se trasluce, junto a la confusión de espíritus del período de entreguerras que embargó ineludiblemente a nuestros becarios de la Junta de Ampliación de Estudios, la tensión entre una aséptica pureza metodológica de influjo kelseniano, y un quizá no comedido entusiasmo por el "espíritu", que, por lo demás, no tuvo continui-

dad. Junto al conocimiento pormenorizado de autores, escuelas y corrientes, que le conceden, por ejemplo, el rango de cita no esporádica de Franz Wieacker a partir de la segunda edición de su clásica *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), mantuvo una opción moral de fondo, que ha sido calificada de kantiana, y que ha motivado el revuelo en torno a su tesis sobre la obediencia al derecho, que casi han creado una fama que podría hacer olvidar su dedicación casi exclusiva a la historia del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo.

Al hacer esas observaciones, se es consciente de no ser un advenedizo en la relación personal con González Vicén. Permítaseme que rompa el silencio que me ha mantenido al margen de los administradores de la fama del gran Profesor desaparecido. Quizá, ese julio de 1969 era la primera vez en que el sorteo le había hecho desplazarse a Madrid para formar parte de un tribunal de oposiciones, que habría de elevar la propuesta de dos plazas de profesor agregado de Filosofía del Derecho. También en esta ocasión era el único discordante en un mayoritariamente homogéneo tribunal, situado científica e ideológicamente lejos de él. Su prestigio y su legitimación le mantenían a distancia de los demás. De los opositores, otros no quisieron librar batalla, y uno, novato al fin, se empeñó en disputarla, llevado de un impulso que sólo a la larga le ha dado alguna que otra satisfacción: luchar por lo obvio. No conocía personalmente a González Vicén. Incluso tuve que disculparme de ello en un encuentro en Colonia, organizado en 1966 por la sección alemana de la IVR, al saludar precisamente al Profesor Wieacker, quien me dedicó un par de recientes separatas y compartió una chocolatina que llevaba, junto con otros papeles, en una vieja cartera. Así es que fue en aquellos cálidos días de julio del 69, y cuando ya se habían celebrado las votaciones, cuando pude saludarle y hablar con él. No era un buen momento. Me consoló, calificó de “barbaridad” lo ocurrido, me felicitó y dio ánimos. A lo largo de los ejercicios, y aun cuando entonces no era habitual, me preguntó muy acertadamente sobre mis planteamientos metodológicos, con los que coincidía, por estar alejados tanto de iusnaturalismos acordes con la confesionalidad del Estado, como de “salvadores” y vulgares marxismos, muy de moda y hasta presuntivamente rentables entonces, al menos a medio plazo. Desde ese momento se inició una correspondencia sostenida.

Una segunda oportunidad de encuentro se ofreció, lamentablemente, en situación similar: la oposición a cátedras que, convocada también en 1969, no se concluyó hasta julio de 1974, mediando dos o tres recursos contencioso-administrativos, una sustitución de varios presidentes de tribunal, una dimisión de vocal de la “minoría” -dimisión pactada, por cierto, por quienes tampoco ahora, en principio, querían librar la batalla-, un par de menciones del tema en el Consejo de ministros, una pregunta en Cortes, etc., etc. El Profesor González Vicén, alejado de las luchas por el poder académico, se

mantenía en su puesto, y ninguno, al parecer, le consideró objeto de especial maniobra. Esa presencia desinteresada fue beneficiosa, pues dos vocales de la, en principio, "mayoría" -presentes ambos, curiosamente, en las oposiciones anteriores-, acabaron convencidos por González Vicén, y en un acto que tuvo que suponer sacrificios y que les honra, decidieron racionalizar proceso tan aberrante como el descrito.

Años después estuvo desde el primer momento alentando la puesta en marcha de la segunda época del "Anuario". Su colaboración fue muy asidua: hasta tres magníficos trabajos -sobre el darwinismo social, el neokantismo jurídico axiológico, Jhering- y una última breve aportación sobre Pierre Bayle, a la que ya afectaba la decadencia física de los dos últimos años de su vida. Pudo haber una más, que resultó truncada. Quiero explicar, al hilo de la correspondencia mantenida entonces, el por qué. Y creo además que, una vez desaparecido de nosotros, las causas -ficticias- que le llevaron entonces a suspender sin término fijo esa publicación ya no son vinculantes, por lo que el mejor homenaje que se le puede prestar a su memoria es publicar y leer un inédito que, en la línea de su primordial preocupación investigadora por la historia de las ideas, añade una cierta ligereza como para captar la atención incluso de un no especialista.

Quizá por esta última razón quiso González Vicén enviar su artículo a una revista de más amplio espectro cultural. Cortesmente el director de esa publicación creyó más propio el "Anuario" para ese trabajo. Yo, naturalmente, me dirigí al autor recabando su permiso. He aquí el texto de la respuesta:

La Laguna, 29 de diciembre de 1985

Sr. Don  
J. J. Gil Cremades  
ZARAGOZA

Querido amigo y compañero:

Muchas gracias por su carta del último día veinte.

El problema con mi artículo sobre los usos sociales es que, desde un principio he tenido muchas reservas hacia su publicación. Con la mejor voluntad, desde luego, pero un poco precipitadamente y sin yo saber nada se lo dio a Vd. X. Más que un trabajo científico es, como ya habrá Vd. visto, lo que los italianos llaman un "divertimento". Por todo ello, yo preferiría que no se publicase, al menos por ahora, y que me lo devolviera Vd. cuando tenga ocasión para ello.

Estoy dando, en cambio, la última mano a un trabajo sobre el neokantismo axiológico, que sí me gustaría ofrecerle para el "Anuario". Dígame qué le parece y si habrá sitio para él en el citado "Anuario".

¿Qué tal estuvieron las jornadas de Sigüenza?

Yo también le deseo una feliz entrada de año y unas vacaciones aprovechadas.

Cordialmente,

G. Vicén

Mi carta de respuesta atendía inmediatamente el ruego y mostraba la satisfacción de poder contar con un artículo escrito expresamente para el "Anuario". Pasado el tiempo -pensaba yo- podría volver a recordar el tema de los "usos sociales", con razones que enfocaran desde un ángulo favorable, la actitud, situada a medio camino entre la contrariedad y el coqueteo, de meter el trabajo en una carpeta. Quizá acabara concediendo el indulto de edición a unas cuartillas exentas de toda culpa. Transcribo el acuse de recibo:

La Laguna, 17 de enero de 1986

Sr. Don  
J. J. Gil Cremades  
ZARAGOZA

Querido amigo y compañero:

Acabo de recibir el original de mi trabajo sobre los usos sociales y quisiera acusarle recibo de ello. Siento mucho toda la serie de molestias que el asunto le ha causado, pero, ya desde un principio, tenía muchas dudas acerca de su publicación, y no por razones objetivas -el trabajo no me parece mal en su conjunto-, sino, más bien, por una especie de sensación muy subjetiva de que no concordaba con mi línea de producción. En fin, un poco manías de viejo profesor.

El trabajo sobre el neokantismo axiológico va avanzando, y en cuanto esté terminado se lo enviaré. Espero que no sea demasiado extenso. Yo le calculo alrededor de treinta folios a máquina.

No he recibido hasta ahora el número 1985 del "Anuario", en el que estoy muy interesado. Si no es mucho pedir, insista Vd. en la redacción para que me lo manden.

Muy cordialmente

G. Vicén

En los meses inmediatamente posteriores la correspondencia que de él conservo se refiere, entre otros temas, al artículo sobre el neokantismo. Mencionaré algunos detalles que revelan su modo de trabajar. En carta del 9 de abril de 1986 dice de ese trabajo: "Lo he terminado de hecho, pero, a última hora, se me ha ocurrido la idea de ponerle una coletilla crítica, y eso y el pasarlo a máquina me tiene todavía ocupado". Con ese pretexto me pregunta si "puede Vd. esperar un poco". El 9 de mayo siguiente puede, satisfecho, enviarlo, ponderando el esfuerzo realizado:

Le adjunto el artículo prometido. He tardado unos días, porque para reducir su extensión me he dedicado a una labor de poda intensa, suprimiendo párrafos y hasta en algún caso

páginas enteras. Total, que he tenido que mecanografiarlo casi por entero. La idea central, claro está, queda intacta y espero que no se noten mucho mis tachaduras y supresiones.

[...] Del artículo que le envió quisiera, a ser posible, que me hiciera bastantes “separata”, pues tengo muchos compromisos que cumplir, sobre todo en el extranjero. Unas treinta serían bastantes.

[...] Para mi tranquilidad, le agradecería que pusiese unas letras en cuanto reciba el artículo. Gracias.

No debo glosar estos detalles. Hablan por sí solos de un estilo de profesor concienzudo, minucioso, trabajador, consciente y orgulloso de sí mismo, cortés, afable. Y el contraste con el presente me hace añorar más a un universitario lamentablemente desaparecido.



## Los usos sociales Un ensayo de sociología descriptiva

Por FELIPE GONZALEZ VICEN

Vamos por la calle y cedemos el paso a una persona de más edad, nos vestimos de cierta manera para asistir también a ciertas reuniones o ceremonias, nos sentamos a la mesa de una forma determinada y manejamos los cubiertos también de cierto modo, saludamos a los conocidos y los saludamos de manera distinta según el grado de intimidad que tengamos con ellos... Y lo curioso de todo ello es que estos gestos o ritos que, a nuestro entender, son espontáneos y fruto del momento son, en realidad, el cumplimiento más o menos estricto de un conjunto de normas que gravitan sobre nosotros y nos acompañan durante toda nuestra vida en sociedad. Son las llamadas normas o reglas del decoro, de la buena educación, de la cortesía, de la etiqueta, o para decirlo con una expresión ya consagrada, de los usos sociales.

Las páginas siguientes están dedicadas a poner en claro en lo posible la estructura y la función de estos usos sociales.

### I

Y en primer lugar, enfrentémosnos con el hecho de que, durante más de un siglo, la ciencia del Derecho ha ignorado absolutamente todo el complejo de la normativa social. No sólo los usos sociales, que van a ser el objeto de este estudio, sino igualmente el pudor, el honor, la moralidad, la moda, en suma, todo ese universo de reglas no escritas que, de una u otra manera determinan nuestra convivencia. Sólo la costumbre social, como origen del Derecho consuetudinario y como herencia de la Escuela histórica, va a ser

objeto de atención especial, aunque sin entenderla, por eso, como una parte de ese ámbito extrajurídico pero vincultante que denominamos normatividad social<sup>1</sup>. ¿Cuál es la causa de este fenómeno insólito? Sin duda una nueva noción del Derecho y de la ciencia jurídica. Y es que, en efecto a todo lo largo del último siglo, y muy especialmente en su segunda mitad va a tener lugar una revolución en las categorías jurídicas de consecuencias inesperadas<sup>2</sup>.

Se trata de un proceso de formalización y positivación radicales, por virtud del cual el Derecho es entendido como un conjunto de proposiciones abstractas unidas entre sí por conexiones lógico-formales y cuya validez última deriva de proceder directa o indirectamente de un centro superior de poder. Es una noción del Derecho como, desde los glosadores, no había arraigado en la conciencia europea: la noción de un derecho “en sí”, reposando sobre sí mismo y desprovisto de toda teleología y de toda relación con la realidad social. Una noción que va a influir naturalmente en la concepción misma de la ciencia jurídica. Ya Puchta, en las primeras estribaciones de la Escuela histórica, podía escribir, que el tema propio de toda ciencia jurídica era “el conocimiento de la relación interna que une a las partes del Derecho, entendiendo lo singular como parte del todo y éste como un cuerpo que se manifiesta en órganos especiales”<sup>3</sup>, es decir, “el conocimiento de las proposiciones jurídicas... como condicionadas las unas por las otras y deducidas las unas de las otras”<sup>4</sup>. La misma institución jurídica no es un concepto teleológico o sociológico, sino sólo la referencia de un grupo de normas a un principio formal superior<sup>5</sup>.

Para esta noción del Derecho y para este concepto de la ciencia jurídica, la realidad social constituye de por sí el límite de toda concepción. Lo social que es, por naturaleza singular y concreto no es, también por naturaleza, reducible a categorías formales ni accesible tampoco al pensamiento racional abstracto. Lo real social sólo es comprensible como tal, es decir, en su concreción, y no despojándolo de su contenido para adecuarlo

---

1. La obra clásica es aquí G. Fr. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen 1828-1837, esp. Bf. II, págs. 24 ss. Sobre el Derecho consuetudinario en el siglo XIX, H. Mokre, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, Wien 1932, págs. 6 ss.

2. Sobre lo que sigue, cfr. mi trabajo “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VIII (1961), págs. 47 ss., ahora también en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna 1979, págs. 141 ss.

3. Puchta, *Lehrbuch der Pandekten* (1838), 11. Aufl. Leipzig 1872.

4. Puchta, *Cursus der Institutionen* (1841-42), 7. Aufl. Leipzig 1871, pág. 77.

5. G. Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, (1847) 1. Abtlg. 4. Aufl. Berlin 1885, pág. 14.



a un esquema formal<sup>6</sup>. Nada tiene, por eso, de extraño que para la ciencia formal del positivismo jurídico el mundo entero de la normatividad social quedase algo así como en la penumbra y fuera del campo propio de su reflexión. Y por tanto también el ámbito de una normatividad como la de los usos sociales que de manera tan directa y continuada influye nuestras relaciones de convivencia. Todavía, a finales del último siglo, podía decir Jhering, que “no había en toda la ética un terreno tan abandonado como el de los usos sociales”, al cual comparaba con un erial que habría de ser objeto de enormes trabajos antes de que pudieran obtenerse de él verdaderos frutos<sup>7</sup>.

Va a ser necesaria la gran revolución metódica unida a los nombres del mismo Jhering y de Otto v. Gierke para que cambie radicalmente el viejo planteamiento del problema jurídico<sup>8</sup>. Esta revolución, que sacude hasta sus cimientos la dogmática del positivismo jurídico, no sólo introduce la teleología en la reflexión jurídica, sino que, por primera vez, va a entender el Derecho desde la dinámica de la realidad social. Partiendo de la idea de una teleología universal, Jhering ve la sociedad como una lucha y un entrecruzamiento de “intereses” particulares, cuya armonía logra la misma sociedad organizándose como Estado y dictando las normas coactivas que llamamos Derecho. El Derecho no es, por tanto, algo abstracto que pueda considerarse en sí mismo, sino un conjunto de normas que sólo pueden entenderse y sólo adquieren sentido desde la realidad histórica de una sociedad determinada. El Derecho no persigue como fines valores abstractos; su fin son las necesidades concretas de sociedades concretas, y es por eso, que el Derecho cambia, y no sólo cambia con la existencia de las sociedades, sino que cambia también en una misma sociedad, en la medida que esta sociedad modifica la significación atribuida a las diversas manifestaciones de la vida colectiva<sup>9</sup>. Desde supuestos distintos, Gierke va a llegar a conclusiones paralelas. Para Gierke la sociedad no es, tal como pretendía la filosofía de la Ilustración, una suma de individuos aislados, sino un conjunto de “asociaciones”, es decir de colectividades reales que incorporan fines, necesidades y aspiraciones humanas, “prolongando así la vida de los

6. Cfr. ya F. Staerk, "Zur Methodik des öffentlichen Rechts" en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. XII (1885), págs. 80 ss., es. 145 ss.

7. R. V. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. II (1874-1883), 4. Aufl., Leipzig 1905, pág. 189.

8. Sobre Gierke, cfr. mi trabajo, "La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVI (1971), págs. 3 ss., ahora en *Estudios de Filosofía del Derecho*, ya cit., págs. 259 ss.

9. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, ed. cit., págs. 339, 342 ss.

individuos en un orden de existencia vario y articulado”<sup>10</sup>. Esta realidad social es la que crea el Derecho. El Derecho es “una función de la vida colectiva, condicionada y determinada en todos sus extremos por las demás funciones del cuerpo social”<sup>11</sup>. El Derecho es, por ello, siempre Derecho de una comunidad determinada, en relación íntima con “el contenido total de la cultura” de esta comunidad<sup>12</sup>.

Esta nueva metodología va a traer consigo, como no podía por menos, toda una conmoción en el concepto mismo de la ciencia del Derecho. El gran descubrimiento aquí -un descubrimiento que ya no desaparecerá de la conciencia jurídica contemporánea- es el de la sociedad como un ente autónomo, con una vida propia que se manifiesta hacia el exterior en forma de objetivaciones históricas. Es un descubrimiento que, no sólo va a producir un giro profundo en la concepción del Derecho, sino que va a abrir las puertas de la reflexión a todo el mundo normativo que la sociedad crea para regular su propia existencia. La sociedad deja de ser ese algo amorfo cuyo único destino es, al parecer, ser conformado por la regulación coactiva del Derecho, y adquiere perfiles propios y una vida que le permite crear un orden de normas de muy diversa estructura que regulan la convivencia. El primero que vio esto fue Jhering, quien también fue el primero en dedicar páginas centrales de su obra a la normativa social; páginas en las que entre titubeos y confusiones, pero también destellos geniales estudia algunas de las normas sociales más significativas: la costumbre, la moda y los usos sociales<sup>13</sup>.

Nosotros vamos a dedicar la atención en concreto a estos últimos.

## II

Pero antes de entrar en el estudio en sentido propio de los usos sociales es preciso hacernos claridad sobre su naturaleza, diferenciándolos de otros fenómenos y normas sociales afines. Y nada mejor que empezar diferenciándolos de la costumbre. Y es que los usos sociales nos son, por así decirlo, tan “connaturales” que pueden fácilmente identificarse con una costumbre. Estrechamos la mano, cedemos el paso, y lo hacemos de forma tan

10. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig 1895, pág. 468.

11. Gierke, recensión de P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. II, en *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd VI (1879), pág. 223.

12. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), reimpr. Tübingen 1915, pp. 8, 12.

13. *Zweck im Recht*, Bd II, págs. 45 ss., 180 ss.

espontánea y sin mayores reflexiones, que, a primera vista, parece que lo hacemos llevados simplemente por la costumbre. No es, por eso, de extrañar que se haya querido ver en los usos sociales simplemente “la costumbre de un grupo, vinculante para los miembros de ese grupo”<sup>14</sup>. Ni que se haya llegado a ver en los usos sociales la manifestación de costumbres ancestrales transmitidas por las generaciones y en cuyo origen se encuentra siempre una representación mítica o religiosa<sup>15</sup>. Jhering, por su parte, trata de distinguir entre costumbre y usos sociales siguiendo la pauta de su pensamiento central. Cuando los actos se repiten guiados por el interés individual, tenemos la costumbre, como, por ejemplo en las regiones en las que se alimenta la lumbre con madera, turba o carbón, porque éstos son los materiales más abundantes en el lugar; mientras que en los usos sociales lo decisivo no es el interés del individuo, sino el de terceros o el de toda la sociedad<sup>16</sup>. Si prescindimos de la costumbre como fenómeno colectivo que, acompañado de la *opinio necessitatis* u *opinio iuris*, puede convertirse en fuente del Derecho<sup>17</sup>, la diferencia entre costumbre y usos sociales se nos aclara en cuanto nos percatamos de que no tenemos ante nosotros dos fenómenos homólogos, sino, muy al contrario, esencialmente diversos: un fenómeno psicológico y un fenómeno normativo. La costumbre es la inclinación natural del hombre a obrar en determinadas circunstancias de la misma manera a como ha venido actuando repetidamente en el pasado en iguales circunstancias. Los usos sociales, en cambio, son un conjunto de normas que nos prescriben un determinado comportamiento en ciertas situaciones, y a las que puede responderse con el cumplimiento o con el incumplimiento, como frente a toda norma y a todo deber ser. La diferencia entre lo psicológico y lo normativo se echa de ver, sobre todo, en aquellos casos, muy frecuentes, en que ambos se nos ofrecen, no confundidos, pero sí entrelazados o superpuestos. Me pongo al volante y al sacar el coche del garaje instintivamente y “por costumbre” emprendo la marcha por la derecha -o por la izquierda en Inglaterra y otros países-, sin darme cuenta que “por costumbre” estoy cumpliendo una norma jurídica de las que regulan la circulación. Entro en una reunión y saludo de una u otra manera a los allí presentes, y lo hago también instintivamente y “por costumbre”, sin tampoco percatarme de que al hacerlo así estoy cumpliendo “por costumbre” una norma de los usos sociales. En cualquier caso de éstos vemos la diferencia que hay entre el cumplimiento de una norma y el soporte psicológico que la apoya. De aquí -un hecho que ya llamaba la

---

14. M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903, pág. 103, y también, del mismo autor, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin 1933, pág. 49.

15. F. Tönnies, *Die Sitte*, Frankfurt a. M. 1909, pp. 7 ss., 47.

16. *Zweck im Recht*, Bd. II, págs. 190 ss.

17. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, ya cit. Bd. I, págs. 91 ss., Bd. II, págs. 33 ss.

atención de Jhering<sup>18</sup>- que la infracción de una costumbre no lleve aparejada la reprobación que provoca la infracción de los usos sociales. Y de aquí también que la mayoría de los idiomas tengan dos palabras distintas para designar la costumbre y los usos sociales: *coutume* y *manières*, *custom* y *manners*, *Gewohnheit* y *Sitte*.

Más puntos de contacto tienen entre sí la moda y los usos sociales, y más difícil, por ello, también perfilar nítidamente una diferencia entre la una y los otros. Y en primer lugar, hay que dejar sentado ante todo, que la moda reviste un carácter, por así decirlo, universal. De ordinario solemos unir la idea de la moda con la del vestido, del atuendo o de los accesorios correspondientes, pero ello no debe ocultarnos el hecho de que la moda como norma social tiene una extensión incomparablemente mayor: hay actitudes de moda, ideologías de moda -hay épocas en que está de moda ser fascista o monárquico o socialista-, gestos de moda e incluso palabras y frases de moda. Y es que la moda es fundamentalmente un instrumento de "vigencia" social. Las frases "ir a la moda" o "estar a la moda" quieren significar tanto como "estar a la altura de la época", ser avanzado, pertenecer a la parte más selecta de la sociedad, en suma, distinguirse de alguna manera del resto de los miembros del grupo. La moda, que no existió como tal en la Antigüedad clásica, es un producto característico de las sociedades modernas. Es decir, de unas sociedades divididas en clases, de las cuales la clase superior es espejo y modelo para las clases inferiores. En este tipo de sociedad, que sobrevive al derrumbamiento del viejo régimen y que se perpetúa a través de la sociedad industrial burguesa casi hasta nuestros días, la clase superior adopta además, vestimenta, utensilios que, por proceder de la clase superior constituyen "la moda" y son imitados por las clases inferiores, especialmente por la clase media; una vez extendida a otras clases, la moda pierde su función, que es la de distinguir del resto de la sociedad a la clase superior, y ésta tiene que adoptar nuevo atuendo y actitudes para sobresalir, los cuales son, una vez más imitados, y así sucesivamente<sup>19</sup>. Hoy no existe, en el sentido tradicional, una clase superior que monopolice la creación y permanencia de la moda, habiendo sido sustituida, coincidiendo con el ascenso de las clases medias, por una industria compleja que en cada temporada lanza regularmente al mercado productos que prometen al que los usa destacar por ello mismo del resto de los miembros de la sociedad.

La moda se caracteriza, por eso, en primer lugar, por su fugacidad y su

---

18. *Zweck im Recht*, Bd. II, pág. 192.

19. Sobre ello, H. Brinkmann/R. Konermann, "Mode", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsgn. v. J. Ritter u. K. Gründer, Bd. VI, Basel 1984, Sp. 41 ss.

constante mutación. Una mutación que, en un caso, tiene su origen en la necesidad de distinguirse, y en otro, en la necesidad de conquistar nuevos mercados<sup>20</sup>. Una clase, como la clase burguesa, carente de perfiles históricos definitivos y fruto ella misma de la movilidad social ve en la fugacidad de la moda el reflejo de su propia existencia<sup>21</sup>. Porque la variabilidad y mutación de la moda no obedecen a ningún criterio objetivo, sino que tienen su fin en sí mismas: lo que fue moda antaño se presenta hoy como la "última moda", unas veces se exalta el desgarro y otras la pudibundez, unas veces la continencia y otras veces la libertad de ademanes, y todo ello sin contar el número casi ilimitado de tejidos, adornos y colores que se presentan como moda ininterrumpidamente. Y como la esencia de la moda es la copia, la reproducción de modelos postulados, y como estos modelos no se miden por criterios definibles, la moda se mueve en un círculo cerrado de creación y destrucción, de ponderación y de rechazo. La moda es el resultado de una "tendencia natural en el hombre" que le lleva a compararse con alguien superior y tratar de imitarlo; no una "cuestión del gusto" sino de la "mera vanidad y del deseo de parecer distinguido"<sup>22</sup>. Y es por eso, que en su ámbito puede darse el caso paradójico del que quiere sobresalir y distinguirse, no siguiendo los imperativos de la moda, sino contrariándolos: es el caso del desarrapado o del estrafalario que con su atuendo o actitud fuera de lo común trata de hallar aquella compensación a su individualidad que los demás buscan siguiendo la moda del momento<sup>23</sup>.

No hay, por eso, razón alguna, ni en su motivación ni en su estructura que permita identificar la moda con los usos sociales<sup>24</sup>, ni ver en la moda un "uso social en estado fluido"<sup>25</sup>. Que se trata de dos normativas sociales bien distintas lo pone de manifiesto que ambas pueden entrar y entran, de hecho, en conflicto en numerosas ocasiones. Y así hay países y clases sociales en los que no se estima "correcto", sino propio del *parvenu*, el vestirse o comportarse a la moda, mientras que el "caballero" en sentido riguroso se viste y se comporta tradicionalmente, es decir, como siempre lo ha hecho. Y al revés, también hay una moda - y ella nos es un espectáculo

---

20. Sobre la influencia de la moda en el mercado, K. Marx, *Das Kapital*, en K. Marx, *Werke, Schriften, Briefe*, hrsg. v. H. J. Lieber, P. Furth u. B. Kautsky, Darmstadt 1962 ss. Bd. IV, págs. 562-63.

21. Sobre ello, cfr. las agudas observaciones de G. Simmel, "Die Mode", en *Philosophische Kultur*, 2. Aufl. Leipzig 1919, págs. 51-52.

22. Kant, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, WW (Cassirer) Bd. VIII, pág. 135.

23. G. Simmel, *Die Mode*, págs. 40-41.

24. Como lo hace E. Weigel, *Einführung in die Moral - und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1927, págs. 139 ss.

25. F. Tönnies, *Die Sitte*, ya cit. pág. 77.

diario - dirigida contra los usos sociales: la generalización del tuteo, la sustitución de los nombres propios por otros convencionales, la desaparición del saludo tradicional, son otros tantos síntomas de una moda que instrumenta la rebeldía contra una sociedad que se tiene erróneamente por organizada según un esquema rígido de reglas del trato social.

### III

Y así llegamos a la diferenciación capital: la diferenciación entre usos sociales y Derecho. Una diferenciación tanto más necesaria cuanto que ambos órdenes normativos tienen mucho de común en su estructura formal. Basta compararlos con la regla moral. Una regla o una norma es moral cuando nos es dictada por la conciencia y la cumplimos por razón de ello mismo, es decir, por respeto a la norma y sin consideración material alguna. Frente a este imperativo categórico, como ya dijo Kant una vez por todas, todos los demás, en los que se tienen en cuenta ventajas personales o datos materiales de cualquier especie son, sin excepción, imperativos hipotéticos<sup>26</sup>. Tanto las normas de los usos sociales como las normas jurídicas son, en este sentido, imperativos hipotéticos, es decir, que su cumplimiento está determinado por la consecución de algo, por un logro -aunque este logro sea la evitación de una sanción- o por un hecho material cualquiera. Ahora bien, si las normas de los usos sociales y las normas jurídicas poseen la misma estructura formal, ¿cuál es la diferencia entre ambas? La dificultad se agudiza si se tiene en cuenta además otro rasgo común a las dos: su exterioridad, es decir, que ambas son normas dirigidas a regular, no el mundo interno del individuo, sino tan sólo su conducta externa.

Se ha tratado, por eso, insistentemente de buscar una condición o un rasgo que, por no darse más que en una de las dos clases de normas, pudiera servir de criterio distintivo entre ellas. Y es así que se ha llegado a ver en la coacción este criterio distintivo. Una idea mantenida, sobre todo, por R. Stammler. Para Stammler, que denomina "reglas convencionales" a los usos sociales<sup>27</sup>, y ya dentro de su teoría del "querer" como forma trascendental de ordenación de las sensaciones, este "querer" es denominado entrelazante cuando tiene por supuesto la vida en común y aún y vincula "quereres" individuales<sup>28</sup>. Una vinculación que puede revestir dos formas: o la de una

26. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, WW Bd. IV, págs. 271 ss.

27. También Jhering las denomina ocasionalmente así: cfr. *Zweck im Recht*, Bd. II, pág. 271.

28. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, . Aufl. Berlin u. Leipzig 1928, págs. 68 ss.

mera exhortación o invitación a un cierto comportamiento o la de una imposición coactiva de un comportamiento. En el primer caso tenemos ante nosotros los usos sociales, en el segundo, el Derecho. O lo que es lo mismo, mientras que los usos sociales revisten un carácter meramente “invitatorio”, el Derecho es esencialmente coercitivo, o como dice Stammler, “autárquico”<sup>29</sup>. Avalada por el nombre de Stammler, esta teoría puede decirse que se ha impuesto en el estudio de las relaciones entre los usos sociales y el Derecho. Y sin embargo, es una teoría que descansa en un error de principio: tener a los usos sociales por un orden normativo carente de sanción, y por tanto de coacción. Los usos sociales son, a primera vista, un conjunto de normas de cumplimiento voluntario, no obstante lo cual, su no aceptación o su infracción van acompañadas por una sanción que puede ser más estricta y más eficaz que la sanción jurídica. Quien no respecta o infringe los usos sociales experimenta la reacción ancestral de los grupos primitivos, que expulsaban de su seno a aquéllos que no se atenían a sus formas de convivencia. El que en la sociedad actual rechaza o incumple los usos sociales, sufre inmediatamente las consecuencias en la actitud y reacción de esta misma sociedad: ruptura de las relaciones personales, menosprecio, aislamiento, degradación social, cuando no enfrentamiento o reprobación pública, son algunas de las formas en que se manifiesta la reacción social<sup>30</sup>. Directa o indirectamente se trata de una coacción que, aunque no organizada como la del Derecho<sup>31</sup>, en nada cede por su amenazado por su efectividad a la coacción contenida potencialmente en la norma jurídica. Más aun, que la supera, a menudo, en eficacia. Basta pensar, por ejemplo, en el uso social del duelo, que, condenado por la moral y el Derecho, ha subsistido durante siglos, casi hasta nuestra época, mantenido por el miedo en el provocado a ser tenido por cobarde en la sociedad si no daba “satisfacción”. O en la lucha tan incansable como infructuosa de Jhering contra el uso social de la propina<sup>32</sup>. O en las deudas de juego que, aunque no exigibles jurídicamente, se pagan con puntualidad ante la presión social. O como lo prueban *a contrario*, en otro orden de cosas, los llamados “delitos de caballero”, es decir, infracciones jurídicas, defraudaciones aduaneras, impago de multas - de las que sus autores incluso se vanaglorian, seguros de tener de su parte la opinión social. Hay que concluir, por tanto, que los usos sociales van acompañados de una sanción, y por tanto, de una coacción semejantes o superiores incluso a las propias del Derecho.

---

29. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. Halle a. d. S. 1923, págs. 68 ss., y *Lehrbuch d. Rechtsphil.*, págs. 80 ss.

30. Sobre la sanción de los usos sociales, A. Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihr Methode*, Bd. I, Tübingen 1920, págs. 186 ss.

31. O. v. Gierke, “Rect und Sitlichkeit” en *Logos*, Bd. VI (1916/17), pág. 230.

32. Cfr. R. v. Jhering, *Das Trinkgeld*, 5. Aufl. Braunschweig, 1902, esp. págs. 3 ss.



Llegados a este punto, parece que nos encontramos en un callejón sin salida, al haber hecho desaparecer también la coacción como última nota distintiva entre los usos sociales y el Derecho- es como si se hiciese verdad la frase de Radbruch, de que han fracasado todos los intentos de deslindar conceptualmente los usos sociales y el Derecho<sup>33</sup>. Ahora bien, cuando se trata de distinguir entre dos conceptos paralelos o afines hay una regla hermenéutica infalible que nos dice que lo primero que hay que hacer es indagar las raíces metódicas de tales conceptos. Si seguimos esta regla tanto en el concepto de los usos sociales como en el del Derecho, inmediatamente veremos que lo que aflora son las aguas turbias del empirismo. Y es que, al contrario de lo que podría parecer a primera vista, el empirismo no se ocupa de las cosas como tales, sino de las cualidades, rasgos o condiciones formales de las cosas. Una vez que ha constatado los mismos rasgos o las mismas condiciones formales en una serie de objetos, el empírico despoja a estos de su contenido y sublimando los rasgos o las condiciones comunes constituye con ellas el concepto del objeto. Es un método racional y abstractivo calcado de las ciencias naturales pero que, aplicado a las ciencias del espíritu, se refuta a sí mismo, ya que deja fuera de consideración lo que en éstas es esencial: el contenido concreto y la función de los objetos del conocimiento. Esto se ve muy claramente en la cuestión que ahora nos ocupa. Si fijamos la atención en el contenido y en la función de los usos sociales y del Derecho inmediatamente percibimos que se trata de dos mundos distintos. Pensemos en una obligación común al Derecho y a los usos sociales: pensemos en la obligación del saludo, por ejemplo. El Derecho impone en el ejército el deber del saludo del inferior al superior, y lo impone, como todas obligaciones jurídicas, precisando la forma de cumplimiento: la distancia a la que ha de detenerse el inferior antes de llegar a la altura del superior, el ángulo aproximado que ha de formar la mano con la prenda de cabeza, hacia donde debe dirigir la mirada durante el saludo, etc. El saludo como obligación social, en cambio, no sólo se distingue de la misma obligación jurídica en que el modo de su cumplimiento queda entregado a la voluntad del obligado -un gesto con la mano, descubrirse, hacer una reverencia-, sino que para que la obligación social sea efectivamente cumplida precisa de algo que es por principio indiferente al Derecho. Como se puede leer en la vieja *Enciclopedia* francesa, los usos sociales “deben expresar el respeto y la sumisión de los inferiores respecto a los superiores, el testimonio de humanidad y condescendencia de los superiores hacia los inferiores, los testimonios de benevolencia y estima entre los iguales”<sup>34</sup>. Es decir, que, mientras para el cumplimiento de la obligación

---

33. Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Leipzig 1932, pág. 46.

34. Voz “maniere”, en *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, nouvelle éd., à Genève 1778, t. XX, pág. 988. (El subrayado es mío.)



jurídica basta con realizar los actos prescritos en la norma, independientemente del estado de ánimo del obligado, en la obligación social, además de la realización de ciertos actos, se exige que el acto aparezca como *expresión* de afabilidad, de respeto, de cordialidad, en suma, de un ánimo propicio. Este es el sentido de los usos sociales, lo que les presta realidad y lo que les distingue radicalmente del Derecho. El saludo social tiene que ir acompañado de una expresión amable que sugiera la idea de que se tiene afecto, respeto, amistad por la persona saludada; un saludo hecho con rostro adusto o destemplado no cumple el deber social del saludo. Como tampoco cumple con su deber social quien estrecha la mano con un gesto hosco, ni tampoco quien acepta una invitación dejando traslucir la mala gana con que lo hace. Nada de ello tiene significación en el Derecho, para el cual -si no se llega a la ofensa- es indiferente el buen o mal talante con el que se cumple la obligación, si ésta efectivamente se cumple. Y por ello mismo puede decirse que el Derecho es el reino de la exterioridad, es decir, un orden normativo que sólo impone acciones externas en el mundo externo.

Ahora bien, ¿quiere con ello decirse que, mientras que el Derecho es el ámbito de la exterioridad, los usos sociales son el ámbito de la interioridad o intimidad individuales? De ninguna manera. Lo que la obligación social demanda es la apariencia de un ánimo propicio, no la existencia efectiva de este ánimo en el sujeto obligado, lo que pide es la apariencia de afabilidad, respeto, benevolencia, no que estos sentimientos se den realmente en el sujeto. El sentido de los usos sociales es el de un orden de las apariencias que no descansa en sentimientos auténticos, sino en la mostración de ellos. Por eso ha podido decirse que la esencia de los usos sociales consiste en la “mentira convencional”, una mentira “que permite e impone tomar la apariencia por la realidad”<sup>35</sup>. Y por ello pudo escribir Kant: “los hombres cuanto más civilizados tanto más actores se hacen, adoptando la apariencia de afecto, de respeto por los demás, de moralidad, de desprendimiento, sin por ello engañar a nadie, ya que todos los demás están de acuerdo en que nada de lo aparentado es sincero”<sup>36</sup>. Es aquí también, en esta ignorancia voluntaria de la interioridad del obligado, un punto en que coinciden, aunque por diversas razones, tanto el Derecho como los usos sociales: el Derecho, porque sólo persigue la realización efectiva de la acción debida, y los usos sociales porque no son sentimientos o emociones, sino la manifestación externa de ellos lo que constituye el objeto de sus normas.

En esta diferencia entre ambos órdenes normativos se basa asimismo el diverso ámbito de vigencia del uno y del otro. El Derecho es obligatorio, por

---

35. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1948, pág.39.

36. Kant, *Anthropologie*, ya cit., págs. 36-37.

definición, en toda la comunidad que lo asume como tal, mientras que los usos sociales limitan su vigencia a una clase social -en nuestra época, la llamada clase media con todas sus matizaciones- y dentro de ella a determinados grupos. Es una experiencia que podemos hacer diariamente. Entra en casa cubierto y con un cigarrillo entre los labios un obrero que viene a hacer una reparación y nadie se asombra ni lo comenta, mientras que sería general la indignación si lo hiciera un miembro del grupo o de la clase a los que pertenece la familia en cuestión. A esta restricción en su vigencia se debe igualmente, que la tan repetida tiranía de los usos sociales se echa de ver en toda su irracionalidad, sobre todo en los pequeños núcleos de población, donde todos sus habitantes pertenecen a grupos homogéneos y se conocen entre sí de una u otra manera. Y por igual razón, la vigencia de los usos sociales se esfuma y se pierde en las grandes aglomeraciones urbanas, quedando reducida su obligatoriedad a determinados círculos personales.

Si recapacitamos sobre todo lo dicho hasta ahora, veremos que son tres en lo esencial los órdenes normativos a los que se halla sometido el comportamiento humano: la moral, los usos sociales y el Derecho. La moral es la regla individual por antonomasia, la ley que el hombre se da a sí mismo por medio de su conciencia y que él cumple por respeto a esa misma ley. O como se ha dicho con palabras memorables: “obligación es la necesidad de una acción por respeto a la ley”<sup>37</sup>. El Derecho, en cambio, es mera exterioridad, sus obligaciones se cumplen por acciones u omisiones en el mundo de los hechos y en los términos establecidos por la norma jurídica; este cumplimiento real es lo decisivo en el Derecho y en él se hace abstracción de todo el mundo interior del individuo que subyace tras la acción. ¿Y los usos sociales? Lejos de la moral, los usos sociales se aproximan en ciertos aspectos, como ya hemos visto, a la estructura del Derecho. Como éste son también reglas de la exterioridad, y como éste hacen también abstracción del mundo interior del obligado. Lo que distingue, sin embargo, a los usos sociales es que, pese a esta abstracción, tratan de ser manifestación externa de un supuesto mundo interior de afección y afabilidad. En este sentido, los usos sociales se encuentran situados entre la moral, que es el mundo de la sinceridad, y el Derecho, que es el mundo de la mera exterioridad. Entre ambos órdenes normativos, los usos sociales pueden aparecernos como el mundo de la simulación, con el cual, sin embargo, no se trata de engañar a nadie, ya que, como decía Kant, todos están de acuerdo en la verdadera naturaleza de las manifestaciones de los usos sociales. En una sociedad individualista y competitiva como la actual, el papel de los usos sociales es decisivo, precisamente porque son “unos

---

37. Kant, *Grundlegung z. Met. d. Sitten*, ya cit., pág. 256 y *Kritik der praktischen Vernunft*, WW Bd. V, págs. 79 ss.

usos establecidos para hacer más tolerable el trato que los hombres deben mantener entre sí<sup>38</sup>. Gracias a los usos sociales se hace posible e incluso armoniosa la convivencia entre personas de distintas ideas religiosas o políticas o que sienten mutua aversión o antipatía; como son también los usos sociales los que ornan y dan cordialidad a determinados momentos señalados de la vida, ya regulados en sí por el Derecho, como son el bautizo, el matrimonio, el ascenso en la profesión o una distinción cualquiera<sup>39</sup>.

¿Cómo denominar a los usos sociales caracterizándolos a la vez? Aquí podríamos echar mano del título con que se presentaba una filosofía muy en boga hace algunos años: “como si”<sup>40</sup>. Se estrecha la mano “como si” se sintiera afecto, se saluda “como si” se abrigara amistad, se hace una reverencia “como si” se tuviera respeto, se envía un obsequio en determinadas ocasiones “como si” se compartiera la alegría de los obsequiados. Este reino inconsútil y casi imprecisable del “como si” recibe toda su importancia del hecho de que es gracias a él que se liman las asperezas y se amorgiguan los choques de la convivencia en una sociedad basada en el egoísmo más despiadado.

Se ha vaticinado el ocaso de los usos sociales y su próxima desaparición. Los vaticinios en cuestiones históricas son algo muy problemático, porque el futuro nos está cerrado. Pero ya hoy puede decirse que la desaparición de los usos sociales traería consigo ineluctablemente un encresapamiento y una agudización radicales de los enfrentamientos inevitables en una sociedad centrada confesadamente en la ganancia por la ganancia y en la acumulación indiscriminada de la riqueza.

---

38. Voz “*maniere*”, en *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et de métiers*, ya cit. t. XX, pág. 986.

39. Cfr. Jhering, *Zweck im Recht*, Bd. II, págs. 210, 222, 234, y O. v. Gierke, *Recht und Sittlichkeit*, ya cit., pág. 231.

40. Me refiero aquí a H. Vaihinger, *Philosophie des Als-Ob* (1911).



---

---

## **IV DEBATES**



## De cómo etizar la democracia

Por ESPERANZA GUI SAN

Santiago de Compostela

(Algunas discrepancias amistosas y varias felices coincidencias con Elías Díaz en su obra: *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990).

Como indica Francisco Laporta en su muy breve y bello artículo "Una cuestión de alma", publicado en el número 100 de la revista *Sistema*, la mencionada publicación cuya alma es, sin duda, Elías Díaz, ha reflejado de manera constante las preocupaciones principales del ilustre iusfilósofo, autor de la obra que aquí comento: su espíritu crítico, su apego a la libertad de pensamiento y expresión, su afán por contribuir a proporcionar bases sólidas para una teoría de la convivencia y, entre otras varias, su apuesta por la recuperación del pensamiento español más abierto y progresista, a la par con una filosofía crítica de la sociedad y el Estado desde su compromiso profundo con el socialismo democrático.

*Ética contra política*, constituye un paso más en esta múltiple e interesante tarea: comprometerse con la realidad y la actualidad de España desde una concepción socialista que apuesta por la libertad tanto negativa como positiva, invitándonos a una valoración y aprobación de los logros obtenidos con la transición democrática.

Siendo, como es, un libro tremendamente vivo, sugerente, ponderado, valiente y sensato a un tiempo, que invita a la adhesión intelectual a la mayoría de sus postulados, no cometeré la torpeza de darlo de alguna manera por concluido, indicando únicamente sus aciertos, sino que desde el afecto y la admiración que su autor me inspira intentaré "provocarle" como mejor pueda para arrancarle un hueco en su muy apretado tiempo para la réplica y el contrapunto, tareas en las que, también, es admirado maestro.

Para empezar, y aun cuando se trata de una cuestión meramente formal de presentación de problemas, creo que el libro ganaría todavía más interés si se invirtiese la disposición de sus partes, en orden totalmente contrario al que se ha seguido. Partiendo de la realidad actual, y la aparente desmoralización de sectores antaño más dinámicos de nuestro panorama intelectual, el desencanto a veces irresponsable (al que se alude en la pág. 224), o las frívolas desilusiones (utilizando una expresión de Roberto Mesa citada en la nota 7 de la pág. 194), creo que hubiera sido interesante pasar a las múltiples cuestiones contenidas en la cultura en la oposición, la cultura en la transición, que constituye el capítulo IV, sus críticos más o menos pertinentes o impertinentes.

Considero que resultaría más impactante que el libro se iniciase donde justamente termina, con la narración, defensa y glosa de todo un equipo de intelectuales esforzados en la búsqueda de las libertades, desde las más rudimentarias, como las de expresión, sindicación, etc., hasta las mucho más complejas y complicadas como las libertades positivas, que conectan con la justicia distributiva y los ideales igualitarios.

A partir de aquí vendría muy a cuento la apología, que con apasionamiento contenido, el Prof. Díaz lleva a cabo de Tierno Galván, que junto con otros muchos intelectuales (al unísono con los movimientos obreros), hicieron posible un cambio sustancial y sustantivo que nunca se hubiera producido por sí mismo, por el puro agotamiento de formas caducas de pensar y obrar, ni como resultado de un cierto saneamiento económico en los últimos años de la dictadura franquista.

La reflexión sobre el valor de la reflexión y la crítica, como motores de transformación y cambio, daría así paso a la parte más ardua del trabajo, la que se refiere al aparato teórico que justifica y legitima los posicionamientos defendidos, de tal suerte que los dos capítulos finales contenidos en la segunda parte habrían servido como ejercicios de precalentamiento, como acercamiento primero, partiendo de la realidad más tangible, para elaborar después un discurso más refinado y sofisticado, más filosófico y complejo, tal como el que se desarrolla en la primera parte, tanto en las discusiones relativas a la justificación de la democracia, como a las razones también justificadoras del socialismo democrático.

Pero, sígase el orden que se siga, partir de la praxis para elaborar la teoría, o explicar previamente algunas cuestiones teóricas que iluminen la praxis, hay sin género de dudas aspectos importantes que conviene resaltar tanto respecto a la actitud más o menos frívola de algunos intelectuales frente a nuestra un tanto desvaída democracia, como en los argumentos que se esgrimen para la defensa de esta, a mi entender, muy precaria democra-



cia, cuestión a la que, por deformación profesional, y por interés y preferencias personales, dedicaré más espacio.

Comenzaré por admitir con Elías Díaz lo que parece palmario y evidente: nuestro sistema de gobierno, nuestras leyes, y la Constitución que padecemos y/o disfrutamos, según el sentir de cada uno, supone una serie de mejoras importantes, frente al viejo régimen, mejoras casi impensables, casi increíbles, si miramos hacia atrás sin ira pero con rigor.

En apoyo de Elías Díaz habría que decir algo que él mismo, de alguna manera sugiere: la fatiga y la desmoralización que padecemos son, sin género de dudas, fruto de un estado de alerta y una capacidad de discernimiento de los que carecíamos en el pasado y que constituyen un auténtico lujo. Es innegable que debe existir un mínimo de abundancia intelectual y de todo tipo para poder experimentar frustración ante ciertas carencias que no se corresponden con las expectativas que una cierta abundancia de bienes, un cierto desarrollo de facultades, en otro tiempo inexistentes, han hecho posibles.

Es cierto que el estado de cosas en la España contemporánea no invita ciertamente al triunfalismo, dado que nos encontramos todavía muy distantes de donde muchos habíamos querido llegar, pero ello no justifica los pataleos de niños mimados, privilegiados, precisamente por esta insuficiente democracia que, tal vez por ausencia de imaginación, se aburren con todos los juguetes que una sociedad relativamente opulenta les ha proporcionado y fingen desilusión en vez de buscar los modos y maneras de mejorar el orden existente.

Le duele a Elías Díaz, y lo entiendo, ese empecinamiento en hacer *tabula rasa* de nuestro pasado y no saber saborear los logros del presente simplemente por un imperdonable olvido de nuestra historia más reciente. Se diría que para muchos hemos llegado al punto en que nos encontramos poco menos que espontáneamente, por la propia lógica y dinámica de una serie de mejoras económicas que, como ya comenté, tuvieron lugar en los últimos años del franquismo, sin valorar debidamente lo que Elías Díaz muy acertadamente comenta:

“La libertad ha sido siempre en la historia una conquista y puede también accederse a ella a través del esfuerzo intelectual, abriéndose tal camino, ganando espacios de libertad por medio de la inteligencia, la razón, el convencimiento, la reflexión, la ciencia, la crítica, y, en la medida de lo posible, el diálogo” (pág. 197).

Desde mi punto de vista, esta aseveración, que conlleva una propuesta de actuación, y que refleja nítidamente el carácter ilustrado del Prof. Díaz, constituye uno de los jalones más importantes, una de las argumentaciones más sugerentes de la obra que comento. En ellas, aseveración y propuesta, se evidencia el talante particularmente atractivo del intelectual Elías Díaz, que como el viejo y muy respetable Cicerón, no desea en modo alguno divorciar el mundo de la reflexión del mundo de la praxis, y a la inversa, se interesa por llevar a los que viven exclusivamente obsesionados por la praxis, las reflexiones que, nacidas aparentemente del "ocio", de los que no viven perpetuamente ocupados en *negocios*, de hecho constituyen la luz que ha de acompañar a propuestas que nacidas cálidamente, espontáneamente de anhelos cotidianos humanos, serían sin su ayuda ciegas y faltas de orientación.

Es más, me atrevo a sugerir que esta aseveración y propuesta que vengo comentando sirve de nexo entre los aspectos prácticos de la segunda parte de la obra y los aspectos más teóricos de los dos primeros capítulos de la misma. Es justo a partir de aquí, y leyendo la obra en sentido inverso a aquel en que fue escrita, como ya he propuesto, donde se hace lugar a debates importantes respecto a la justificación teórica de valores alcanzados tras el esfuerzo de los intelectuales que apostaron por el cambio sin fisuras ni rupturas. Ocurre así, de este modo, que la atención del autor y del lector se alejan momentáneamente de las cuestiones más candentes para proceder al análisis teórico de valores como "democracia", "tolerancia", "libertad", "respeto a las minorías", posibilidad de la "objeción de conciencia", etc., etc., puntos en los que mostraré mis discrepancias en algunos matices, pero que, en conjunto, dotan a la obra de altura intelectual al tiempo que de interés práctico.

Considero que de una manera sumaria *Ética contra política* se circunscribe a la postulación de que es necesario contribuir positivamente a la conquista de la libertad, entendida "libertad" no sólo en sentido negativo sino positivo, libertad como emancipación o "liberación", referida a todos los seres humanos "frente a las muy diversas formas de opresión social y política, o directamente frente a la explotación económica" (pág. 197).

En la medida en que Elías Díaz cree que la libertad es la meta y que la consecución de la libertad pasa por la democracia de que disponemos, la defensa de nuestras instituciones y nuestra Constitución le resulta relativamente sencilla. Sin embargo, filosóficamente hablando, las cosas se complican extraordinariamente. Para empezar, la *libertad* no se presenta tan evidentemente como el Prof. Díaz pretende como "valor humano central" (tal como él afirma en las págs. 40-41), sino, más plausiblemente, como un valor, importante sin duda, pero no un valor absoluto, sino en competencia

con otros muchos, *medio* privilegiado, pero *medio* a fin de cuentas, para lograr la consecución de otros bienes que procuran la satisfacción de anhelos humanos básicos.

Personalmente considero difícil, a no ser a tenor de unos presupuestos rígidamente kantianos, defender la libertad por la libertad, sino en cuanto promotora de bienes que el hombre realmente prefiere cuando dispone de una capacitación previa para llevar a cabo inteligentemente sus elecciones de acuerdo con el conocimiento de las relaciones de causa y efecto entre las propuestas que se le ofrecen y sus aspiraciones más íntimas y las metas que se traza.

Por lo demás, si la justificación de la “libertad” o de la obediencia al Estado que la garantiza no me parecen del todo convincentes, mucho más débil me parece todavía la admisión de una posible legítima desobediencia a las leyes en función de los dictados de la “conciencia ética individual”, en los casos en los que esta “conciencia” y las opiniones mayoritarias se enfrentan y colisionan (véanse págs. 46, 47 y 60).

A mi modo de ver, la “conciencia” moral es un producto tan social y colectivo como lo son las opiniones mayoritarias. Lo que se precisa, para que la democracia funcione *éticamente*, y para que el disenso y la desobediencia particulares sean legítimos, es elevar hasta el máximo el desarrollo moral de la comunidad y de los miembros que la constituyen. Y para que ello sea posible creo preciso matizar una serie de asertos, presentes prácticamente todos en *Ética contra política*, pero no suficientemente explicitados, tal como yo lo entiendo.

Antes de entrar a examinar lo que yo denomino condiciones básicas para el afianzamiento de una sociedad éticamente democratizada, adelantaré que pecaré sin duda de mucha más intolerancia en cuestiones morales que la que el Prof. Díaz muestra y, más osada y atrevida, con menos recato, con mayor contundencia, postularé no solamente la compatibilidad del socialismo democrático con la democracia *etizada*, sino la necesidad insoslayable de etizar la democracia a través del socialismo democrático, sin posibilidad de “respetar” éticamente ninguna otra alternativa, al menos previsible de momento.

Dicho de otra manera, lo que pretendo demostrar es que la democracia *etizada*, la democracia digna de respeto y consideración ética, es una democracia peculiar, especialmente difícil como es difícil, tal como Elías Díaz lo entiende, el socialismo democrático por exigir ambos en cuanto solidaridad colectiva en libertad “muy altos niveles éticos, culturales y también científicos en los individuos” (pág. 92). Requisitos que son,

precisamente, a mi modo de ver, los que convierten una democracia puramente *prudencial*, digna de poca estima ética, en una democracia plena, desarrollada, con contenido moral.

Si hemos de forzar el acercamiento entre la praxis política y lo que nos dicta no cualquier “conciencia” ética, sino aquella que corresponde cuando menos al estado 5 ó 6 de Kohlberg, o al estadio 7 de Habermas, tenemos que trazar puentes esforzadamente entre esta democracia *prudencial*, que es todo lo que tenemos, y de la que hemos de partir, y la democracia *etizada* o democracia *ética*, a la que muchos, Elías Díaz entre ellos, queremos llegar efectivamente.

La decisión a favor de una democracia *etizada*, o democracia *ética*, supone, sin embargo, cosa que no sé si Elías Díaz estará dispuesto a asumir como cuestión teórica, la renuncia a cualquier relativismo axiológico residual por debilitado que sea. Habría que reelaborar de alguna manera aquella declaración efectuada por el Prof. Díaz de que “siempre será preferible el subjetivismo y el relativismo como método, como vía siempre abierta y en revisión, que el dogmatismo y el inmovilismo que imponen de una manera absoluta y totalitaria una única y ya determinada solución” (pág. 36).

En su lugar, yo sugeriría puntualizar que el rechazo de una posición dogmática en ética y en política no significa en modo alguno tener que admitir ningún tipo de subjetivismo o relativismo en cuestiones axiológicas básicas o fundamentales (otra cosa es admitir relativismo en cuestiones que en realidad son de valor secundario, cuestiones que son sólo relativamente relevantes).

Tal como yo acierto a ver, dogmatismo, subjetivismo, escepticismo y relativismo metodológico (o relativismo extremo), obedecen a una misma carencia, e implican una deserción que los asemeja. Todos estos posicionamientos implican el abandono de la *razón* y el *razonamiento*, lo cual los convierten en propuestas peligrosas que invitan a la involución. Como el propio Elías Díaz nos narra, la recuperación, la reconstrucción de la razón fue, precisamente, uno de los grandes logros de nuestros esforzados líderes intelectuales de la transición “frente a la entronización oficial de los más tradicionales recelos y ancestrales prejuicios anti-intelectuales del catolicismo hispánico” (pág. 198).

Encontrar buenas razones en ética y en política es cuestión realmente difícil en grado sumo, pero no tanto para que debamos cejar en el empeño o sumirnos en la “perplejidad”, o quedarnos simplemente a la expectativa. Frente al dogmatismo, que pone una Razón, con letras mayúsculas por encima del hombre, frente al subjetivismo o el escepticismo que renuncian

a razones de todo tipo, y todo lo dejan al albur de las decisiones arbitrarias e individuales, existen otras posiciones racionales, o cuando menos *razonables*, que recurren a la consideración de los intereses inter-subjetivos, al diálogo, y la construcción de una racionalidad basada no solamente en argumentaciones, sino en el recurso a algún tipo de ‘hechos’, como los que tienen relación con la condición humana, como que gozar es preferible a sufrir, estar vivo y sano a estar muerto o enfermo, ser libre a ser esclavo, tratado igualitariamente que de modo discriminatorio, etc., etc.

Personalmente considero que a no ser que admitamos *un mínimo natural en ética*, al modo en que Hart propugna un mínimo natural en Derecho, nos resultará realmente difícil, cuando no imposible, demostrar que la democracia es preferible al totalitarismo, o que una democracia profunda, inteligente, etizada, es preferible a una democracia meramente prudencial, inmadura, no suficientemente moralizada. Es a partir de ese mínimo natural, determinado por la condición humana que plantea exigencias para la satisfacción y gratificación de los seres humanos, en atención a necesidades básicas materiales, culturales, intelectuales, de donde puede surgir únicamente una justificación de una democracia que para llevar a cabo debidamente sus fines ha de devenir democracia *etizada*.

Este *mínimo natural en ética* explica, asimismo, el salto de los intereses puramente individuales a los intereses colectivos, dada la naturaleza social del hombre, su condición de ser sintiente y simpatizante con sus semejantes (aunque lo sea espontáneamente sólo en grado relativo pero susceptible de ser ampliado mediante el proceso de la educación).

Es evidente que uno de los propósitos de la obra de Elías Díaz es precisamente el que me preocupa: profundizar la democracia, etizarla, en un sentido no muy distinto al que yo aquí propongo. Me atrevo a sugerir, sin embargo, que dado su talante conciliador, en algunos puntos de su discusión se echa de menor mayor énfasis, y mayor fuerza. A fuer de matizar sus propuestas y moderar sus ataques a las tesis contrarias se diría que, su defensa del socialismo democrático como única forma, a mi modo de ver de vivir en plenitud la democracia no resulta lo suficientemente contundente. No basta, como Elías Díaz parece dar a entender, con ‘las libres decisiones de los ciudadanos’ (pág. 70) para que la democracia posea pleno valor *ético*. Sólo cuando las libres decisiones no obedecen ni a dogmas, ni a prejuicios, caprichos derivados de situaciones de privilegio, se puede decir *éticamente* que se trata de decisiones éticamente libres, que son, evidentemente las únicas que cuentan éticamente.

De lo contrario desembocaríamos en una suerte de *utilitarismo de la preferencia*, como el propugnado por Hare, donde sería tan buena la

desigualdad como el reparto equitativo de bienes, con tal de que las mayorías así lo prefieran (incluidos aquellos miembros peor parados en el reparto desigual). Invocar la racionalidad y *un mínimo natural en ética* que preste atención a las necesidades humanas básicas reales, que no sean meramente fruto de una determinada cultura o sociedad, necesidades como las de nutrición, desarrollo de habilidades y capacidades, creatividad, afectividad, y un larguísimo etcétera, es traer a primer plano el sentido de la justificación y la legitimidad de las normas que nos damos en la convivencia. Normas que no dependen únicamente de lo que decidamos arbitrariamente elegir, en función del proceso de socialización a que hemos sido sometidos.

En función de esta racionalidad y este mínimo natural en ética, no sirve por igual cualquier decisión mayoritaria a favor de cualquier política económica, educativa, etc., como no sirve tampoco por igual cualquier disenso, cualquier apelación a la “conciencia ética individual”. Precisamos de algún punto de apoyo, a fin de no perdernos en la pura ambigüedad. La “libertad” de los seres humanos también tiene límites. Uno, al menos, tan claro como es el respeto a la libertad ajena. Cuando esta libertad ajena se entiende en sentido *positivo* nos marca muchos y variados límites, y numerosas restricciones antes de seguir los dictados de nuestra “libre” conciencia.

El bienestar, la excelencia, o *areté*, el desarrollo de los demás, también señalan límites, además de mi bienestar, mi excelencia y mi propio desarrollo. No soy “libre”, desde un punto de vista ético, para convertir mi vida en camino intransitable, en vivienda inhabitable, donde me abandono a mi suerte, donde abandono a los demás a su suerte.

La democracia *etizada* requiere, cosa que Elías Díaz menciona, como de paso, al parecer sin reparar que allí, precisamente, se encuentra la solución buscada, a saber, “la formación cultural y la educación en libertad de los ciudadanos” (pág. 51), ya que de esta manera, como el Prof. Díaz continúa diciendo, se podrá “mejor expresar y hacer realidad la autonomía moral individual” (pág. 51). Porque si es verdad que en la democracia meramente *prudencial*, es justo y es legítimo lo que el pueblo decide y hay que respetar, por otra parte, que cada cual siga la voz de su “conciencia”, por mal formada y mal informada que esté, la democracia *etizada* marca niveles y grados de calidad y excelencia, de modo que no se puede tomar como “bueno”, sin más, lo que se decide simplemente sumando los intereses egoístas de una mayoría, con pretensión de robustecerse convirtiéndose en norma legítima, o cuando los prejuicios o situación de privilegio de un individuo le “dictan” en “conciencia” desobedecer leyes y normas que protegen claramente las necesidades básicas de las mayorías.

Tengo la impresión, tras todo lo dicho, que mis propuestas no difieren sustancialmente de las de Elías Díaz, aunque posiblemente nos separen simplemente cuestiones de matices y cuestiones de talante. La riqueza de sugerencias en la obra de Elías, que es algo sumamente positivo, implica, también, un cierto peligro de ambigüedad. Su esfuerzo, desde todo punto loable, por buscar los pros y los contras de su propio posicionamiento hacen que a fuer de autocrítico, por mor de evitar posicionamientos definitivos y dogmáticos, deje a veces cuestiones y conceptos importantes en una ¿deliberada? penumbra valorativa.

Consideremos, en este sentido, una vez más, el tema, éticamente muy relevante, de la autoridad moral de la conciencia individual cuando ésta se enfrenta a la opinión de las mayorías. Es ésta ciertamente una cuestión que, precisamente, por haber sido muy matizada, permanece un tanto ambigua en *Ética contra política*. Así, por una parte se afirma que “hay razones éticas para desobedecer al Derecho, incluso al creado por las mayorías, cuando en cuestiones serias aquél choca de verdad con la conciencia, se entiende con la conciencia de cada cual” (pág. 46), agregándose, incluso, que en dichos casos no sólo se puede sino que se *debe* desobedecer al Derecho (pág. 46), para un poco más adelante, el *alter ego* del Prof. Díaz alertarnos de los peligros de guiarnos meramente por la conciencia particular en casos que atañen a los intereses mayoritarios, apelando ahora a un concepto fáctico-empírico (?) del deber (pág. 48) que no puedo interpretar personalmente sino como un deber que apela a los imperativos que derivan del *mínimo natural en ética* que propongo. Se nos dice, asimismo, que “hay muchísimas cuestiones donde el dictamen de la conciencia no existe, o no existe con fundada claridad”, apoyándose en algunas sugerencias de Adela Cortina (recogidas en la nota 31 de la pág. 47 de la obra que comento), en el sentido de que nunca podemos saber, a tenor de las revelaciones internas de la conciencia, si somos unos “escogidos”, unos “iluminados”, o unos “desequilibrados” peligrosos, posibles causantes de las desgracias de un sinnúmero de individuos. Reenviar esta cuestión a “las cautelas del imperativo de la universalidad y del hombre como ser de fines”, le parece a Elías Díaz pertinaz y adecuado, “aunque puedan subsistir objeciones - comenta- me parece que, con todas estas razones y argumentaciones, algo, no poco se avanza en este interminable debate” (pág. 47, nota 31).

Personalmente considero que mucho más se avanzaría en este debate realmente inacabable, respecto al valor de las decisiones mayoritarias y la legitimidad del disenso, si aplicásemos criterios de éticas no meramente deontológicas sino también teleológicas, como Elías Díaz reiteradamente nos invita a hacer (págs. 28-29, 94, entre otras). Mucho se aclararía, considero asimismo, si al hablar de democracia nos decidiéramos a ir más allá de lo dado y, sin dejar de poner los pies en *nuestra* realidad, diseñásemos el



modelo de una democracia *ética*, no meramente *prudencial*, que sirviese de referencia para ayudarnos a salir del conformismo en que jóvenes y maduros parecemos habernos refugiado.

En otras palabras, y retomando mis propuestas iniciales, creo que se trata no simplemente de defender “nuestra” democracia, como una conquista mínima ya lograda, sino de apurar hasta el límite sus posibilidades, perfeccionándola y etizándola. Para ello me parece tan importante desacralizar el concepto de “objeción de conciencia” (que la mayoría de las veces no es más que la expresión de los propios prejuicios no contrastados con el razonamiento y la reflexión) como el concepto de “opinión mayoritaria”, o “decisión de las mayorías”, haciéndonos conscientes de que ni la objeción individual “en conciencia”, ni las decisiones colectivas “en mayoría” poseen excesivo valor moral, a menos que se ajusten a determinados requisitos y que respeten determinadas cláusulas y determinados “hechos”.

Para que la decisión personal, ya bien para elaborar proyectos y programas en mayoría o en minoría, tenga valor y sentido en Ética (para que la democracia esté realmente etizada y podamos transitar cómodamente de la política a la ética, y de la ética a la política), creo que precisamos desarrollar al máximo “la formación cultural y la educación en libertad”, que, como ya indiqué, Elías Díaz recomienda.

Por lo demás, la *libertad*, para que tenga sentido y valor ético, precisa de desarrollo y profundización, cuando menos en un doble sentido:

- 1) Mediante un proceso educativo profundo e integral que garantice la autonomía y la emancipación de todos los individuos.
- 2) Mediante una serie de disposiciones legales que aseguren la posesión de los bienes materiales y culturales que ayuden a llevar a cabo los *desiderata* que la libertad en su sentido negativo y positivo requiere.

De lo contrario, en ausencia de un desarrollo moral adecuado y de una sociedad adecuadamente solidaria que proteja al individuo de la indigencia, la pobreza, el hambre (que el capitalismo fomenta, como se indica en la pág. 70), nos encontraremos apresados por la fuerza emotiva de términos como “democracia” y “libertad”, que intentarán socializarnos en el conformismo con nuestras miserias “libremente” elegidas.

Por eso, me atrevería a sugerir a Elías Díaz, tras felicitarlo por su lúcida visión de los beneficios de todo tipo que se derivan de un socialismo democrático y de una educación apropiada de las potencialidades intelectua-



les del ser humano, un énfasis redoblado en dos aspectos que yo, a mi manera, resumiría así:

I) *Hay que etizar la democracia por medio de la secularización de la reflexión filosófica*, el abandono de dogmas y prejuicios, el ejercicio del libre pensamiento, el desarrollo de una conciencia moral en diálogo con los restantes seres humanos, en conexión con, y con consideración de, todos los seres sintientes.

La emancipación del hombre no es sólo, aunque lo sea también, como añadiré en el apartado siguiente, una cuestión meramente económica, o de justicia distributiva. La emancipación intelectual presupone que uno antes de emitir opiniones tenga opiniones propias, contrastadas, formadas de acuerdo con lo que Brandt denomina “actitud cualificada” y que supone la ilustración o conocimiento de las cosas, sus efectos y sus causas, la imparcialidad en el razonamiento, y la libertad, en el sentido de independencia frente a presiones sociológicas, psicológicas, mitológicas, políticas, y de toda índole.

*Etizar la democracia* significa, en este primer sentido al que aludo, *democratizar la ética*, proporcionar educación y desarrollo moral, no prédica ni moralina, a todos los españoles, a todos los seres humanos, de acuerdo con los modelos de desarrollo moral de Piaget y Kohlberg, complementados por los de sus seguidores y críticos, como Gilligan o Peters, incrementando no sólo las capacidades de discernimiento y formación de juicios morales, sino también las de sintonía y simpatía con todos los seres humanos y sintientes, de modo que sus intereses constituyan parte de nuestro interés y su gozo parte de nuestro gozo.

Sólo unos seres de este modo educados podrían encontrarse en una situación apropiada para tomar decisiones que respeten las necesidades, deseos e intereses legítimos de toda la comunidad. Sólo un tipo de personas así situadas en un nivel moral post-convencional podrían apelar legítimamente a las decisiones y decretos de sus conciencias éticas, porque sus conciencias estarían realmente informadas y formadas éticamente, y podrían, ante los abusos de mayorías desinformadas, malformadas, o insensibles a los intereses y necesidades ajenos, especialmente respecto a los peor situados conforme a la “lotería natural”, rebelarse éticamente, y no sólo desobedecer al Derecho injusto sino enfrentarse a él con propuestas alternativas, con el ánimo de transformar la legalidad vigente.

II) En segundo lugar, *hay que etizar la democracia asegurando a todos los individuos el desarrollo de sus libertades positivas*, lo que conlleva su autodespliegue, su crecimiento material, intelectual y moral, el logro de su

excelencia, la manifestación de su individualidad, la satisfacción de sus anhelos y una vida lo más gratificante posible.

La libertad de expresión, de asociación, el pluralismo y la tolerancia, no son, en manera alguna, suficientes para quien vive en la ignorancia de sus propios derechos, para quien no puede expresar en sus opiniones y palabras más que sus deficiencias y carencias culturales o de otro tipo.

Se diría que una democracia sin socialismo democrático, sin solidaridad, sin reparto y redistribución justa de bienes, es una pantomima hipócrita y, casi, si Elías Díaz me lo permite, un elemento tanto o más perturbador, con las debidas matizaciones, que el dogmatismo y el autoritarismo a ultranza. El “contra Franco vivíamos mejor” no deja de tener, lamentablemente, algo de cierto.

Porque los regímenes salvajemente autoritarios muestran un rostro tan poco afable que es fácil reaccionar y convertirnos inmediatamente en defensores acérrimos de aquello que se nos niega. Las “dictablandas”, como coloquialmente se ha dado en llamar a las democracias desvaidas, como la nuestra, nos golpean tan suavemente, y con tan buenos modales, que a veces no percibimos el golpe que, no obstante, nos va debilitando paulatinamente, reduciendo nuestras exigencias éticas personales, rebajando nuestra autoestima. Poco a poco nos vamos adaptando o resignando a esas “prevalentes concepciones conservadoras basadas en la exclusiva moral del éxito, del dinero y el poder: ideologías que (educan) pues, sin reservas, en la mentalidad de competición agresiva con el inferior y, al propio tiempo - con el resultado de una realidad cada vez más violenta, escindida y dual- en la incondicional admiración y la servil mansedumbre para con el superior, con total sacralización así del duro e irresistible (ganador), del más o menos nato (triunfador)” (pág. 236).

He citado con amplitud este párrafo, casi último de la obra que comento, porque me atrae de un modo particular, tanto por la ética democrática, la democracia *etizada* que tras esta acerada crítica subyace, como porque, al mismo tiempo, el Elías Díaz más vivo y más polémico se rebela contra la moderación contenida en otros pasajes, en los que se mostraba receloso por tomar partido abiertamente por un sistema de valores éticos determinado.

Esta crítica apasionada y mordaz, al tiempo que inteligente, a la moral capitalista y a la alineación psicológica y moral, a la ruptura social, el pesimismo, apatía y desinterés que comporta (pág. 237), nos devuelve al Elías Díaz más provocador, más comprometido, que en otros pasajes del libro he echado de menos. Sus escrúpulos previos, su casi resignada aceptación del escepticismo y el relativismo, como males menores, frente a

las dentelladas del dogmatismo quedan ya muy lejos. La tercera vía, intermedia, reconfortante, y debidamente estimulante, se nos muestra ahora abierta, expedita y libre. A pesar de su empeño inicial por tolerarlo todo, nos muestra finalmente el Prof. Díaz, en estos análisis últimos, para mí los más brillantes, cómo no sólo existen modos de actuar intolerables, sino *éticamente* repugnantes.

Es por todo lo antedicho por lo que, sin riesgo de exagerar, considero que la etización de la democracia es el gran reto de España en nuestro tiempo, como acaso lo haya sido en todos los lugares, en todos los tiempos.

En la ética clásica sólo las élites podían saborear las mieles de una vida confirme a la *areté* o la excelencia. Las éticas revolucionarias de la modernidad, parecieron a veces conformarse con la postulación de una suerte de utilitarismo *negativo* que más que reclamar la realización plena de todos los individuos, se limitaba a exigir que se sacaran de en medio los escollos, que se eliminara todo aquello que hacía la existencia extremadamente penosa. Ha llegado el momento, creo, de no conformarnos con subidas salariales, o libertades en sentido puramente negativo: rebelarse contra el dolor, la exasperación o la insatisfacción no basta. El derecho a la libre expresión habrá de ir acompañado del derecho a la libre construcción de un mundo más habitable.

Uno de los puntos, precisamente, de mayor y más feliz coincidencia entre la propuesta que me he atrevido a sugerir al hilo de la lectura de *Ética contra política*, y una de las propuestas más interesantes del autor de la obra, son los que se refieren a una reformulación de la ética subyacente al socialismo democrático, que debe de llevar a cabo la reconciliación de las éticas de principios, con su insistencia en el respeto a la justicia, y las éticas de consecuencias o de resultados, que tienen que fijar su interés en que la democracia etizada ofrezca al tiempo que imparcialidad en las distribuciones, abundancia y variedad de bienes. Ni justicia sin bienestar general, ni bienestar para unos pocos, o para unos muchos, a expensas de las necesidades y aspiraciones de los marginados.

Con palabras de Tierno Galván, recordadas por Elías Díaz, es preciso caminar hacia una moral rigurosa que se ocupe del “bienestar general”, entendido, por supuesto, en un sentido más amplio y más profundo que el que produce el capital (pág. 160). En cualquier caso, el socialismo democrático, la democracia etizada, no juega al derrotismo, ni al reparto de la miseria, “ni predica la igualdad en la pobreza en medio del estancamiento y el atraso general” (pág. 93), sino que busca un mundo muy “rico en riquezas”, si se me permite sugerir.

La ética del socialismo democrático, la ética de la democracia previamente etizada, involucra el presupuesto de que los beneficios materiales y de todo tipo no pueden ser obtenidos a cualquier precio, porque a ciertos precios serían totalmente *despreciables*, carecerían de valor. Pero esta ética

que decididamente mira a la izquierda no sólo no nos condena a una virtud austera y sacrificada, sino que combina aquilatadamente la ética de principios, de justicia y de derechos, con “una ética consecuentemente responsable en cuanto a sus resultados, cálculos, utilidades y objetivos” (pág. 94), porque, y regresamos al comienzo del libro, regresamos a su más íntimo trasfondo, la ética no puede estar contra la política, como la política no puede estar de espaldas a la ética: “No pues, una ética contraria -por ‘principio’- a la política, ni una política -en -‘consecuencia’- ajena a la ética, sino una ética y una política de principios, que sean ambas en sus resultados concretos y en sus aplicaciones prácticas, consecuentemente responsables” (pág. 28).

La reconciliación de la ética con la política, y la política con la ética tendrían por supuesto como resultado una democracia etizada, socializada, no a golpe de martillo, o a golpe de legislación y represión, sino por la gracia de la inspiración gozosa de quienes, como el Prof. Elías Díaz, profesan una concepción casi lúdica del esfuerzo, y laboran con alegría manifiesta porque la mejora de nuestra democracia no se detenga: que una vez conseguida la transición a esta democracia que yo he apellidado de puramente *prudencial*, tenga lugar la transformación más profunda, que nos conduzca, si a todos nos convence, si todos estamos convencidos de que nos conviene, al socialismo democrático, o la democracia *Etica*.

Pero esta marcha es muy penosa, muy esforzada, y necesita de la coordinación de fuerzas, de la cooperación de todos los que desde distintos frentes luchamos por superar nuestra democracia y convertirla, de criatura endeble que es, en una construcción robusta que resista los embistes de las ideologías ligeras, pequeñas y burguesas. Dudo de que, sin este esfuerzo impresionante, la democracia meramente prudencial, vaya a etizarse nunca por sí misma. Su destino me parece más bien el que empieza a vislumbrarse en nuestro entorno: un “mercado libre de votos” que se disputan las élites agrupadas en partidos, como el modelo grotesco que Schumpeter propone.

Si deseamos etizar la democracia en España ahora, debemos saber, y sospecho que Elías Díaz coincidirá conmigo, que tenemos ante nosotros una tarea tan ardua, difícil y responsable, como la de tantos intelectuales que contribuyeron a favorecer la transición de la dictadura a la democracia tímida y *prudencial* con la que ahora contamos. Convertirla en una criatura adulta, digna de respeto y desde un punto de vista ético, es el gran reto que nos proponen libros de la hondura y la garra de *Etica contra política*, para que la política, por prudencialmente democrática que sea, no nos deje sin ética.