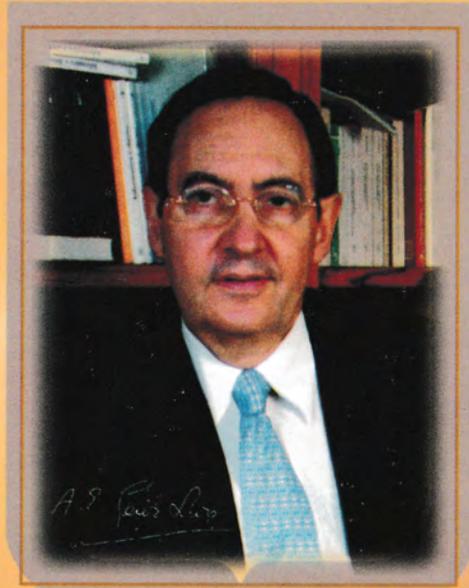




LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**PRESUPUESTOS PARA UNA FILOSOFÍA
DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA**



**Presentación
de
LUIS CLAUDIO CERVANTES LIÑÁN**

**Edición al cuidado y Epílogo
de
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**

8



LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**PRESUPUESTOS PARA UNA FILOSOFÍA
DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA**

Presentación
de
LUIS CLAUDIO CERVANTES LIÑÁN

Edición al cuidado y Epílogo
de
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

8

CUADERNOS DEL RECTORADO

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO
CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA (ESPAÑA)

**LECCIONES
DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO**
**PRESUPUESTOS PARA UNA FILOSOFÍA
DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA**

PRESENTACIÓN
DE
LUIS CERVANTES LIÑÁN

EDICIÓN AL CUIDADO Y EPÍLOGO DE
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

1ª edición peruana: Enero de 2008.

Lecciones de Filosofía del Derecho
(Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica)

- © ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO
- © CUADERNOS DEL RECTORADO
- © JURISTA EDITORES E.I.R.L.
juristaeditores@hotmail.com

LIMA 1
Jr. Miguel Aljovín N° 201
Teléfonos: 427-6688 - 428-1072
Telefax: 426-6303

- © Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: 2007-11804
ISBN: 978-9972-229-38-1

Composición y Diagramación. Carátula: Víctor Arrascue C.

SIGLAS

American Bar Association Journal: ABAJ
Anales de la Cátedra Francisco Suárez: ACFS.
Anuario de Filosofía del Derecho: AFD.
Annales de la Faculté de Droit de Toulouse: AFDT.
Archives de Philosophie du Droit: APD
Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie: ARSP.
Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie: ARWP.
Harvard Law Review: HLR.
Justice dans le Monde: JdM.
Natural Law Forum: NLF.
Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht: OZÖR.
Rivista di Diritto Commerciale: RDCo.
Rivista di Diritto Processuale: RDP.
Revista de Derecho Privado: RdDPr.
Revista de Estudios Políticos: REP.
Revista General de Legislación y Jurisprudencia: RGLJ.
Revista del Instituto de Ciencias Sociales, RICS.
Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto: RIFD.
Review of Politics: RoP.
Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile: RTDPC.
Süddeutsche Juristen-Zeitung: SJZ.
Stimmen der Zeit: StdZ.
The American Political Science: TAPS.
Zeitschrift für Politik: ZfP.

ÍNDICE GENERAL

	Págs.
- Siglas...	7
- Presentación de Luis Cervantes Liñán...	15
- Prólogo del autor...	17

Capítulo I FILOSOFÍA Y DERECHO

1. La Filosofía del Derecho como encrucijada...	23
2. La Filosofía en la encrucijada...	24
3. La crisis de la Filosofía: sus motivos...	27
4. La negación de la Filosofía...	30
5. Sentido actual de la Filosofía...	31
6. La Filosofía como crítica...	38
7. El sentido de la Filosofía del Derecho...	41

Capítulo II CONCEPTO DEL DERECHO Y EXPERIENCIA JURÍDICA

1. Dificultades que plantea la conceptualización del Derecho...	51
2. Presupuestos filosóficos del concepto del Derecho...	55
2.1. Presupuestos gnoseológicos...	57
2.2. Presupuestos ontológicos...	62
2.2.1. El dintorno del Derecho...	63
2.2.2. El contorno del Derecho...	65
2.2.2.1. Derecho y usos sociales...	66
2.2.2.2. Derecho y moral...	72
2.3. Presupuestos deontológicos...	77
3. La definición general del Derecho: el Derecho como experiencia jurídica...	79

Capítulo III
EL CONCEPTO DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. Problematicidad del análisis conceptual de la Filosofía del Derecho .	87
2. La Filosofía del Derecho en sus aspectos subjetivo y objetivo... ..	88
3. Definición sistemática de la Filosofía del Derecho... ..	93
4. Aproximación histórica a la noción de Filosofía del Derecho... ..	95
5. La Filosofía del Derecho como Filosofía de la experiencia jurídica ...	101

Capítulo IV
LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
COMO DISCIPLINA FILOSÓFICA

1. Los temas de la Filosofía del Derecho: las concepciones tridimensionales del Derecho y de la Filosofía jurídica... ..	115
2. La Filosofía del Derecho como Gnoseología jurídica... ..	125
2.1. La argumentación jurídica... ..	125
a) Argumento <i>a contrario</i>	126
b) Argumento <i>a simile</i>	127
c) Argumento <i>a fortiori</i>	127
d) Argumento apogógico o <i>ad absurdum</i>	128
2.2. Sistemas expertos jurídicos... ..	130
2.3. Experiencia jurídica y conocimiento del Derecho... ..	132
3. La Filosofía del Derecho como Ontología jurídica... ..	134
4. La Filosofía del Derecho como Deontología jurídica... ..	140

Capítulo V
LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
COMO SABER JURÍDICO

1. La Filosofía del Derecho en el universo de las ciencias jurídicas... ..	147
2. Filosofía del Derecho, Dogmática jurídica y Teoría del Derecho... ..	151
3. Filosofía del Derecho y Derecho Comparado... ..	163
3.1. Un programa actual de comparación jurídica: el Derecho Constitucional Común Europeo... ..	167
3.2. Elementos conformadores del DCCE... ..	167
3.3. Aporías y opciones del DCCE.	171
4. Filosofía del Derecho e Historia del Derecho... ..	178
4.1. Historiografía jurídica y Filosofía del Derecho... ..	179

ÍNDICE GENERAL

4.2. Método Histórico y Escuela Histórica del Derecho... ..	182
4.3. Historicidad del Derecho y Filosofía de la experiencia jurídica...	184
5. Filosofía del Derecho y Sociología jurídica... ..	186
5.1. El análisis sociológico de la jurisprudencia... ..	188
5.2. Método sociológico y antiformalismo jurídico... ..	191
6. La filosofía de la experiencia jurídica como integración de los saberes filosóficos y científicos en torno al Derecho... ..	197

Capítulo VI EL DERECHO NATURAL

1. Derecho natural y definiciones... ..	201
2. Sentimiento del Derecho natural y teoría del Derecho natural... ..	205
3. Univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo... ..	211
4. El Derecho natural como problema... ..	214
5. Derecho natural crítico y Derecho natural dogmático... ..	219

Capítulo VII IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

1. Precisiones terminológicas... ..	125
1.1. Derecho natural.....	225
1.2. Derecho positivo.....	226
1.3. Modalidades de articulación de la relaciones entre Derecho natural y Derecho positivo... ..	227
1.4. Iusnaturalismo... ..	229
1.5. Positivismo jurídico... ..	230
2. La situación espiritual de la moderna Ciencia del Derecho europea y la crisis del positivismo jurídico... ..	232
3. El Derecho natural y la moderna Teoría general del Derecho... ..	233
3.1. El Derecho natural y definición del Derecho... ..	234
3.2. Derecho natural y sistema de fuentes jurídicas... ..	235
3.3. Derecho natural y Ordenamiento jurídico... ..	237
4. Derecho natural y Metodología del Derecho... ..	237
4.1. Derecho natural y «crítica de las leyes»... ..	240
4.2. Derecho natural y Metodología de la interpretación y aplicación del Derecho... ..	242
5. Derecho natural e ideología... ..	243
5.1. Derecho natural y Derecho de resistencia... ..	244

5.2. Derecho natural y derechos humanos... ..	249
5.3. Derecho natural e historia... ..	252
5.3.1. Posibilidad de una función histórica iusnaturalista... ..	253
5.3.2. Sentido en que cabe calificar de «ideológica» la función histórica del Derecho natural... ..	255
5.3.3. Trascendencia práctica de la función histórica iusnaturalista	259
6. Conclusión: Ante una nueva etapa en la multiseccular tradición iusnaturalista... ..	263

Capítulo VIII
LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y
LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

1. Consideraciones sobre el papel de las enseñanzas iusfilosóficas en el plan de estudios de las facultades de Derecho... ..	267
2. Orientaciones y documentación bibliográfica... ..	273
3. La Filosofía del Derecho como tarea intelectual y compromiso político... ..	294

Capítulo IX
LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL
CONSTITUCIONALISMO Y LOS
DERECHOS HUMANOS DESDE LA
FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. Los derechos humanos y el constitucionalismo bajo el síndrome del cambio de paradigma... ..	303
2. Los derechos humanos: su trayectoria y decantaciones actuales... ..	311
2.1. Desde el esencialismo al funcionalismo... ..	314
2.2. Desde la desformalización al procedimentalismo... ..	316
2.3. Desde la autopoiesis a la heteropoiesis... ..	319
3. Los nuevos retos del constitucionalismo: hacia un Derecho Constitucional Común Europeo... ..	321
3.1. Elementos conformadores del DCCE... ..	322
3.2. Aporías y opciones del DCCE... ..	326
3.3. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea... ..	333
4. Dilemas actuales del constitucionalismo y las libertades... ..	341
4.1. Dilema contextual: ¿nacionalismo o universalismo?... ..	342
4.2. Dilema de los fines: ¿economía o ética?... ..	345
4.3. Dilema de los medios: ¿pragmatismo o retórica?... ..	349

ÍNDICE GENERAL

4.4. Dilema de los resultados: ¿libertades modernas o libertades post-modernas?...	354
5. Los Derechos humanos y el constitucionalismo bajo el signo de la educación...	356
6. Conclusión: Derechos humanos y constitucionalismo en la sociedad globalizada...	370

**EPILOGO
DE
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**

**BIO-BIBLIOGRAFÍA
DE
ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO**

A modo de presentación ...	381
I. Semblanza humana y formación académica...	383
II. Labor docente...	400
III. Actividad investigadora y distinciones...	402
IV. Publicaciones...	403
V. Breve alusión al libro «Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho»...	405
VI. Reflexiones finales...	408

PRESENTACIÓN

LUIS CERVANTES LINÁN^(*)

Es un motivo de júbilo para toda la comunidad garcilasina y para quien redacta estas líneas ocuparse de los aportes iusfilosóficos de uno de los pensadores más importantes en Iberoamérica. Me refiero al Prof. Dr. Antonio-Enrique Pérez Luño, quien actualmente regenta la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla. Hagamos notar desde un principio que su labor silenciosa pero firme y su formación multidisciplinaria quedan fuera de todo encomio.

Desde luego que por ahora resulta imposible dar cuenta de su vastísima y fértil producción intelectual. Sin embargo, el presente libro copiosamente aumentado para la edición peruana, que lleva por título *Lecciones de Filosofía del Derecho* es el mejor referente para demostrar la capacidad enorme y creadora que tiene el Prof. Pérez Luño. Se trata, sin disputa, de su libro clave y de gran aliento, mediante el cual analiza de manera pormenorizada, y con racional sentido, los diversos aspectos que ofrece la Filosofía del Derecho, disciplina jurídica formativa que hoy en día prácticamente está desapareciendo de la malla curricular de las universidades peruanas, sin motivo justificado alguno.

Por eso es que la obra *Lecciones de Filosofía del Derecho* viene a punto en estos momentos. Con lo cual se permitirá darle una mayor promoción y difusión a la Filosofía de Derecho en el Perú, cuyos segmentos son de suma importancia para que el hombre de Derecho entienda los segmentos o temas cruciales que ofrece. Las reflexiones iusfilosóficas muchas veces

(*) Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Perú).

contribuyen para entender mejor la problemática en el firmamento jurídico, como sucede, por ejemplo, cuando se aborda –como lo hace nuestro autor– la encrucijada de la Filosofía del Derecho, la problematicidad del análisis conceptual de la Filosofía del Derecho, el Derecho Natural y la problemática actual del constitucionalismo y los derechos humanos desde la óptica de la Filosofía del Derecho, etc.

Desde estas premisas, el catedrático español Pérez Luño al ocuparse de cada uno de dichos temas lo hace con la maestría habitual que le caracteriza por cuanto: *a)* conoce su oficio, *b)* sabe meditar, *c)* emplea fuentes directas, *d)* consulta a los pensadores clásicos, y como complemento, *e)* se deja entender en perfecta sintonía. El lector culto y atento sabrá juzgar el contenido de tan importante libro que ha sido redactado en nueve, bien condensados, capítulos y que al final, a modo de epílogo, se acompaña una prolija «Bio-bibliografía de Antonio-Enrique Pérez Luño» que ha escrito con acierto el constitucionalista José F. Palomino Manchego, y que permite comprender y valorar cuán importante es la obra señera del maestro español Pérez Luño, y que juzguamos de máximo interés.

Sin duda, el presente libro *Lecciones de Filosofía del Derecho*, cuya presente edición es con fines netamente académicos, constituirá una fuente bibliográfica de primer orden para que consulten los profesores y alumnos de las diversas universidades del país, y en especial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, y puedan, como consecuencia de su lectura, sacar certeras conclusiones en beneficio de su formación académica y científica. Y como tal, reafirmar los lazos culturales entre dos países como son España y Perú. Ahora más que nunca debemos seguir manteniendo el diálogo permanente entre España y América Latina, cuya herencia cultural de dos dignos representantes como son Miguel de Cervantes Saavedra (1547-1616) y el Inca Garcilaso de la Vega (1501-1536) permitirá abrir mejor el Nuevo Mundo.

Lima, enero de 2008.

PRÓLOGO

Incurriendo en aparente paradoja este libro es, a la vez, viejo y nuevo. Lo primero, porque conforman su núcleo algunos de los capítulos procedentes de mi Memoria sobre el concepto método y fuentes de la Filosofía del Derecho, elaborada entre los años 1968 a 1973 y publicada luego con algunas modificaciones tendentes a su actualización como *Lecciones de Filosofía del Derecho*, a partir de 1982, en cinco sucesivas ediciones de apuntes. Lo segundo, porque al manifestarme la Copistería Minerva, editora de los apuntes, su propósito de publicar la sexta edición en forma de libro en la colección jurídica de la nueva Editorial Mergablum, creí llegado el momento de proceder a una completa y profunda reelaboración del texto, durante mucho tiempo aplazada.

El libro ahora publicado es fruto, en razón de lo expuesto, de una entera revisión del contenido de sus versiones antecedentes. Ello, no obstante, he considerado más conforme a su significación el mantener su título y considerarlo como una sexta edición del texto anterior, más que como una obra estrictamente nueva. Existen además razones formales y materiales para avalar esa decisión. En lo que atañe a su forma, esta sexta edición se ha ampliado con un nuevo Capítulo referido al papel de la Filosofía en el Derecho; pero como contrapartida el texto se ha aligerado con la supresión de los cuatro Apéndices integrados en la edición anterior, porque estimo preferible incluirlos en un volumen monográficamente dedicado al estudio de los derechos fundamentales. Asimismo, se ha variado el orden expositivo de las materias, para su mayor adecuación al orden lógico de la estructura del Programa de Filosofía del Derecho.

Otra innovación, respecto a las ediciones anteriores, estriba en que en esta se han traducido la mayor parte de las citas de obras de autores extran-

jeros, correspondiéndome en ello la consiguiente responsabilidad. El deseo de transcribir las citas en la plenitud de su sentido original y de evitar el binomio vicioso: *traductore/ traditore*, determinaron mi inicial propósito. La experiencia, en forma de observaciones y sugerencias de numerosos alumnos, me han llevado a inferir que, para muchos de ellos, las citas en lenguas extranjeras suponían una dificultad que, en ocasiones impedía la correcta inteligencia del texto.

No obstante, estas variantes y modificaciones la estructura general de la obra, las cuestiones abordadas en sus distintos capítulos y el enfoque desde las que se plantean, son solidarios y mantienen una continuidad básica con las ediciones que la han precedido. En resumidas cuentas, el libro sostiene una concepción de la Filosofía del Derecho entendida como reflexión sobre la experiencia jurídica. La apelación a la experiencia jurídica implica un intento de captar el Derecho en su entero desenvolvimiento, evitando los riesgos de fragmentación y/o reduccionismo de que adolecen determinadas aproximaciones unilaterales al fenómeno jurídico.

La Filosofía del Derecho tiene planteado un dilema insoslayable. Si se la concibe como una disciplina que pretende el mayor rigor teórico, se tiende a circunscribir su objeto en el conocimiento y explicación del Derecho positivo, a través del análisis de las normas jurídicas. Pero, entonces, se corre el riesgo de convertirla en un mero duplicado, más general y abstracto, de las ciencias jurídicas y de marginar u omitir las cuestiones que atañen a la justicia. Si, en cambio, se la entiende como la versión jurídica de la racionalidad práctica, se potenciará su condición orientadora y fundamentadora de los problemas de justicia. Pero, entonces, corre el riesgo de convertirse en mera retórica, en una prédica o en una moralina voluntarista. La salida del dilema pasa por lograr que la teorización rigurosa del Derecho no signifique el silencio sobre la justicia o la abstinencia de valores, y que las argumentaciones sobre los problemas de justicia se realicen con el mayor rigor teórico. Algunas de la más relevantes concepciones de la Filosofía del Derecho contemporánea han tratado, desde distintas ópticas y con distintos resultados, responder a este dilema. Este libro se propone también contribuir a ello, con plena conciencia de la dificultad del empeño.

Existen dos formas tradicionalmente contrapuestas de concebir la empresa filosófica, la primera entiende el filosofar como un reducto ínti-

mo de la subjetividad. La Filosofía, para ser auténtica, deberá ser un producto de la soledad y del aislamiento; no será una faena social, sino un menester de la individualidad. Quizás una de las manifestaciones más arquetípicas de este tipo de hacer Filosofía, como una reflexión y un encuentro del pensador consigo mismo, nos las ofrece Ortega y Gasset, a quien pertenece la siguiente reflexión: «el filósofo auténtico que filosofa por íntima necesidad no parte hacia una filosofía ya hecha, sino que se encuentra, desde luego, haciendo la suya, hasta el punto de que es su síntoma más cierto verle rebotar de toda filosofía que ya está ahí, negarla y retirarse a la terrible soledad de su propio filosofar»⁽¹⁾.

En abierta oposición a esa idea solipsista del quehacer filosófico, desde otros enfoques se le reputa como una forma de comunicación intersubjetiva, como una tarea colectiva y compartida. Esta segunda forma de hacer filosofía halló una elegante y plástica expresión en un fragmento de Angelo Poliziano, una de las figuras más representativas del humanismo renacentista. Entiende Poliziano que el filósofo tratará de indagar la verdad y para ello procurará la colaboración de muchos compañeros, pues considera evidente que al filosofar: «ocurre como en las cacerías, que, si uno se dedica a perseguir él sólo a la fiera, nunca o muy difícilmente la alcanzará; pero si busca la ayuda de otros cazadores, llegará con facilidad hasta su misma guarida. También en esta especie de cacería tras la verdad hay muchos lugares ásperos y frágosos cercados de árboles y de temibles sombras, que son difíciles de atravesar si uno va sólo»⁽²⁾.

De estas dos formas de concebir el filosofar, me inclino decididamente por la segunda, que me parece más realista y provechosa; máxime cuando como acontece en el asunto que aquí nos ocupa, se trata de proyectar la reflexión filosófica a un producto incuestionablemente social y comunicativo como es el Derecho.

Refuerza también esta opción mi creencia y mi propia experiencia de que la vida universitaria es, sobre todo, una búsqueda cooperativa del co-

(1) J. Ortega y Gasset, «Prólogo a *Historia de la Filosofía*, de Emile Bréhier», en *Obras completas*, Revista de Occidente & Alianza, Madrid, 1983, vol. 6, p. 402.z

(2) A. Poliziano, *Estancias, Orfeo y otros escritos*, ed. bilingüe de F. Fernández Murga, Cátedra, Madrid, 1984, p. 242.

nocimiento en la que no debe haber lugar para las posturas cerradas, autosuficientes y dogmáticas. Por eso, las ediciones anteriores de esta obra se han beneficiado de las observaciones sugerencias y críticas de la comunidad académica a la que pertenezco. En particular, debo hacer llegar mi gratitud a mis compañeros y amigos, los Profesores Titulares del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla: Carlos Alarcón, Emilio Mikunda, Carlos Pérez Ruiz y Antonio Ruiz de la Cuesta por sus pertinentes comentarios e indicaciones; a Francisco Contreras por sus sugerentes juicios, así como por su paciente y cuidada labor de corrección de erratas; y a Rafael González-Tablas por su constante estímulo y su colaboración en las búsquedas bibliográficas. Deseo también hacer extensivo mi reconocimiento a los Profesores Fernando Llano y Enrique Sánchez, quienes, en los últimos cursos, han compartido conmigo las enseñanzas de la Filosofía del Derecho.

CAPÍTULO I

FILOSOFÍA Y DERECHO

SUMARIO: 1. La Filosofía del Derecho como encrucijada 2. La Filosofía en la encrucijada. 3. La crisis de la Filosofía: sus motivos. 4. La negación de la Filosofía. 5. Sentido actual de la Filosofía. 6. La Filosofía como crítica. 7. El sentido de la Filosofía del Derecho.

1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ENCRUCIJADA

La Filosofía del Derecho es una disciplina bifronte resultado del encuentro entre dos tipos de conocimiento: el filosófico y el jurídico. Esta condición crucial de la Filosofía del Derecho, en cuanto resultado del cruce o confluencia de saberes, determina una dificultad inicial. No todas las concepciones filosóficas admiten la proyección de ese saber sobre otras formas de la realidad; correlativamente, no todas las concepciones jurídicas consideran que pueda tener sentido una proyección de métodos filosóficos al Derecho.

No cabe, propiamente, una proyección hacia afuera del pensamiento filosófico en aquellas filosofías «ensimismadas», encerradas en sí mismas, o en aquellas que, por utilizar la terminología acuñada por Gustavo Bueno, pueden denominarse como «exentas». Serían «exentas» aquellas filosofías que pretenden abstraerse de las realidades históricas (políticas, culturales, sociales, jurídicas...) para centrar el plano de su reflexión en esencias intemporales o en la intuición de verdades últimas, al margen de la experiencia⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Bueno, G., *¿Qué es la Filosofía?* Pentalfa, Oviedo, 2ª ed., (1995), pp. 31 ss. Vid., también sus libros: *El sentido de la vida. Seis lecciones de Filosofía moral*, Pentalfa, Oviedo, 1996, pp. 15 ss.; *El mito de la cultura*, Prensa Ibérica, Barcelona, 1996, pp. 18 ss. y 213 ss.

Desde esas premisas no existe la posibilidad de proyectar la reflexión filosófica al Derecho, entendido como un sector de la experiencia distinto de la propia Filosofía. Cuando desde estas posturas se habla de «Filosofía del Derecho», el Derecho viene entendido como una pura creación lógica, especulativa y subjetiva del filósofo y, por tanto, como algo totalmente ajeno a lo que el Derecho es en su realidad social expresada en sus diversas manifestaciones históricas.

Tampoco se admitirá el carácter bifronte de la Filosofía del Derecho desde aquellas doctrinas jurídicas que postulan un estudio del Derecho circunscrito a su estricta dimensión normativa. Esos enfoques conciben la reflexión sobre el Derecho como un análisis autopoietico, es decir, autoreferente, en cuanto limitado a una consideración «normativa» de las normas. Se ha hecho notoria al respecto la tesis kelseniana que considera que un concepto filosófico, político o sociológico del Derecho resulta científicamente tan inadecuado como un concepto médico de la arquitectura, o un concepto económico de la química ⁽²⁾.

Desde los enfoques expuestos no es posible admitir que la Filosofía del Derecho es una disciplina de encrucijada, es decir, es el resultado del cruce de la reflexión filosófica con la experiencia jurídica. Por eso, la dimensión bifronte de la Filosofía del Derecho es inconcebible cuando la Filosofía se repliega sobre sí misma y no se abre a los fenómenos reales de la experiencia, ni tampoco cuando el pensamiento jurídico se traduce en autopoiesis, y no admite otros métodos de análisis del Derecho que aquellos que derivan de su propia estructura normativa. Frente a esos enfoques si se defiende que la Filosofía del Derecho es una disciplina de encrucijada la pregunta por su concepto plantea, como tarea preliminar y básica, la aclaración de los términos de cuyo encuentro es producto.

2. LA FILOSOFÍA EN LA ENCRUCIJADA

El término «encrucijada» no sólo evoca la idea del encuentro o cruce de caminos, puede significar también la situación conflictiva o la dificultad

⁽²⁾ Vid., Pérez Luño, A.E., con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 122 ss. y 133 ss.

en la que se encuentran alguien o algo. Esta segunda acepción puede predicarse de la actual conyuntura de la filosofía, que parece incompatible con las necesidades y apremios del presente. La Filosofía ha supuesto siempre una forma de reflexión sosegada sobre las cosas, fruto de esa lenta probidad intelectual que es condición indispensable para cuestionar con rigor los fenómenos de la experiencia. La Filosofía constituye un tipo de saber que avanza y se despliega trabajosa y despaciosamente. Este tipo de pensamiento parece inadecuado para resolver las urgencias del presente, de una vida en constante mutación que exige respuestas inmediatas y que valora más la eficacia de las acciones que la rectitud de los juicios. Hoy a quien ante determinados problemas tiende a argumentar y a fundamentar su decisión en base a premisas sólidamente construidas sobre presupuestos teóricos, se le espeta con clara intencionalidad descalificatoria: «No me vengas con filosofías...». Captando el alcance de esta situación ha aludido Karl-Otto Apel a esos «muchos jóvenes intelectuales que han perdido en cierto modo la paciencia con la filosofía»⁽³⁾.

Conviene advertir, de inmediato, que la desconfianza o el menosprecio hacia la Filosofía no es un invento del presente. Bastará recordar los versos de Petrarca que, en pleno apogeo de las filosofías escolásticas, y en el umbral del movimiento cultural humanista, denunciaba con mezcla de admonición y lamento:

«Pobre y desnuda vas Filosofía, dice la turba en el vil lucro absor-ta»⁽⁴⁾.

Y, asimismo en plena época del esplendor filosófico propia de la cultura de la Ilustración, Kant salía al paso de quienes «en tono altanero y desdeñoso» menospreciaban la reflexión teórica de los filósofos en nombre de un zafio pragmatismo⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Appel, K. O., *La transformación de la filosofía*, vers. cast. de A. Cortina, J. Chomorro y J. Conill, Taurus, Madrid, 1985, vol. I, p. 10.

⁽⁴⁾ «Povera e nuda vai filosofia, dice la turba al vil guadagno intesa», F. Petrarca, *Canzoniere*, I, VII.

⁽⁵⁾ Kant, I., *En torno al tópico «Tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica»*, (1793), se cita por la trad. cast. de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en el vol. *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 4 ss.

No obstante, paradójicamente, frente a esa infravaloración del pensamiento filosófico es la nuestra también una época de continuas alusiones e invocaciones a la Filosofía, desde contextos que, en principio, parecen muy alejados de ella. Se ha convertido en práctica habitual del lenguaje del presente el que los ministros aludan a cada paso, a la «Filosofía de sus departamentos», a que los empresarios se refieran sin recato a la «Filosofía de su sistema de *márketing*», a que los deportistas reiteren hasta la saciedad la mención de la «Filosofía que les ha conducido al triunfo». La Filosofía se ha trivializado y se ha convertido en un producto de consumo. Las tertulias radiofónicas y televisivas e, incluso, las revistas eróticas reservan secciones o espacios «filosóficos», que prueban que la Filosofía es hoy un producto y una actividad, que podemos calificar con Gustavo Bueno, de «mundana». En esta acepción la Filosofía aparece como el recurso a estrategias, fundadas en motivos técnicos, por parte de quienes tienen que tomar determinadas decisiones prácticas⁽⁶⁾.

Herbert Marcuse supo hacerse cargo de la ambivalencia subyacente a la situación filosófica actual, al señalar que la cultura de masas ha convertido a Platón, Hegel, Marx, Freud... en mercancías de supermercado. Con ello, se ha conseguido que los clásicos filosóficos salgan del mausoleo y hayan retornado a la vida con la consiguiente elevación de la cultura popular. Pero, como contrapartida, han retornado a la vida como «clásicos», es decir, como seres diferentes de sí mismos, de su fuerza antagonista y su espíritu de discrepancia que dotó de capacidad crítica a sus testimonios. La intencionalidad y función de esas filosofías ha sido abiertamente transformada; mientras en su época representaron la oposición al *statu quo*, ahora su dimensión crítica y contradictoria ha sido laminada⁽⁷⁾.

La Filosofía del presente se halla en una encrucijada en la que confluyen el desdén de quienes la consideran una reliquia inoperante de un pasado definitivamente extinto y los que se aferran a ella buscando soluciones para el presente así como criterios de orientación para afrontar

⁽⁶⁾ G. Bueno, *¿Qué es la filosofía?*, cit., p. 41.

⁽⁷⁾ Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, trad. cast. de A. Elorza, Seix Barral, Barcelona, 1969, pp. 94 ss.

un porvenir todavía inédito, pero del que se vislumbran presagios inquietantes. La Filosofía de nuestro tiempo se halla también en la encrucijada entre los procesos divulgadores, que tienden a elevar la cultura popular, y el riesgo de que su apropiación consumista por la cultura de masas la trivialice y la haga abdicar de su rigor y sentido crítico. Como síntoma de la encrucijada filosófica del presente, no está de más reseñar que en una conocida obra sobre el significado actual de la Filosofía se ha presentado bajo el título pesimista de «una visión desde ninguna parte»; en la misma línea, Brand Blanshard ha propuesto definir a la Filosofía, no sin cierta dosis de sarcasmo, como «la búsqueda por un ciego en una habitación a oscuras de un sombrero negro que no existe, con la adición de que si lo encuentra, entonces se trata de teología»⁽⁸⁾.

3. LA CRISIS DE LA FILOSOFÍA: SUS MOTIVOS

Plantear la encrucijada filosófica supone tomar y recorrer un itinerario que desemboca en un tema recurrente en los debates culturales de los últimos años: la crisis de la Filosofía.

La reflexión filosófica, en cuanto se toma por objeto a sí misma y se cuestiona su propia validez, suele conducir a meditaciones pesimistas. La literatura filosófica es pródiga, a través de los tiempos, en un género peculiar de investigaciones dirigidas a poner en duda el sentido y resultados del quehacer filosófico.

Esta tendencia ha alcanzado especial difusión en nuestra época en la que parece haberse producido una total dispersión de los presupuestos filosóficos: «Hoy —ha estrito Karl Jaspers— carecemos de una base común en el campo del filosofar»⁽⁹⁾. En el horizonte intelectual de nuestra hora diversas direcciones filosóficas se han sucedido de modo incesante unas a

⁽⁸⁾ B. Blanshard, «La empresa filosófica», en el vol. col. ed. a cargo de Ch. Bontemp y S. J. Odell, *La lechuza de Minerva ¿Qué es Filosofía?*, trad. cast., Carmen García Trevijano, con la colaboración de Manuel Valdés, Rafael Beneyto y Teresa Orduña, Cátedra, Madrid, 1979, p. 180. La obra «Una visión desde ninguna parte» se debe al profesor de la Universidad de Nueva York, Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, New York, 1989.

⁽⁹⁾ K. Jaspers, *La razón y sus enemigos en nuestro tiempo*, trad. cast. de L. Piossek, Editorial, Sudamericana, Buenos Aires, 1967, p. 9.

otras, siguiendo el gusto efímero y pasajero de las modas culturales, pero sin que ninguna de ellas haya logrado imponerse como dominante.

Sería un error, pese a ello, creer que la crisis de la Filosofía es un fenómeno exclusivo del presente. Norberto Bobbio ha sugerido que la crisis es algo inherente al propio devenir del pensamiento filosófico. Así, entiende que existe un desarrollo cíclico que se plasma en tres momentos básicos: 1) posición *crítica*; 2) posición *metafísica*; y 3) posición *agnóstica*⁽¹⁰⁾.

La primera etapa se caracterizaría por el análisis y la propuesta de criterios metodológicos; la segunda por la elaboración de grandes sistemas; mientras que la tercera supondría el cuestionamiento y la disolución de las construcciones sistemáticas. Pero cualquiera que sean los momentos intermedios, el momento final es siempre el de la crisis filosófica: el escepticismo respecto a Sócrates (posición crítica) y a Platón y Aristóteles (posición metafísica); el voluntarismo medieval en relación con la patristica y la escolástica; Hume respecto a Descartes (posición crítica) y a Spinoza y Leibniz (posición metafísica) en la modernidad; el positivismo, Nietzsche y Marx serán, a su vez, los grandes debedores de la posición crítica kantiana y de los sistemas idealistas de Fichte, Schelling y Hegel; ya en nuestro siglo el existencialismo puede considerarse como la fase agnóstica impugnadora del neopositivismo, en cuanto tesis crítica, de la fenomenología, del neokantismo y el neoidealismo, en cuanto instancias metafísicas; en nuestros días el pensamiento posmoderno puede, asimismo, considerarse como una reacción agnóstica frente a los postulados críticos del estructuralismo y metafísicos de las teorías sistémicas... El proceso evolutivo de la Filosofía, concluirá Bobbio, conduce siempre a la disolución de la Filosofía. Por ello, la crisis filosófica no es un hecho casual, sino que está implícita en la propia naturaleza de la Filosofía⁽¹¹⁾.

Los *motivos* que pueden explicar esa crisis cíclica de la Filosofía están relacionados con sus propios límites. La Filosofía es un tipo de conocimiento que se halla flanqueado por otras dos formas de saberes: el religioso y el científico. El desenvolvimiento histórico de la Filosofía ha sido, en gran medida, un arduo empeño por no confundirse ni verse absorbida por

⁽¹⁰⁾ N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1949, pp. 15-16,

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, p. 16.

esos saberes limítrofes. Cuando la Filosofía consigue afirmar su propia razón de ser y escapa a los riesgos de confusión y/o absorción por el saber religioso o científico nos hallamos ante etapas de crecimiento filosófico; cuando sucumbe a ellos se produce la crisis de la Filosofía.

El Orto de la Filosofía occidental, en el seno de la cultura griega, se produjo cuando el pensamiento filosófico fue capaz de emanciparse de los mitos religiosos y deslindarse de los conocimientos científico-técnicos. Ha adquirido notoriedad la idea aristotélica de que la Filosofía nace de la admiración, del asombro ante los fenómenos externos del mundo físico. Esa admiración, mezcla de curiosidad y temor, forzosamente tenía que estar ligada a interrogantes religiosos sobre el más allá, así como a reflexiones explicativas científico-técnicas sobre el más acá.

Los orígenes de la Filosofía se cifran en el tránsito desde el *mito* al *logos*, es decir, desde las formas sagradas de las creencias religiosas a las explicaciones racionales sobre las cosas⁽¹²⁾. A ese proceso de secularización del mito, se produce una paulatina diferenciación del pensamiento filosófico respecto del saber científico. No huelga recordar que los legendarios «siete sabios de Grecia» fueron, a la vez, filósofos y científicos. Pero frente a la orientación instrumental de las ciencias y las técnicas, la Filosofía tiende a indagar la *episteme*, es decir, se dirige a la comprensión radical de las cosas.

Es cierto que al igual que la religión la Filosofía pretenderá la búsqueda de la verdad, pero la verdad filosófica no puede construirse sobre dogmas revelados o intuiciones místicas, si no que tendrá su frontera en la razón. De igual modo, la Filosofía pretenderá que sus explicaciones sean exactas, pero mientras las ciencias limitan su ámbito a la descripción de lo que es empíricamente verificable la Filosofía pretende también comprender y valorar las acciones y comportamientos de los hombres⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ W. Nestle, *Vom Mythos zum Logos*, Kröner, Stuttgart, 1940.

⁽¹³⁾ Vid. sobre todo ello, entre otros, los trabajos de: Appel, K. O., *La transformación de la filosofía*, cit., vol. II, pp. 91 ss.; G. Bueno, *¿Qué es filosofía?*, cit., pp. 115 ss.; J. Habermas, «¿Para qué seguir con la Filosofía?», en su vol., *Perfiles filosófico-políticos*, trad. cast., de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1984, pp. 15 ss.; A. Schaff, «¿Qué hacen los filósofos?», en el vol. col. ed. a cargo de Ch. Bontemp y S. J. Odell, *La lechuzca de Minerva ¿Qué es Filosofía?*, cit., pp. 185 ss.

4. LA NEGACIÓN DE LA FILOSOFÍA

Cuando la Filosofía traspasa las fronteras de racionalidad que le son propias, cuando se confunde o es absorbida por los saberes limítrofes religiosos o científicos, que la han acompañado en su devenir histórico, el pensamiento filosófico corre el riesgo de disolverse y se produce la negación de la Filosofía. Tal negación puede ser fruto de confundir la reflexión racional con una especie de pensamiento religioso laico, que se expresa a través de arcanos, de aforismos etéreos proclives al misticismo y que, a la postre, desembocan en pretendidas verdades absolutas y eternas. Esta es la vía recorrida por el irracionalismo, que postula unas formas filosóficas en las que el arbitrio de la voluntad, las pulsiones emocionales y el culto al (yo), sustituyen al pensamiento lógico. Kierkegaard, Schopenhauer, Nietzsche, así como algunos de los representantes más radicales del existencialismo y las tendencias posmodernas, son otros tantos exponentes actuales de la negación de la Filosofía como conocimiento razonable del mundo. Quizás porque, por decirlo con los términos que titulan una célebre obra de Nietzsche, la razón es considerada desde esas perspectivas como algo «humano demasiado humano».

El irracionalismo niega la Filosofía en cuanto actitud racional ante las cosas y la convierte en una especie de saber místico secularizado. Pero, se niega también la Filosofía cuando se la confunde o identifica con la ciencia. El positivismo decimonónico y el neopositivismo de nuestro siglo han contribuido, decisivamente, a ese proceso de absorción de la Filosofía por la ciencia.

La célebre «ley de los tres estadios» propuesta por Auguste Comte como clave explicativa del desarrollo cultural humano, desemboca en la negación de la Filosofía. A tenor del planteamiento de Comte el conocimiento humano en las culturas primitivas parte de un estadio *teológico*, en el que los fenómenos se atribuyen a la voluntad inescrutable de fuerzas o seres sobrenaturales. A esa fase la sigue el estadio *metafísico*, en el que se intenta comprender la realidad a través de conceptos o principios ideales y abstractos (el bien, la razón, la justicia...). El proceso cultural culmina en el estadio *positivo*, en el que las cosas se explican por sus causas, a través de la experiencia y la observación de los hechos. En el estadio positivo Filosofía será sustituida por la sociología, en cuanto ciencia universal de la sociedad humana⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ A. Comte, *Curso de Filosofía positiva (1830-42)*, trad. cast., de J. Sanguinetti, Ediciones Magisterio Español, Madrid, 1987.

En nuestro siglo el neopositivismo ha negado, en forma radical, la posibilidad de cualquier tipo de conocimiento que difiera del saber científico. Esta actitud halló una expresión, que compendia certeramente la posición neopositivista, en el primer Ludwig Wittgenstein, para quien, «el verdadero método de la Filosofía sería propiamente éste: no decir nada sino aquello que se puede decir; es decir, las proposiciones de la ciencia natural algo, pues, que no tiene nada que ver con la Filosofía»⁽¹⁵⁾.

Es evidente que si la tarea de la Filosofía consiste en repetir lo que dicen las ciencias y no puede aportar nada a éstas, la Filosofía resulta como saber algo totalmente superfluo. La encrucijada filosófica del presente ha desembocado no sólo en la negación de la Filosofía, sino en una serie de interrogantes que plantean si nos hallamos ante una situación terminal; es decir, ante la propia muerte de la Filosofía.

Al promediar la década de los sesenta Martin Heidegger pronunció una conferencia que adquirió notoriedad sobre: *El final de la Filosofía*, cuyo *leitmotiv* residía precisamente en cuestionar cuál puede ser la aportación del saber filosófico al conocimiento del mundo, una vez que las ciencias y la técnica se han erigido en explicaciones generales y completas de la realidad. De otro lado, Heidegger abandonaba la concepción de un saber filosófico entendido como reflexión racional, al abogar por una tarea del pensamiento que se propone como principal meta indagar el sentido último de la vida, ya que «el ser no se explica, se vive» y «el mundo no se razona se habita»⁽¹⁶⁾.

Por la vía de una suplantación de la Filosofía por la ciencia, o de la sustitución del saber racional por una forma de pensamiento místico se llega a un resultado común: la negación de la Filosofía.

5. SENTIDO ACTUAL DE LA FILOSOFÍA

A las actitudes pesimistas, escepticas y negadoras del pensamiento filosófico cabría oponerse, parafraseando un conocido fragmento del *Don*

⁽¹⁵⁾ L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. cast. de E. Tierno Galván, Editorial, Revista de Occidente, Madrid, 1957, p. 191 (§ 6.53).

⁽¹⁶⁾ M. Heidegger, «El final de la Filosofía y la tarea del pensar», en su vol. *¿Qué es Filosofía?*, trad. cast., de J. L. Molinuevo, Narcea, Madrid, 2ª. ed., 1980, pp. 96 ss.

Juan Tenorio de José Zorrilla, que la Filosofía es un muerto que «goza de buena salud».

Para Heidegger por ejemplo, el final de la Filosofía se debe a que ésta ha abdicado de su función explicativa del mundo y de su tarea de racionalizar la vida. Vida y mundo, se conciben en sus tesis, como una especie de dogmas laicos, dejan de ser los objetos de una explicación racional para convertirse en reductos del sentimiento o la emotividad. No huelga recordar, como enfoque antitético, que la Filosofía era para el más importante filósofo español de nuestro siglo, Ortega y Gasset «raciovitalismo»; es decir, la concepción de la vida como presupuesto y objeto del despliegue histórico de la razón.

Hoy sigue vigente la función de la Filosofía como indagación racional y crítico-valorativa de la realidad y de la vida, sin que, por tanto, deba claudicar ante el irracionalismo o el cientificismo. Compete también en nuestro tiempo a la Filosofía constituir una especie de vía media entre el absolutismo dogmático de la fe metafísica y la neutralidad agnóstica de la ciencia⁽¹⁷⁾.

El cumplimiento de esta tarea se desglosa en las tres grandes cuestiones en que desde el pensamiento clásico griego se ha traducido la indagación filosófica: una reflexión sobre el conocer, el ser y el deber ser⁽¹⁸⁾.

a) La Filosofía ha consistido históricamente en un método, o un conjunto de métodos dirigidos a *conocer* la realidad. Para ese conocimiento la Filosofía no sólo puede, sino que debe, servirse de las aportaciones de las ciencias. Hoy, por ejemplo, no sería admisible una concepción de la racionalidad y, en consecuencia de la propia noción de persona humana, basada en la supuesta aptitud inimitable de la inteligencia de los seres humanos para establecer deducciones lógicas o extraer conclusiones de premisas silogísticas, desde el momento en que esas operaciones son realizadas por los dispositivos informáticos con idéntica exactitud y mucha mayor celeridad que las personas. Una Filosofía anclada en esos presupuestos antropológicos del pasado podría llevar a la paradoja inaceptable de inferir que el ser humano por excelencia es un ordenador electrónico.

(17) Vid., sobre ello, N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 16 ss.

(18) Ha insistido en ello, E. Luño Peña en su: *Derecho Natural*, La Horniña de Oro, Barcelona, 5ª. ed., 1968, pp. 66 ss.

De la evidencia de que el conocimiento filosófico no puede elaborarse de espaldas a la evolución de la técnica y de la ciencia, no debe derivarse el prejuicio «cientificista» de que el saber filosófico está condenado a ser una mera reiteración de los postulados científicos. Como se ha tenido ocasión de indicar anteriormente, esa tesis propia del positivismo y del neopositivismo, conduce a la negación de la Filosofía. Ortega advirtió frente a los riesgos de lo que, en certeras expresiones, denominaba: «imperialismo de la Física» y «terrorismo de laboratorio» con referencia a aquellos intentos de convertir el saber científico en un conjunto de postulados absolutos e irrefutables⁽¹⁹⁾. Una concepción que, por lo demás, contrastaría con la moderna idea del conocimiento científico cuyo progreso es visto por Karl Popper como una sucesión de «conjeturas y refutaciones»; y que determina que un postulado para ser científico deba ser «falsable», es decir, susceptible de poder ser invalidado por otra tesis científica mejor fundada⁽²⁰⁾.

Jürgen Habermas ha advertido también de los riesgos que comporta el científicismo, que tiende a identificar la totalidad del conocimiento por la ciencia y que «refuerza un concepto general de ciencia que justifica los mecanismos de control tecnocrático y que excluye los procedimientos racionales en la clarificación de las cuestiones prácticas»⁽²¹⁾.

La Filosofía que se apoya en los avances y aportaciones del conocimiento científico, contribuye, a su vez, a clarificar y ampliar las perspectivas de enfoque de las diversas ciencias. Tiene razón Paul Lorenzen cuando indica: «La Filosofía proporciona el *Orto* básico para todas las ciencias. Aunque ella no puede satisfacer inmediatamente las necesidades humanas, sirve a éstas a través de las ciencias. La Filosofía es semejante a un paralítico que no puede mover nada sin ayuda de colaboradores. Pero las ciencias son como la gente que trabaja en la obscuridad, si no usan la luz de la Filosofía para ver cómo se relacionan con las necesidades humanas»⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ J. Ortega y Gasset, «¿Por qué se vuelve a la Filosofía?», en *Obras completas*, Revista de Occidente & Alianza, Madrid, 1983, vol. 4, pp. 89 ss.; id., «Bronca en la Física» ibíd., vol. 5, pp. 271 ss.; id., «¿Qué es Filosofía?», ibíd., vol. 7, pp. 287 ss.

⁽²⁰⁾ K. Popper, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, trad. cast. de N. Míguez, Paidós, Buenos Aires, 1967.

⁽²¹⁾ J. Habermas, «¿Para qué seguir con la Filosofía?», cit., p. 31.

⁽²²⁾ P. Lorenzen, «Constructivismo material», en el vol. col. *La lechuza de Minerva ¿Qué es Filosofía?*, cit., p. 140.

En el desarrollo de las formas de conocimiento filosófico, sigue plena de sentido para el presente la enseñanza metódica de Giambattista Vico compendiada en su célebre principio *verum ipsum factum*. Con dicho principio se quiere expresar que el conocimiento, o la verdad, coincide con lo que se hace, es decir, que sólo conoce las cosas quien las hace. Estas premisas, que implican la vinculación entre la teoría y la praxis, han sido objeto de estimulantes desarrollos por parte de las teorías rehabilitadoras de la racionalidad práctica⁽²³⁾.

Incumbe un notable protagonismo en los procesos cognoscitivos de nuestro siglo, al análisis del lenguaje. Como es notorio, el *Tractatus logico-philosophicus* del primer Wittgenstein supuso la irrupción de lo que se ha denominado «giro lingüístico» en todas las esferas de la Filosofía. Con ello, se quería aludir al protagonismo fundamental que asume el lenguaje como instrumento cognoscitivo y comunicativo en la cultura del presente. La Filosofía, a tenor de los postulados neopositivistas, debía abandonar cualquier pretensión metafísica de búsqueda de conceptos o valores absolutos, para limitarse a una función metodológica circunscrita a clarificar, depurar y sistematizar el lenguaje.

No sería lícito omitir que, en la hora presente, coexisten junto a las doctrinas gnoseológicas hasta aquí apuntadas, otras que representan una crítica frontal de los métodos de conocimiento filosófico. Entre los defensores de estas tesis debe incluirse a Paul Feyerabend, propugnador de un anarquismo metódico, que sintetiza en la máxima según la cual en el conocimiento de la realidad «todo vale» (*all goes*)⁽²⁴⁾.

Este aserto lleva en sí mismo su propia contradicción, porque tomado al pie de la letra significa que en los procesos de conocimiento todo vale, salvo utilizar métodos que impliquen orden, rigor y racionalidad; luego, no todo vale. Además esta divisa antimetódica denuncia su propia falacia, cuando para llevarse a cabo recurre a tratados en los que se sucede una serie de tesis y argumentaciones que, consciente o inconscientemente, responden a una lógica, aunque sea peculiar, y a un determinado orden expositivo.

(23) Cfr. sobre todo ello, A. E. Pérez Luño, «Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica», en *Cuadernos sobre Vico*, 1995-1996, ns. 5-6, pp. 123 ss.

(24) P. Feyerabend, *Tratado contra el método*, trad. cast. D. Ribes, Tecnos, Madrid, 1981.

b) Los métodos de conocimiento filosófico se proyectan sobre la *realidad* en su acepción más amplia. No obstante, dentro de la noción omnicomprendensiva de la realidad, del ser en su expresión más plena, la investigación filosófica privilegia un aspecto básico: la propia vida humana.

La teoría de Vico de que sólo se conoce lo que se hace, no es únicamente un método de acceso a la realidad, sino una forma de concebirla. Estas premisas condujeron a Vico a considerar la Historia, en cuanto *res gesta*, es decir, en cuanto el producto de lo que los hombres hacen, como el objeto principal de la reflexión filosófica⁽²⁵⁾.

Ortega y Gasset, al desarrollar el pensamiento de Wilhelm Dilthey sobre la experiencia vital, ve en ella el campo de gravitación de la razón. El raciovitalismo orteguiano será un intento de conjugar la vida y la razón como categorías filosóficas básicas. A su entender, ni siquiera el pensar puede considerarse como algo anterior al vivir porque el pensamiento es un aspecto de la propia vida. La tarea de indagar y explicar la realidad, es fruto de los propios estímulos y apremios de la vida. «Si hago Filosofía —en palabras de Ortega— es por algo previo, porque quiero saber qué es el Universo, y esta curiosidad, a su vez, existe gracias a que la siento como un afán de mi vida que está inquieta acerca de sí misma, que se encuentra, tal vez, perdida en sí misma. En suma, cualquiera realidad que queramos poner como primaria, hallamos que supone nuestra vida y que el ponerla es ya un acto vital, es *vivir*»⁽²⁶⁾.

El vitalismo filosófico, como revalorización del valor de la vida en cuanto tal y en sus diversas posibilidades de expresión y, por consiguiente, de realidad, fue el tema central de la enseñanza de pensadores como Bergson, Dilthey y, como se ha indicado Ortega, que caló y halló amplia acogida en la cultura española de las primeras décadas de nuestro siglo. Baste recordar los versos de Antonio Machado escritos en el Puerto de Santa María en 1915:

(25) Vid., A. E. Pérez Luño, «Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica», cit., pp. 129 ss.

(26) J. Ortega y Gasset, «¿Qué es Filosofía?», cit., p. 424.

«Sobre la blanca arena aparece un caimán,
que muerde ahincadamente en el bronce de Kant.
Tus formas, tus principios y tus categorías,
redes que el mar escupe, enjutas y vacías.
Kratilo ha sonreído y arrugado Zenón
el ceño, adivinando a M. de Bergson...
Si quieres saber algo del mar, vuelve otra vez,
un poco pescador y un tanto pez»⁽²⁷⁾.

No huelga insistir que la apelación a la experiencia vital no significa, en las tesis apuntadas, una concesión a cualquier tipo de vitalismo de signo irracional o emotivista. Se trata siempre de conectar la razón con la vida, evitando el irracionalismo, pero también la reducción de la Filosofía a un racionalismo mecánico cientificista (positivismo), o a un racionalismo abstracto (idealismo).

c) La reflexión filosófica sobre el conocer y el ser culmina en la determinación de los postulados del *deber ser*. En ese sentido, cabría entender, la tantas veces invocada, undécima tesis de Karl Marx sobre Ludwig Feuerbach, a tenor de la cual: «Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de *transformarlo*»⁽²⁸⁾.

Ello no significa que todos los intentos de interpretar o explicar la realidad sean inútiles, o carezcan de sentido. Cualquier propuesta transformadora del mundo debe ir precedida de «interpretaciones» sobre qué es lo que se quiere cambiar, porqué y cómo se va a realizar el cambio. Lo que esta tesis tiene de certero es su exigencia de que el pensamiento filosófico no se agote en el conocimiento y la explicación del ser, si no que se cuestione si aquello que «es» merece «deber ser»⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ A. Machado, *Soledades*, XXXVII, *Apuntes, parábolas, proverbios y cantares*, en *Poetas Completas*, ed. de O. Macrí, Espasa & Fundación Antonio Machado, Madrid, 1989, p. 783.

⁽²⁸⁾ K. Marx, «Tesis sobre Feuerbach», en *Obras escogidas*, trad. cast., Editorial Progreso, Moscú, 1973, vol. I, p. 10.

⁽²⁹⁾ H. Marcuse, *Razón y revolución*, trad. cast., de J. Fombona de Suere y F. Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1971.

La función de la Filosofía no puede quedar reducida a la mera contemplación (o peor, a la autocomplacencia) del mundo real; máxime cuando la realidad, muchas veces, contradice abiertamente a la razón⁽³⁰⁾. Por eso, después de la tragedia que supusieron los crímenes contra la humanidad perpetrados por el nazismo, en especial a través de los campos de exterminio, cobran pleno sentido las palabras de Theodor Adorno: «Después de Auschwitz, la sensibilidad no puede menos de ver en toda afirmación de la positividad de la existencia una charlatanería, una injusticia para con las víctimas y tiene que rebelarse contra la extracción de un sentido, por abstracto que sea, de aquel trágico destino»⁽³¹⁾.

La racionalidad práctica ha tendido a evitar que la Filosofía se contente con una mera contemplación o aceptación pasiva de la existencia. Por ello, las reflexiones sobre el conocimiento y la explicación de la realidad tienen que completarse con juicios y programas de deber ser. Es significativo que uno de los principales exponentes de la Filosofía de la ciencia en nuestro tiempo, Bertrand Russell, haya escrito en las últimas páginas de uno de sus trabajos más divulgados, que existe un amplio campo en la Filosofía para el cual los métodos científicos son inadecuados. Este campo comprende cuestiones de fundamental importancia. Así, la sola ciencia no puede, por ejemplo, demostrar que sea una cosa mala el gozar con la imposición de penas corporales. Todo lo que se puede saber –nos dice Russell–

⁽³⁰⁾ La célebre máxima de Hegel en su prólogo a sus *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho* (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821) a tenor de la cual: «todo lo que es real es racional; todo lo que es racional es real», ha sido frecuentemente considerada como un símbolo de la claudicación de la razón ante los hechos, o de la legitimación racional de cualquier realidad. Pero cabe una interpretación alternativa, que exprese la exigencia de que la realidad se acomode a la razón. Así, por ejemplo, Heinrich Heine relata una conversación con Hegel en la que le expresó la profunda inquietud que le producía el sentido servil de la máxima hegeliana. «Una vez que notó mi impaciencia –son palabras de Heine– contra la sentencia «todo lo que es real es racional», él sonrió curiosamente y me hizo observar que eso también puede querer decir: «todo lo que es racional tiene que ser real». Miró ansiosamente en torno suyo, pero se tranquilizó al comprobar que sólo le había oído Heinrich Beer», *Religión y Filosofía en Alemania*, en *Obras*, ed. cast., a cargo de M. Sacristán, Vergara, Barcelona, 1964, p. 710, nota 31.

⁽³¹⁾ Th. Adorno, «Después de Auschwitz», su *Dialéctica negativa*, ver esp. de J. M. Ripalda, Taurus, Madrid, 1975, p. 361.

se puede saber por medio de la ciencia, pero lo que es legítimamente materia del sentimiento queda fuera de su terreno. La Filosofía en el decurso de su historia se ha considerado formada por dos partes: de un lado por una teoría en torno a la naturaleza del mundo, de otro por una doctrina ética y política sobre la mejor manera de vivir⁽³²⁾.

6. LA FILOSOFÍA COMO CRÍTICA

Compete, por tanto a la Filosofía una función crítica de las formas de vida en que se concreta la existencia humana. Si bien, la aceptación de la tarea crítica de la Filosofía, algo que es ampliamente aceptado en la actualidad exige unas precisiones. Advierte sobre ello Gustavo Bueno que «muy pocos hombres de hoy consideran ajeno el predicado de «crítico» «prácticamente ningún profesor de Filosofía dejará de reivindicar la condición crítica de su propia posición»⁽³³⁾.

Bueno detecta cuatro grandes modalidades de corrientes filosóficas heterogéneas que actualmente se autocalifican de «críticas»: el espiritualismo onto-teológico «racional»; el materialismo; el humanismo hermenéutico; y el agnosticismo o el escepticismo⁽³⁴⁾.

Es posible que buena parte de las imprecisiones y equívocos que suscita la expresión «Filosofía crítica», se deban a que en una acepción amplia y genérica toda Filosofía es en cierta medida crítica; a que la crítica es algo inherente a la actitud filosófica desde sus orígenes. Ortega y Gasset ironizaba sobre la raíz etimológica del término «Filosofía». En su opinión: «ninguna disciplina ha sufrido tanto como la nuestra de la ridiculez de su nombre. Piensen ustedes: *Filosofía*=*amante de Sofía*. ¿Cabe nada más cursi? Piensen ustedes: *Filosofía*=*amante de la sabiduría*. ¿Cabe nada más vago?»⁽³⁵⁾. No obstante las ironías de Ortega no están, en este caso, justificadas. Con razón ha indicado Martin Heidegger que la raíz etimológica de «amor a la sabiduría», expresa una actitud de esfuerzo continuado hacia la conquista del saber.

⁽³²⁾ B. Russell, *History of Western Philosophy*, Allen & Unwin, London, 2ª. ed., 1961, pp. 786-788.

⁽³³⁾ G. Bueno, *¿Qué es la Filosofía?*, cit., p. 43.

⁽³⁴⁾ *Ibíd.*, p. 47.

⁽³⁵⁾ J. Ortega y Gasset, «La razón histórica» en *Obras completas*, cit., vol. 12, p. 170.

Los filósofos griegos no se autodenominaron «sabios», sino que se vieron asímismos como quienes buscan, desean o quieren (aman) el saber. Con ello evitaron caer en la autosuficiencia y la absolutización de sus conocimientos⁽³⁶⁾. Es evidente, por tanto, que la raíz etimológica de la Filosofía evoca una cierta idea crítica, en cuanto reconocimiento de la provisoriedad de los propios saberes.

Junto a esa acepción genérica de lo que significa la dimensión crítica del filosofar, se puede también avanzar una acepción estricta. Así, ante la falta de consenso y la consiguiente ambigüedad y equívocidad actuales de lo que significa «crítica», Gustavo Bueno propugna tomar como prototipo de ese término al *Teatro crítico universal* de Benito Jerónimo Feijoo, en el que se contiene un compendio paradigmático de la cultura ilustrada. Entiende Bueno que una Filosofía será crítica cuando clarifique los parámetros desde los que lleva a cabo las tareas de discriminación, distinción y comparación; sus clasificaciones y valoraciones. Esos parámetros serán críticos cuando, en la hora presente, tomen partido en favor de ciertas premisas científicas y postulados éticos. La Filosofía será crítica cuando acepte determinados paradigmas del presente, pero dado que en el presente coexisten una pluralidad de formas culturales diversas, será preciso no caer en un relativismo cultural. Para evitarlo, la Filosofía será fiel a su exigencia crítica en la medida en que en sus parámetros del presente «se encuentren contenidos *universales*, es decir, no circunscribibles a una cultura o a una sociedad determinada, sino trascendentales (en sentido positivo) a todas ellas, entonces la Filosofía, a la vez que inmersa en una cultura que *toma partido* por tales contenidos, dejará de ser relativa a ella para poder presentarse, desde ella, como trascendental (y, en este sentido, como *praeter cultural*)»⁽³⁷⁾.

El planteamiento del profesor Gustavo Bueno es, sin duda, sugerente y clarificador. No obstante, quizás no sea inoportuno añadir que la dimensión crítica de la Filosofía, en su acepción estricta y actual, resulta impensable al margen del paradigma de la modernidad. La Filosofía crítica, se forja en el seno de los procesos de formación y desarrollo del pensamiento

⁽³⁶⁾ M. Heidegger, *Brief über den Humanismus*, en su vol. *Wegmarken*, Glostermann, Frankfurt, 1967, pp. 194 ss.

⁽³⁷⁾ G. Bueno, *¿Qué es la filosofía?*, cit., p. 49.

humanista ilustrado. Por eso, su punto de arranque puede situarse en algunas de las reglas que Descartes consagra en su *Discurso del método*. Especialmente en lo que se desprende de sus reglas primera y cuarta. Aquélla insistiendo en la necesidad de no aceptar ninguna cosa de la que no conste su evidencia, evitando así la precipitación y falta de fundamento de los juicios; ésta prescribiendo la revisión constante de la tarea realizada, para evitar omisiones y dejar abierta siempre la posibilidad de perfeccionar la propia investigación⁽³⁸⁾.

La Filosofía crítica se nutre de los grandes valores del humanismo ilustrado moderno: la dignidad humana, la igualdad, la tolerancia, la fraternidad, la paz..., que conformaron los «criterios» para medir (o legitimar) las instituciones jurídico-políticas y que culminan la tradición del iusnaturalismo racionalista y del contractualismo. A su vez, esos valores serán objeto de un despliegue que se prolonga hasta el presente en la teoría y en la práctica de los Derechos humanos⁽³⁹⁾.

Quizás convenga apuntar que la tesis de Gustavo Bueno no es incompatible con la que sostengo o con la aquí sostenida, que vincula la Filosofía crítica con el paradigma de la modernidad. Cuando Bueno cifra la Filosofía crítica en parámetros de evidencia científica y ética, no contradice la racionalidad crítica kantiana y, por tanto, moderna que se explicita en una racionalidad pura o teórica, que no puede ser ajena a los postulados científicos, y una racionalidad práctica que tiende a descubrir y fundamentar los grandes valores éticos. Además la apelación de Bueno a «criterios éticos universales» y «trascendentales», en cuanto superadores del relativismo cultural, coincide plenamente con el principio de universalidad sobre el que se edifica la ética kantiana basada en el imperativo categórico y que tiene su correlato jurídico en la universalidad de los Derechos y el cosmopolitismo⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ R. Descartes, *Discurso del método*, ed. cast. a cargo de J. C. Garca Borrn, Bruguera, Barcelona, 1968, pp. 89-90.

⁽³⁹⁾ Cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5ª. ed., 1995, pp. 115 ss.

⁽⁴⁰⁾ Vid., sobre todo ello, A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los Derechos*, en curso de publicación.

La Filosofía posee, en definitiva, una irrenunciable dimensión crítica que básicamente se expresa en la clarificación del conocimiento y en la fundamentación de los valores que «deben ser» los criterios de orientación y medida de la vida práctica.

7. EL SENTIDO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Las tres dimensiones de la Filosofía hasta aquí expuestas se proyectan sobre los diferentes sectores de la realidad y, por tanto, también sobre la realidad jurídica. El sentido y la relevancia actuales de la Filosofía para el Derecho se derivan, de la respectiva incidencia de cada una de estas dimensiones en otros tantos sectores de la experiencia jurídica.

a) La dimensión **cognoscitiva** o lógica de la Filosofía cumple hoy un papel decisivo en la conformación de los **métodos** de investigación elaboración y aplicación del Derecho. Al promediar nuestro siglo.

Francesco Carnelutti advertía que existe una materia jurídica, pero no un método jurídico; el método debe adaptarse a la materia sobre la que se proyecta, pero la vía de acceso al conocimiento es una sola. Se trata, en opinión de Carnelutti de una vía problemática y dificultosa por la que discurren los esfuerzos de filósofos, matemáticos, físicos, biólogos, historiadores y juristas⁽⁴¹⁾.

No huelga recordar que Hans Kelsen llegó, en su importante obra póstuma sobre la *Teoría general de las normas* a una conclusión muy próxima a la de Carnelutti. Kelsen, que durante gran parte de nuestro siglo había sido el gran defensor de una teoría «pura» del Derecho, es decir, de un método peculiarmente jurídico, basado en el análisis formal de las normas, invierte su punto de vista en la gran obra de su madurez. «No se puede hablar de una lógica específicamente «jurídica». Es la lógica general la que se aplica tanto a las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica, como a las normas prescriptivas del Derecho, en la medida en que la lógica les puede ser aplicada»⁽⁴²⁾.

(41) F. Carnelutti, «Nuove riflessioni intorno al metodo» en sus *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, Padova, 1961, vol. III, p. 240.

(42) H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, ed. a cargo de K. Ringhofer y R. Walter, Manzsche Verlag-und Universitätsbuch-andlung, Wien, 1979, p. 220.

El Derecho es, por tanto, deudor de la lógica general en aquellos aspectos en los que la experiencia jurídica es susceptible de ser analizada desde presupuestos metodológicos lógico-formales. En este punto reviste hoy interés especial la posibilidad de aplicar la informática al conocimiento, elaboración y decisión en el Derecho. La actitud frente a esas proyecciones informáticas por parte de los filósofos del Derecho suelen responder a las polaridades de un **dilema**, que se puede expresar en los siguientes términos: o defienden la posibilidad de una plena y absoluta formalización lógica del Derecho, lo que implica desconocer aquellos aspectos normativos y del razonamiento jurídico que no son reductibles a esquemas lógico-formales; o identifican el razonamiento jurídico y el Derecho en su conjunto con la esfera de la incertidumbre, la intuición, la decisión y/o el arbitrio, lo que equivale a dejar en la penumbra todos los ámbitos y procesos jurídicos que responden a criterios de racionalidad. La difusión, en la Filosofía y la teoría del Derecho de los años sesenta y setenta, de las diversas versiones del positivismo jurídico de carácter normativo, lógico y analítico-lingüístico potenciaron de la primera opción. Asimismo, la reconstrucción de determinados presupuestos iusnaturalistas *lato sensu* en los últimos años, manifestada por una revalorización de la axiología jurídica basada en la justicia y los Derechos humanos, de la racionalidad práctica y las teorías argumentativas, de la función normativa de los principios..., ha servido de estímulo para la segunda. Para la superación de ese dilema resultan muy útiles las teorías *integradoras* en lo que contribuyen a ofrecer una pluralidad de enfoques del Derecho. No obstante, estimo que la actitud integradora extrínseca debe ser completada por una integración intrínseca, es decir, no circunscrita a compaginar diferentes doctrinas sobre el Derecho, sino a insistir en la necesaria conexión entre las tres grandes dimensiones (sociedad, normatividad, y valores) que conforman la experiencia jurídica⁽⁴³⁾.

Tampoco debe ser omitida la difusión presente de las proyecciones metódicas de la Filosofía analítica en el Derecho. El análisis del lenguaje ha cifrado como una de sus principales metas en el ámbito jurídico el dotar a la ciencia y a la Filosofía del Derecho de un lenguaje riguroso. Para ello se ha dirigido a esclarecer el significado de los términos fundamentales que

(43) A.E. Pérez Luño, *Manual de informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 197 ss.

aparecen en el discurso jurídico. Su principal preocupación metódica ha sido la de purificar los dominios del Derecho de conceptos inútiles o equívocos desde el punto de vista teórico o de nociones destinadas a enmascarar la realidad desde el plano ideológico.

Como toda doctrina que alcanza una amplia difusión, el análisis del lenguaje jurídico ha pagado tributo al exceso. El rigor, la medida y la amplitud de horizontes teóricos desde los que autores como: Bobbio, Hart, von Wright, Conte, Scarpelli, Carrió, Garzón Valdés... han planteado el análisis del lenguaje jurídico, no siempre ha gozado del debido eco en la pléyade de sus continuadores y acólitos.

Con razón se ha reprochado a la Filosofía analítica algo que también puede predicarse del análisis del lenguaje jurídico: «su estilística amanerada (prolijidad, uso de un repertorio convencional de fórmulas lógicas, enumeraciones escolásticas que sugieren análisis exhaustivos y círculo cerrado de citas de autores que a su vez se citan entre sí y todos a Wittgenstein, sugiriendo una *comunidad en marcha*)»⁽⁴⁴⁾.

Se ha acusado a la Filosofía analítica de que su pretendida objetividad y «asepsia ideológica» la han hecho acomodaticia y adaptable a las más diversas situaciones políticas siendo, en definitiva, «una Filosofía de profesores para profesores»⁽⁴⁵⁾.

Gustavo Bueno, a quién se deben estas apreciaciones críticas, señala, con evidente ironía, en otro lugar que no es necesario buscar sutilezas analíticas cuando tenemos «en la revista de tributación española el más alto nivel de finura analítica... ¿Es posible concebir un ensayo analítico superior a la descripción de la horchata en la que se explica que ni es líquida, ni es sólida? Ese texto deja en ridículo a todos los filósofos analíticos»⁽⁴⁶⁾.

Entiendo que, no obstante estas objeciones, la Filosofía analítica sigue constituyendo un método útil para abordar distintos aspectos del conocimiento jurídico. En relación con su significado pudieran hacerse cuatro precisiones:

⁽⁴⁴⁾ G. Bueno, *¿Qué es la filosofía?*, cit., p. 99.

⁽⁴⁵⁾ G. Bueno, *ibíd.*, pp. 99-100.

⁽⁴⁶⁾ Entrevista: «Gustavo Bueno, el sabio de Niembro», en *El Semanal*, 8/10/1995, p. 40.

- 1ª) Que el análisis del lenguaje constituye un procedimiento habitual y tradicional de los juristas (la última cita de Bueno, corrobora esa habitualidad e indispensabilidad del análisis del lenguaje en el Derecho) que es producto de que el Derecho se expresa siempre a través de determinados lenguajes (simbólicos, escritos u orales), al ser las normas jurídicas, en su dimensión externa, entidades lingüísticas.
- 2ª) Que, por ello, los métodos de análisis del lenguaje jurídico no constituyen un invento del presente (baste recordar el *modus operandi*, de los glosadores, los comentaristas o determinados representantes del historicismo jurídico), pero resulta innegable que tales métodos han sido potenciados y depurados por el neopositivismo y la Filosofía analítica de nuestro tiempo.
- 3ª) Que las críticas a la concepción analítica de la Filosofía del Derecho no deben entenderse como impugnaciones de los métodos de análisis del lenguaje jurídico, sino de la actitud reductivista de toda la Filosofía del Derecho al análisis del lenguaje; porque si resulta evidente que el Derecho es una forma de lenguaje, no lo es menos que no es sólo lenguaje (por estar integrado también de acciones, comportamientos, valores...).
- 4ª) Que la denuncia de asepsia e, incluso, del pretendido carácter acomodaticio de la Filosofía analítica, no debiera omitir la actitud decididamente democrática y el compromiso con las libertades de algunas de las figuras más representativas de ese pensamiento.

b) La Filosofía que contribuye a un mejor conocimiento del Derecho, ayuda también a posibilitar su **explicación**. En este aspecto son especialmente relevantes las tesis que han ubicado la reflexión sobre el Derecho a la propia vida humana. No huelga advertir que en el seno del pensamiento jurídico romano existió ya la firme convicción de la imposibilidad de separar la vida del Derecho. Especialmente ilustrativos al respecto son los *Tres Diálogos del Orador* debidos a Marco Tulio Cicerón. En ellos se da cuenta del coloquio entablado entre los integrantes del círculo jurídico formado por el propio Cicerón, Craso, Antonio el pontífice Scaevola y otros ilustres juristas. En uno de esos diálogos Craso y Antonio debaten «si el Derecho es para la vida, o el Derecho es la vida», mientras Craso argumenta en favor

de la primera tesis al decir que: «el Derecho es para la vida como norma reguladora de la conducta humana»; Antonio proclamará que «el Derecho es la propia vida» y por eso el cumplimiento de las funciones jurídicas exigirá un perspicaz y profundo conocimiento de la vida⁽⁴⁷⁾.

La conexión del Derecho con la vida ha permitido ofrecer una explicación contextualizada del Derecho, a partir de su significación histórica y social. Estos planteamientos que, a la postre, propugnan una concepción global e integradora de los distintos aspectos o dimensiones que conjuntamente conforman el Derecho han sido la principal preocupación de la Filosofía de la experiencia jurídica.

La Filosofía de la experiencia jurídica persigue ofrecer una concepción del Derecho que capte su entero desenvolvimiento, desde sus presupuestos sociales, a su formalización normativa y su valoración crítica.

Es sabido que cada época se distingue por una peculiaridad de intereses y sensibilidades. Al aproximarnos al fin del milenio, parece que la consigna cultural que mejor compendia las inquietudes de nuestro tiempo es la exigencia de *globalización*. Los problemas actuales del Derecho deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad. La sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas económicos, éticos, jurídicos y políticos. Por eso, la Filosofía de la experiencia jurídica se presenta como un cauce adecuado para explicar y captar la dinámica y compleja red de las conexiones globales del Derecho. La tendencia hacia la globalización viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del Derecho. Por eso parece que la concepción del Derecho como experiencia jurídica es la que mejor puede satisfacer los apremios globalizadores del presente.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., sobre todo ello, E. Luño Peña, *Moral de la situación y Derecho subjetivo*, Discurso Inaugural del Año Académico, 1954-55, Universidad de Barcelona, 1954, p. 8. Vid., también, Luis Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª. ed., 1945; J. Ruiz-Giménez, *Derecho y vida humana*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

Concebir el Derecho desde una perspectiva globalizadora implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de su realización práctica. Se trata, a la postre, de asumir que el Derecho postula un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia. En definitiva, la experiencia jurídica implica avanzar hacia una concepción omnicomprendensiva. Para ese propósito totalizador del Derecho nada parece estático, nada se muestra aislado. La Filosofía de la experiencia jurídica es el vértice que, con morfología de cúpula, es capaz de ofrecer una visión cabal de los múltiples aspectos conformadores de esa totalidad⁽⁴⁸⁾.

c) Incumbe a la Filosofía un papel decisivo en la determinación del **deber ser** jurídico. El jurista tiende a circunscribir su reflexión sobre el Derecho en las normas positivas, es decir, en el Derecho que «es», la Filosofía recuerda al jurista la necesidad de cotejar ese Derecho existente con el Derecho que «debe ser»; en otros términos, con el Derecho justo.

La filosofía, en cuanto sea auténtica «Filosofía crítica», en el sentido anteriormente expuesto, tiene que contribuir a clarificar el «deber ser» jurídico, a partir del discernimiento de los valores que fundamentan el Derecho. La dimensión crítico-valorativa de la Filosofía, al proyectarse sobre el Derecho, incide en diversos planos:

- i) Contribuye a ampliar el horizonte intelectual y las atribuciones del jurista. Lo primero, al fomentar la consciencia cultural de los operadores jurídicos impulsándoles y ayudándoles a contextualizar social e históricamente su concepción y elaboración del Derecho. Lo segundo, al evitar la angosta imagen de un jurista limitado a la mera exégesis legal, ya que la Filosofía le invita a cotejar el sistema normativo con los valores que lo fundamentan y orientan su crítica. De este modo el jurista se libera de la «torre de marfil», o del «círculo mágico», de categorías y conceptos cerrados, superando, de este modo, la visión que la Dogmática jurídica decimonónica había contribuido a forjar de los juristas. En una sociedad sometida a cambios acelerados y constantes se hace del todo perentorio

⁽⁴⁸⁾ Vid., A.E. Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, cit., en la nota 2, pp. 37 ss.; así como el Capítulo 2 de este libro.

ria esa flexibilidad y apertura mental de los juristas hacia el contexto en el que desenvuelven su función⁽⁴⁹⁾.

- ii) La Filosofía plantea al jurista la tensión entre el «ser» y el «deber ser» del Derecho; entre la legalidad y la legitimidad. La Filosofía permite al jurista determinar y elucidar los valores que conforman el sistema de legitimidad que debe servir de orientación y límite crítico de la legalidad. Esa tarea históricamente fue propiciada por el iusnaturalismo; no en vano el Derecho natural ha sido el cauce de penetración de los valores éticos en el Derecho. En nuestros días las exigencias iusnaturalistas y los postulados de la justicia se concretan en el sistema de los Derechos humanos, que constituyen el criterio de legitimidad definitorio de los Estados de Derecho.
- iii) La Filosofía, en cuanto tenga una orientación crítica, invita al jurista a un compromiso activo en la realización de los valores que integran el sistema de legitimidad del Derecho. Por coherencia intelectual y ética el jurista no puede limitarse a postular unos valores en la esfera de la reflexión jurídica sin que, al propio tiempo, no desarrolle el correspondiente esfuerzo por dotarles de eficacia y por hacer de ellos una experiencia tangible en la vida cotidiana de las sociedades democráticas.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. el Capítulo 8.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DEL DERECHO Y EXPERIENCIA JURÍDICA

SUMARIO: 1. Dificultades que plantea la conceptualización del Derecho; 2. Presupuestos filosóficos del concepto del Derecho; 2.1. Presupuestos gnoseológicos; 2.2. Presupuestos ontológicos; 2.2.1. El contorno del Derecho; 2.2.2. El dintorno del Derecho; 2.2.2.1. Derecho y usos sociales; 2.2.2.2. Derecho y moral; 2.3. Presupuestos deontológicos; 3. La definición general del Derecho: el Derecho como experiencia jurídica.

1. DIFICULTADES QUE PLANTEA LA CONCEPTUACIÓN DEL DERECHO

Existen pocas cuestiones, en el ámbito de los estudios jurídicos, que hayan motivado tan amplio y, en apariencia, estéril debate como aquella que hace referencia a la pregunta *quid ius?*, ¿qué cosa es el Derecho? En un conocido trabajo sobre la materia Herbert Hart ha puesto de relieve la carencia de una amplia literatura dedicada a la resolución del problema de ¿qué es la química?, o de ¿qué es la medicina?, como lógicamente debiera existir en correspondencia al interrogante *quid ius?* En general, unas pocas líneas en las primeras páginas de un libro de texto son todo lo que se propone a la consideración del estudioso de esas ciencias; y las soluciones que se ofrecen son muy diversas de las que se le brindan al investigador jurídico. Ninguno ha pensado nunca —observa Hart— que sea una posición aclaratoria o relevante sostener que la medicina consiste en «aquello que los médicos hacen en relación con las enfermedades», o bien «una predicción de aquello que los médicos harán». Sin embargo, en el campo del Derecho se han realizado afirmaciones a primera vista tan extrañas como éstas, y sobre ellas se ha polemizado, en ocasiones, con violencia⁽¹⁾.

⁽¹⁾ H. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 1-2.

Es evidente que en nuestro tiempo todavía siguen teniendo valor las consideraciones de Leibniz y Kant⁽²⁾ sobre la dificultad que entraña el arribo a una definición del Derecho, hasta el punto de que el problema ha podido ser calificado, con razón, de paradigma de ambigüedad⁽³⁾. Tengo para mí que de esta observación no hay por qué desprender conclusiones melancólicas a propósito de la esterilidad de las cavilaciones de los juristas en su secular tentativa de circunscribir el objeto de su propio estudio. Es probable que un médico, o un químico, no se hallarían en menos dificultades que un jurista si se les exigiera su definición de la medicina o de la química, y es posible que las respuestas que avanzaran fueran diversas, según el ángulo desde el que observasen el fenómeno por definir; sin que, en cualquier caso, faltaran las respuestas anodinas, retóricas o insignificantes, pecados de los que no se hallan exentas muchas de las nociones del Derecho propuestas por los juristas⁽⁴⁾. En favor de estos últimos debe también reconocerse la obstinada constancia con que han perseguido la delimitación del concepto del Derecho, dando así prueba de su inquietud metódica por la aclaración de sus saberes. Por otra parte, no puede soslayarse que la problematicidad inherente a la investigación jurídica reside en que ésta se propone averiguar el *quid ius?*, el por qué intrínseco del Derecho, no contentándose con el *quid iuris?*, la descripción de cómo existe esa realidad mediante la mera constancia empírica de los hechos jurídicos concretos. La diferencia entre ambas actitudes halló brillante expresión en el pensamiento de Kant, para quien, como es sabido, si no se desea caer en tautologías, o remitir a lo que las leyes disponen en un país y en una época, en lugar de ofrecer una respuesta de carácter general, la pregunta ¿qué es el Derecho?

(2) *Juris et justitiae notiones*—escribía G. W. Leibniz—, *etiam post tot praeclaros scriptores, nescio an satis liquidae habeantur*. *De actorum publicorum usu atque de principis juris naturae et gentium primae codicis juris gentium diplomatica parti praefixa*, en *Opera omnia*, ed. de L. Dutens, Genève, 1768, vol. IV, III. Es bien conocida la máxima de I. Kant a tenor de la cual: «Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht». *Kritik der reinen Vernunft*, en *Kants gesammelte Schriften*, ed. de la Preussische Akademie der Wissenschaften. Berlin, 1911, vol. III, p. 479 nota.

(3) Así lo ha manifestado R. Sartorius al señalar que: «It is obvious -but important, seldom denied- but often disregarded, that the question What is law? is a paradigm of ambiguity». «The Concept of Law», en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1966, p. 161.

(4) Cfr. G. Lumia, *Il diritto tra le due culture*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 169-170.

tiene que sumir al jurista en la misma perplejidad que al lógico la pregunta ¿qué es la verdad? El jurista puede decirnos qué es Derecho en un momento concreto (*quid sit iuris*), esto es, lo que las leyes prescriben o han prescrito en un lugar y tiempo determinados; pero para saber si lo que las leyes disponen es justo, y cuál es el criterio general para distinguir lo justo de lo injusto, deberá abandonar por algún tiempo los principios empíricos y buscar el fundamento de aquellos juicios en la razón –para lo que aquellas leyes pueden servirle perfectamente de guía–, a fin de sentar así las bases para una posible legislación positiva. «Una teoría del Derecho meramente empírica –concluye Kant–, es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso»⁽⁵⁾.

Conceptuar el Derecho no es describirlo; implica además una explicación racional que procure abarcar todas las posibles acepciones del término, intentando delimitar el ámbito de toda experiencia jurídica posible. Es evidente que dicha experiencia deberá buscarse inicialmente en los diversos hechos jurídicos de las distintas épocas y sistemas, pero teniendo presente la advertencia kantiana de que la descripción empírica del Derecho no agota el ámbito de la juridicidad. Se hace preciso, por tanto, recurrir a ese proceso de abstracción y generalización que toda actividad definitoria comporta, de tal forma que ninguna experiencia relevante para el Derecho se sustraiga al concepto de juridicidad. El concepto de triángulo –enseñaba Olgiati– no es una parte, un sector común a todos los triángulos pasados, presentes y futuros, pero no existió ni existirá jamás un triángulo que pueda evadir a su concepto. Asimismo, en el campo del Derecho no existe, ni ha existido nunca el concepto de juridicidad en sí, si no en la mente de Platón y de los filósofos; lo que existe o ha existido es el Derecho romano, egipcio, italiano, francés o alemán, y el Derecho público y privado de un Estado, pero si estos hechos tienen realmente naturaleza jurídica, en cada uno de ellos deberá darse la nota de la juridicidad⁽⁶⁾.

(5) I. Kant, *Introducción a la teoría del Derecho*, vers. cast. e intr. de F. González Vicen, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pp. 78-79.

(6) F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso D'Aquino*, *Vita e pensiero*, Milano, 2ª. ed., 1944, p. 6.

Ahora bien, indagar el concepto del Derecho en su compleja unidad, por encima de las parciales delimitaciones desde las que lo estudian las diversas disciplinas jurídicas particulares, es tarea que desde antiguo se asigna a la filosofía del Derecho. Ésta tiene como principal misión la: contemplación total del Derecho, que se esfuerza en ahondar en su contenido esencial, para, sobre esta base, encontrar el lazo espiritual que vincula entre sí a todos los fenómenos individuales en el Derecho⁽⁷⁾.

Tal exigencia de la filosofía jurídica ha hallado eco en una importante corriente doctrinal de nuestro siglo, que ha pretendido superar las identificaciones tradicionales del Derecho con diversos aspectos parciales del fenómeno jurídico recurriendo a la noción de «experiencia jurídica». No puede afirmarse que esta tendencia constituya un cuerpo de doctrina uniforme, ni menos aún una escuela⁽⁸⁾; pero es fácil descubrir en quienes se remiten al término «experiencia jurídica» un anhelo común por arribar a una conceptualización unitaria del Derecho a través de su significado concreto y completo. La idea de concreción ha conducido a los teóricos de la experiencia a investigar el Derecho en su vida efectiva, esto es, en su realidad histórica, antes que en conceptos abstractos y fórmulas ideales⁽⁹⁾. Por otro lado, constituye un leitmotiv de esta tendencia el afán de ofrecer una visión del Derecho que abarque su entero desenvolvimiento desde su génesis en la conciencia individual, para, a través de su plasmación consuetudinaria y legislativa y su individualización judicial, arribar a su elaboración crítica por la doctrina⁽¹⁰⁾.

(7) H. Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traduc. cast. de E. Gimbernat, Taurus, Madrid, 1968, p. 18.

(8) Así lo han puesto de relieve, entre otros: N. Matteucci, «Diritto e esperienza», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1953, p. 538; y E. Opocher, «Esperienza giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. XV, pp. 735 ss.

(9) Han insistido, de forma especial y desde diversas perspectivas, en la radical historicidad de la experiencia jurídica; G. Capograssi, «La esperienza giuridica nella storia», en *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. III, pp. 267 y ss.; G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1953; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2ª. ed. 1963; F. Sander, «Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1920-1921, pp. 511 y ss.; «Der Begriff der Rechtserfahrung», en *Logos*, 1923, pp. 285 y ss.

(10) Vid. sobre ello: A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 184-185; G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du*

Es cierto que la teoría de la experiencia jurídica no ha cristalizado todavía en una formulación precisa y definitiva⁽¹¹⁾; pero, en todo caso, la estimación de sus aportaciones abre una senda plena de posibilidades para abordar de forma sistemática el problema de la definición del Derecho; y es, precisamente, a través de esa senda por la que quisiera avanzar esta investigación.

2. PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DEL CONCEPTO DEL DERECHO

Se ha dicho que la filosofía se caracteriza por suponer una determinada actitud o forma de pensamiento y un determinado tipo de saber; pues bien, estas peculiaridades se manifiestan también en la Filosofía del Derecho cuando indaga la definición de lo jurídico. Así, como actitud la filosofía jurídica deberá traducirse en una búsqueda incondicionada de la realidad jurídica en su universalidad, al tiempo que como forma de conocimiento deberá reflejar el carácter integral y problemático que distingue al saber filosófico.

La palabra Derecho es evidente que no posee un sentido unívoco. Dejando a un lado su significación extrajurídica (idea de rectitud), en el ámbito estricto de lo jurídico asume una pluralidad de acepciones que, sin duda, responden a la diversidad de las perspectivas de enfoque desde las que se la contempla. En expresiones tales como «el Derecho romano», «el Derecho francés», «tengo Derecho a recibir mi salario», «no hay Derecho a que se me haga víctima de este abuso», la «ciencia del Derecho», «la carrera de Derecho» etcétera, la idea del Derecho viene expresada en distinto sentido y con dispar alcance.

droit. Pedone, París, 1935, pp. 52 y ss.; M. Reale, *O Direito como Experiência*, Saraiva, São Paulo, 1968, pp. 2 y ss.; L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México, 1971, pp. 99 y ss. He tratado de precisar el significado de la experiencia jurídica, distinguiéndola de otras concepciones actuales del Derecho, en particular, de las posturas sincretistas, olísticas, eclécticas, integracionistas..., en mi libro con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 40 ss.

(11) Con razón ha podido escribir E. Opocher al respecto que: «il concetto unitario del diritto come esperienza rappresenta una recente, faticosa, e non ancora del tutto incontrastata conquista...», *Lezioni di filosofia del diritto. Parte generale*, Cedam, Padova, 3ª. ed., 1965, p. 152.

Conviene tener presente que la variedad de definiciones que pueden predicarse de una realidad determinada depende necesariamente de un cambio en la propia realidad-objeto de definición, o bien, de un cambio en el punto de vista desde el que la misma viene estudiada⁽¹²⁾. Hay que convenir, por ello, en que esa compleja y multiforme realidad a la que denominamos «Derecho» se ha visto sujeta a sensibles mutaciones a lo largo de su devenir histórico (las diferencias entre los ordenamientos jurídicos primitivos y los modernos sistemas de Derecho son tan evidentes como notables). Pero, la pluralidad de definiciones no tan sólo se debe a una mutación en el objeto, ya que también las ópticas de enfoque de la realidad jurídica son numerosas y, por tanto, lo son las nociones que de la misma pueden ofrecerse.

La realidad —escribía Ortega—, precisamente por serlo y hallarse fuera de nuestras mentes individuales, sólo puede llegar a éstas multiplicándose en mil caras o haces ... Pero la realidad no puede ser mirada sino desde el punto de vista que cada cual ocupa, fatalmente, en el universo⁽¹³⁾.

La perspectiva juega, pues, un papel determinante en la actividad definitoria, y de igual modo que, tal como ejemplificaba Ortega, carecería de sentido la disputa de quien afirmara que la verdadera visión de la sierra del Guadarrama es la que se divisa desde Segovia, frente al que defendiera como exclusivamente cierta la que se vislumbra desde el Escorial, porque ambas vertientes de la misma realidad son distintas⁽¹⁴⁾, también carecen de fundamento gran parte de las polémicas entre juristas empeñados en imponer absolutamente su visión de una realidad —el Derecho—, que siendo única, asume en su plenitud una pluralidad de dimensiones. Tiene razón Bobbio cuando afirma que el término Derecho puede revestir mayor o menor extensión según la disciplina jurídica desde la que se pretenda estudiar su significado. Así, para un civilista el Derecho será exclusivamente el ordenamiento estatal; para un internacionalista lo será también el Derecho

(12) Cfr. F. Carnelutti, *Metodología del Derecho*, trad. cast. de A. Ossorio. UTEHA, México, 1940, pp. 62 y ss.; O. Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Helbing-Lichtenhahn, Basel, 1970, pp. 7-8; E. García Máynez, *La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Universidad Veracruzana, México, 2ª. ed. 1960, pp. 11 y ss.

(13) J. Ortega y Gasset, «Verdad y perspectiva», en *El espectador*, I, Espasa-Calpe, Madrid, 1966, p. 23.

(14) *Ibid.*

internacional; para un canonista habrá que ampliar el concepto del Derecho hasta abarcar en él al Derecho canónico; para un filósofo del Derecho o un sociólogo será Derecho la regla de cualquier sociedad organizada; y, finalmente, para un historiador lo serán no tan sólo las reglas del Derecho vigente, sino que se extenderá también a las que lo fueron en el pasado. Quien limita su campo de observación al Estado, tenderá a subrayar el elemento de la coacción, y a definir el Derecho como el conjunto de normas impuestas por la fuerza; mientras que quien amplíe su perspectiva hasta incluir sociedades distintas de la estatal, se hallará inclinado a disminuir la importancia de la coacción y a insistir en otros elementos, tales como la organización, definiendo el Derecho como el conjunto de reglas emanadas de cualquier grupo organizado⁽¹⁵⁾.

Estas consideraciones no deben conducir a la conclusión de que es imposible llegar a una noción unitaria del Derecho. No hay que olvidar, que entre el Derecho como realidad social, como norma emanada del Estado, y como ideal ético de justicia, existe una trabazón profunda cuyo alcance deberá ser elucidado en adelante. Para ello, la referida teoría de la experiencia jurídica puede brindar un sólido punto de apoyo, máxime si, teniendo presente el carácter primordialmente filosófico de esta investigación, se avanza, de algún modo, en la construcción de una auténtica filosofía de la experiencia jurídica. De forma que, teniendo presente la larga tradición enraizada en el pensamiento platónico de concebir el filosofar como una reflexión acerca del conocer (gnoseología), el ser (ontología) y el deber ser (deontología), sirvan estos tres momentos de pautas de desglose para esta indagación conceptual del Derecho⁽¹⁶⁾.

2.1. Presupuestos gnoseológicos

Para poder definir el Derecho es preciso establecer de antemano el tipo de definición de que se quiere hacer uso. El planteamiento de este problema presupone, por tanto, una elección en sede definitoria. Debe hacerse notar, sin embargo, que la formulación de una teoría de la defini-

⁽¹⁵⁾ N. Bobbio, «Diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1960, vol. p. 769.

⁽¹⁶⁾ Cfr. E. Luño Peña, *Derecho natural*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 5ª. ed., 1968, pp. 66-67.

ción no se plantea sólo como preliminar con respecto al concepto del Derecho, sino que es común a cualquier otro tipo de investigación o forma de actividad intelectual⁽¹⁷⁾.

El pensamiento del *Wiener Kreis* (Círculo de Viena), tendente a la reducción de la filosofía a la crítica del lenguaje efectuada mediante procedimientos lógicos⁽¹⁸⁾, ha ejercido una poderosa influencia en toda la moderna indagación gnoseológica y, particularmente, ha repercutido en la teoría de la definición⁽¹⁹⁾. Por otro lado, la impronta de este planteamiento se ha dejado también sentir en los dominios de lo jurídico⁽²⁰⁾. Así, para Kantorowicz el método erróneo en el ámbito de las definiciones del Derecho es el del realismo verbal, que en el terreno jurídico se ha traducido en la secular e infructuosa búsqueda de la esencia del Derecho, de la noción que reflejase su *Wesen* absoluto, aquello que lo distingue del resto de las cosas. Partiendo de que entre el concepto del Derecho y la realidad existe

(17) Cfr. I. Tebaldeschi, *La definizione del diritto*, Editoriale Arte e Storia, Roma, 1963, p. 17.

(18) Vid. A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Golanrz, London, 2ª ed., 1946; R. Carnap, *Philosophy and Logical Syntax*, Routledge, London, 1959; V. Kraft, *Der Wiener Kreis, Der Ursprung des Neopositivismus*, Springer, Wien, 1950.

(19) Así, por ejemplo: K. Ajdukiewicz, «Three Concepts of Definition», en *Logique et Analyse*, 1958, pp. 115 y ss.; C. G. Hempel, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago University Press, 1952; R. Robinson, *Definitions*, Oxford University Press, 1954.

(20) *Vid.*, entre otros, los trabajos de: L. Bagolini, «Analisi del linguaggio e definizioni del diritto», en su vol. *Visioni della giustizia e senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 127 y ss.; E. García Máynez, *Lógica del concepto jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1959; H. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1953; *The Concept of Law*, cit.; D. Horn, *Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer Semantischen Kommunikationstheorie*, Duncker-Humboldt, Berlin, 1966; «Rechtswissenschaft und Kommunikationstheorie», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1967, pp. 573 y ss.; E. J. Lampe, *Juristische Semantik*, Gehlen, Bad Hamburg-Berlin-Zürich, 1970; K. Olivecrona, «Legal Language and Reality», en el vol. *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs Merrill Co., Indianapolis, 1962, pp. 151 y ss.; A. Ross, «Definition in Legal Language», en *Logique et Analyse*, 1958, pp. 139 y ss.; U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milano, 1955; «La definizione nel diritto», en *Jus*, 1959, pp. 496 y ss.; «Contributo alla semantica del linguaggio normativo», en *Memorie dell'Accademia delle scienze di Torino*, 1959, pp. 1 y ss.; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974; G. Williams, «The Controversy Concerning the Word 'Law'», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1949-50, pp. 50 y ss.

un nexo metafísico que no se puede desconocer. «Esto demuestra –a juicio de Kantorowicz– que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la creencia antigua o, mejor, prehistórica en la magia verbal»⁽²¹⁾. El método correcto que este autor propone para evadir el círculo vicioso del realismo definitorio es el del pragmatismo conceptual. A su entender, una definición debe ser una proposición sobre la forma de entender un término en un ámbito determinado, respetando las reglas de uso del lenguaje en el que es utilizado o las que regulan la composición de neologismos. «El valor de nuestras definiciones respectivas –afirma– debe juzgarse por su utilidad comparada»⁽²²⁾.

También G. L. Williams plantea el problema de la definición del Derecho según las premisas de la moderna dirección analítico-lingüística. En su opinión, investigar sobre la naturaleza del concepto del Derecho no es otra cosa que preguntarse sobre el uso de este término en un determinado lenguaje. Por lo que carece de sentido la pretensión de hacer corresponder a la definición de la naturaleza del Derecho con hechos empíricamente verificables. Sólo la definición de un ordenamiento jurídico concreto puede ser cierta o falsa en relación con determinados hechos observables. Por el contrario, la definición del ordenamiento jurídico en general o la del Derecho en sí o por sí, no pueden ser ni verdaderas ni falsas, porque no pueden ser controladas con base en datos particulares, en cuanto se presentan como nociones universales y omnicomprendivas⁽²³⁾.

Las tesis de Kantorowicz y Williams nos permiten diferenciar con nitidez dos actitudes gnoseológicas abiertamente contrapuestas en el campo de la teoría de la definición:

a) La primera viene representada por quienes proponen una definición real; esto es, una expresión que recoja la esencia, lo que el objeto de la definición es en sí. En ella el *definiens* representaría la naturaleza esencial o atributos esenciales del *definiendum*. Esta forma de definición se halla estrechamente ligada a la tradición filosófica aristotélico-tomista.

(21) H. Kantorowicz, *La definición del Derecho*, trad. cast. de J.M. de la Vega, Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 34.

(22) *Ibid.*, p. 37.

(23) G. I. Williams, «The Controversy Concerning the Word 'Law'», cit., p. 69.

b) La segunda es la seguida por quienes defienden los postulados neopositivistas. Estos autores son partidarios de una definición nominal, la cual no se halla dirigida a individualizar el concepto «verdadero» del *definiendum*, sino simplemente a determinar las reglas de uso del mismo.

Un claro ejemplo de esta tendencia puede advertirse en los estudios de U. Scarpelli, que fiel a los postulados de la filosofía analítica subdistingue dentro de la definición nominal los siguientes tipos:

a') *Definiciones lexicales*, que son constataciones de usos lingüísticos y explicaciones de su significado a partir de cómo se aprecian en la praxis lingüística efectiva de las personas individuales y los grupos.

b') *Definiciones estipulativas*, entendidas como convenciones en torno a usos futuros del lenguaje. Se establece que en adelante, en cierto texto o cierto cuerpo lingüístico, una determinada expresión será empleada con un significado específico.

c') *Definiciones explicativas*, que se utilizan cuando se trata de conceptos que se hallan en los puntos claves de una cultura, sobre los que se condensan los planteamientos y orientaciones fundamentales constitutivos de la misma. Se trata de los conceptos sobre los que se proyecta, principalmente, el quehacer filosófico y en los que es preciso atenerse a aquello que con esos conceptos se entiende; entrar en el corazón de su significado en la cultura histórica a que pertenecen⁽²⁴⁾.

La definición explicativa supone una definición intermedia entre la definición lexical y la estipulativa. En efecto, la definición explicativa pretende como la lexical corresponder al uso; pero a diferencia de ésta no se esfuerza por recoger toda la variedad y transformaciones del uso, sino que se dirige a aferrar en los significados usuales, condensándolos y eventualmente reelaborándolos, el núcleo de mayor importancia y valor operativo, para llegar a un instrumento semántico preciso y eficiente, capaz de ofrecer, en la situación cultural en que será empleado, claridad y precisión. Así,

⁽²⁴⁾ U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 12-14. Vid., también, las obras de Scarpelli recogidas en la nota 20.

mientras la definición lexical se halla vinculada al pasado y la estipulativa se dirige al futuro, la definición explicativa parte de usos lingüísticos pasados para proyectarse a usos lingüísticos futuros, de tal manera que aun manteniendo los instrumentos semánticos del pasado, los mejora en su forma y en su función.

Dado que la definición lexical no resulta viable en la práctica, y la estipulativa es obviamente arbitraria, sólo la definición explicativa puede considerarse un instrumento útil. Sin embargo, el propio Scarpelli ha revelado la posibilidad de distinguir en el seno de la definición explicativa dos subespecies:

a) *Definiciones explicativas en sentido histórico*, en las que se tenderá a una delimitación amplia del concepto, tolerando y aun pretendiendo cierta elasticidad e irresolución, de manera que pueda cubrirse así la casuística complejidad de las vicisitudes históricas.

b) *Definiciones explicativas en sentido crítico*, en las que se pretenderá conseguir la mayor precisión y rigor, señalando los confines con la mayor nitidez, pues estas definiciones se dirigen a fundamentar la aceptación o el rechazo de concepciones, estructuras o modelos determinados⁽²⁵⁾.

La existencia en el campo de las definiciones nominales de definiciones explicativas en sentido histórico no es casual. Estimo que debe interpretarse como un progresivo acercamiento a la objetividad –al valor objetivo y concreto de la historia– en la actividad conceptuadora. Siendo éste un dato de indudable alcance sintomático a la hora de establecer un punto de encuentro entre las actitudes definitorias nominalistas y realistas. Ya que también desde la postura realista se ha venido advirtiendo la tendencia a concebir la correspondencia entre la definición y su objeto en términos de experiencia⁽²⁶⁾. Con lo que puede soslayarse el peligro que en-

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, pp. 18-19.

⁽²⁶⁾ Precisamente, en el terreno de la definición del Derecho aconsejaba F. Olgiati: «Partire dall'esperienza giuridica per elaborare il concetto di giuridicità: ecco il metodo ed il programma della filosofia dell'essere, la cui natura verrebbe deformata da chi trascurasse l'uno o l'altro punto», *Il concetto di giuridicità in San Tommaso D'Aquino*, cit., p. 7.

traña la remisión a esencias metafísicas trascendentes a la concreción de la historia.

En todo caso debe tenerse presente que la investigación gnoscológica no consigue darnos un concepto del Derecho, a lo sumo nos proporciona una serie de directrices que se debe tener en cuenta para su correcta obtención. No nos dice, por tanto, lo que es el Derecho, sino que más bien tiende a aclarar cómo debe ser definido el Derecho, teniendo presente que tal definición no es preliminar e independiente, por hallarse condicionada por la propia experiencia de lo jurídico⁽²⁷⁾. En efecto, toda definición del Derecho que no pretenda ser meramente verbal se dirige a suscitar en sus destinatarios un asentamiento práctico, y no meramente teórico sobre su contenido⁽²⁸⁾; en otras palabras, si pretende poseer una dimensión pragmática debe convencer a sus destinatario sobre la objetividad de sus presupuestos o las ventajas que con su adopción se derivarán para la vida jurídica. Con ello se avanza por el terreno de las relaciones entre el pensamiento y la realidad —*adecuatio rei et intellectus*—; y así la instancia gnoseológica desemboca en la ontología, en la medida en que a la indagación iusfilosófica le es necesario preguntarse por el ser del Derecho: por su intrínseca realidad.

2.2. Presupuestos ontológicos

El tema central de toda ontología jurídica es el de la determinación del concepto del Derecho⁽²⁹⁾. Ahora bien, el camino por el que la ontología se dirige a la determinación conceptual de lo jurídico es muy diverso del que ofrece la investigación gnoseológica.

⁽²⁷⁾ Refiriéndose a los procesos de conceptualización del Derecho ha escrito V. Frosini: «El error de algún pensador ha sido precisamente éste: creer que fuese necesario proporcionar un 'concepto' que sirviese de luz y guía en la búsqueda. Por el contrario, es la búsqueda la que asume los caracteres estructurales necesarios tan pronto como éstos emergen de la experiencia en que aquélla se sustancia». *La estructura del Derecho*, ed. cast. de A. E. Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 65.

⁽²⁸⁾ Cfr. L. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., p. 162. Bagolini entiende por asentamiento práctico aquel que se dirige directamente a mover la acción, a suscitar una disposición de actuar (*ibid.*, pp. 67-68).

⁽²⁹⁾ Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità. Milano, 1965, p. 59; A. Kaufmann, «Die ontologische Struktur des Rechts», en el vol. col. *Die ontologische Begründung des Rechts*, ed. a cargo de A. Kaufmann, Hermann Gentner, Bad Homburg v. d. H., 1965, p. 470.

Toda ontología –enseñaba Heidegger– ... resulta en el fondo ciega y una desviación de su mira más peculiar, si antes no ha aclarado suficientemente el sentido del ser, por no haber concebido el aclararlo como su problema fundamental⁽³⁰⁾.

La investigación ontológica comienza por una pregunta en torno al ser, y como advertía el propio Heidegger:

Todo preguntar es un buscar. Todo buscar tiene su dirección previa que le viene de lo buscado. Preguntar es buscar conocer «qué es» y «cómo es» un ente⁽³¹⁾.

Ese preguntarse por la realidad desemboca, en última instancia, en una peculiar forma de definir las cosas. Éstas, según Ortega, pueden definirse por su *dintorno* o perfil externo y por su *contorno* o frontera del mundo exterior que delimita su ser⁽³²⁾. La investigación jurídico-ontológica se articula, por tanto, en dos momentos diferenciados, aunque complementarios:

- 1º El de la investigación del contorno de lo jurídico, de su situación en el ámbito de las categorías de la realidad.
- 2º El del estudio del dintorno del Derecho, es decir, de aquellos sistemas normativos de la conducta humana que sin ser jurídicos contribuyen a configurar su significación.

En las líneas que siguen va a abordarse el acercamiento ontológico al Derecho a tenor de esta dúplice perspectiva.

2.2.1. El dintorno del Derecho

La ontología jurídica comienza por interrogarse acerca del contorno del Derecho en su intento de adscribirlo a la esfera de la realidad a la que, por sus especiales características, corresponde. Recaséns Siches ha evidenciado las premisas iniciales de cualquier tipo de investigación ontológico-jurídica, al enseñar que:

⁽³⁰⁾ M. Heidegger, *El ser y el tiempo*, trad. cast. de J. Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª. ed., 1962, p. 21.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 14.

⁽³²⁾ J. Ortega y Gasset, «*Obras completas*», Revista de Occidente, Madrid, 1964, vol. II, pp. 497 ss. y vol. VII, p. 120.

Toda empresa de conocimiento –y superlativamente la del conocimiento filosófico– tiene algo de pesquisa policiaca. Por lo tanto, lo que primariamente urge es que nos orientemos acerca de dónde hemos de encontrar lo que buscamos. Lo que buscamos es el Derecho en su radical esencialidad; pues bien, hemos de comenzar inquiriendo en qué parte o zona del universo habita eso que se llama Derecho⁽³³⁾.

A esa apremiante cuestión ha pretendido dar cumplida respuesta Cossio, que inspirándose en las «ontologías regionales» de Husserl, ha distinguido cuatro tipos de objetos:

- a) *Objetos ideales.* Son irreales, carecen de existencia, no se dan en la experiencia ni en el tiempo y son ajenos a la idea del valor (objetos de las matemáticas, la geometría y la lógica).
- b) *Objetos naturales.* Son reales, tienen existencia, se dan en la experiencia y en el tiempo, pero son también neutros al valor. De ellos se ocupan las llamadas ciencias naturales.
- c) *Objetos culturales.* Son creados por el hombre y, por ello, están en la experiencia, pero, además, implican la referencia a un valor que los estima positiva o negativamente.
- d) *Objetos metafísicos.* Son reales, pues de ellos puede predicarse una existencia espacio-temporal (así, Dios es eterno y se halla en todas partes), pueden ser objeto de valoración, pero no están en la experiencia.

Los objetos culturales se subdividen, en el sistema de Cossio, en mundanales y egológicos. Los primeros son vida humana objetivada, parcelas de la naturaleza sobre las que se proyecta la acción del hombre o vida humana salida de sí misma, extravertida y hecha mundo, dejando algo de sí –un rastro– afuera. Los objetos egológicos son la propia conducta humana, de la que puede predicarse un sentido, el de su bondad, malicia, justicia, injusticia etcétera. De estas consideraciones concluye Cossio que el Derecho no es otra cosa que un objeto egológico; es la propia conducta humana en interferencia intersubjetiva⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª. ed., 1945, p. 35.

⁽³⁴⁾ C. Cossio, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Losada, Buenos Aires, 1944, pp. 28 y ss.

Discurriendo por otros derroteros, la filosofía de la experiencia jurídica ha llegado a una conclusión similar. En sus premisas el contorno del Derecho viene a coincidir con la acción, con la actividad humana en que se resuelve la realización del hombre con los demás hombres y con las cosas. Desde la óptica doctrinal de la experiencia jurídica el Derecho es visto como praxis, o, como se ha dicho, como morfología de la praxis, esto es, como un conjunto de acciones que asumen una estructura peculiar⁽³⁵⁾. Se ha insistido en que al ser el Derecho una forma de la experiencia, debe entenderse como un principio de vida y de organización y, como tal, como algo vivo que se traduce en formas que caracterizan el completo desenvolvimiento de la historia⁽³⁶⁾; con lo que la historicidad se convierte en rasgo definidor del entero alcance de la experiencia jurídica⁽³⁷⁾.

2.2.2. El contorno del Derecho

El Derecho no es el único cauce por el que se manifiesta la experiencia humana. Si se tiene esto presente se plantea como tarea inmediata distinguir este sector de la praxis de los demás productos de ésta que no son Derecho.

No es suficiente haber trazado el contorno del Derecho, sino que se hace también preciso, para que su configuración sea satisfactoria, diferenciarlo de otros sectores de la experiencia humana que, siéndole afines, no son Derecho, aunque contribuyan a delimitar su ser; justo el viejo axioma *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*.

Ahora bien, cuando se aborda la delimitación del dintorno del Derecho y se acomete la siempre ardua labor de distinguirlo de aquellas categorías a las que tradicionalmente se ha visto vinculado, suele incurrirse en un error metodológico. Tal error surge de la persuasión de que las varias formas de la experiencia práctica se desarrollan con absoluta independencia, según un criterio estricto de distinción. Se confunde, de este modo, el plano concreto de la experiencia con el teórico de la reflexión sobre la experiencia. La acción humana que, como se ha dicho, es el elemento

(35) V. Frosini, *La estructura del Derecho*, cit., pp. 45 y ss.

(36) G. Capogrossi, «*Il problema della scienza del diritto*», en *Opere*, cit., vol. II, pp. 383 y ss.

(37) G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, cit., pp. 10-12 y 150-151.

conformador de la experiencia jurídica, no es nunca puramente jurídica, moral, social o política. Sus manifestaciones, así como los estímulos que la suscitan, se entrecruzan, de forma indisoluble, en el plano efectivo de la praxis; y, por ello, tan sólo en el plano teórico de la reflexión es posible trazar unas líneas divisorias que ayuden a una comprensión más cabal de la especificidad de la experiencia jurídica, en relación con las demás formas de la experiencia humana⁽³⁸⁾. De la pluralidad de expresiones de la acción dotadas, en mayor o menor grado, de cierta estructura organizativa o normativa: la economía, la política, la religión, los usos sociales, la moral ..., se limitará aquí el estudio a considerar sólo las dos últimas, por entender que son las que más decisivamente contribuyen a configurar el dintorno de lo jurídico.

2.2.2.1. Derecho y usos sociales

El hombre, al desenvolver socialmente su personalidad, halla vinculada su conducta por unas normas de naturaleza incierta y que reciben diversas denominaciones: usos sociales, reglas del trato, costumbres del grupo, etcétera. Las reglas de la decencia, el decoro, la urbanidad, la indumentaria ... constituyen otros tantos ejemplos de esas formas de la praxis social.

Estas reglas del trato comunitario se suelen manifestar en forma consuetudinaria, en la medida en que surgen de una práctica constante en las relaciones interhumanas. El comportamiento recíproco de los hombres se presenta en la vida cotidiana con caracteres de regularidad en las relaciones y acontecimientos socialmente típicos, a los que se sujetan los miembros de un determinado grupo.

Dentro de la heterogénea variedad de usos es necesario distinguir, en especial cuando se quiere confrontar estas reglas con las jurídicas, dos importantes tipos en orden a la obligatoriedad que respectivamente comportan. El almorzar a una determinada hora, pasear por determinados luga-

⁽³⁸⁾ «L'uomo kantiano che agisce per la pura morale è una mera astrazione al pari dell'uomo oeconomicus di tanti economisti o dell'uomo iuridicus di tanti giuristi. Se dunque si pone il problema della posizione dell'esperienza giuridica in seno all'esperienza pratica, non bisogna mai dimenticare che tale problema è legittimo ed, anzi, necessario, solo sul piano della riflessione che implica, appunto, la distinzione, la definizione». E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 164.

res, dedicarse a determinados deportes o juegos, son prácticas que no entrañan en sí una pretensión normativa y no suelen implicar una sanción por parte del grupo en cuyo seno se realizan. En todo caso, el círculo advertirá la anomalía del comportamiento, pero sin que de ello se deriven ulteriores repercusiones. Sin embargo, la omisión del saludo, el menosprecio de costumbres profesionales que atañen al decoro de una determinada actividad y otros actos de similar carácter, llevan aparejada una reacción social, que, en ocasiones, puede acarrear penosas consecuencias, llegando incluso a desembocar en la exclusión del grupo. Nos encontramos aquí ante unas reglas que suponen un auténtico orden social de normas de mucho mayor significado que el anterior. Los ingleses llaman al primer tipo de reglas *habits*, hábitos individuales que no entrañan la idea de normatividad; mientras denominan *custom*, a la costumbre social normativa que implica una obligatoriedad⁽³⁹⁾. La distinción de los hábitos de las normas jurídicas no ofrece dificultad, por cuanto aquéllos carecen propiamente de normatividad; por el contrario resulta muy ardua la tarea de diferenciar la normatividad jurídica de la normatividad de la costumbre social.

Con el fin de abordar con cierto orden esta cuestión conviene recurrir a unos criterios diferenciadores que respectivamente aludan: *a)* al contenido (criterio material); *b)* a la sanción (criterio formal), y *c)* al fin (criterio teleológico).

a) Desde algunas perspectivas doctrinales se ha defendido la existencia de una neta distinción entre el significado intrínseco de las normas del trato social y las jurídicas. Así, Henkel parece proclive a reconocer esta diferencia de contenido, cuando señala que mientras el Derecho se nos presenta como una estructura de la acción cuyas exigencias de comportamiento han encontrado expresión en proposiciones normativas formuladas lingüística y conceptualmente, e incluso en textos fijados por escrito, las reglas de los usos existen en la opinión pública del grupo, en un sentimiento dominante de su obligatoriedad o conveniencia y en la voluntad de su ejercicio. Estas últimas carecen, por tanto, de la formulación precisa de

⁽³⁹⁾ Cfr. L. Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª. ed., 1961, p. 426; L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, cit., pp. 185 y ss.

sus exigencias y, por ello, existe una gran indeterminación para su aplicación a situaciones excepcionales y límites⁽⁴⁰⁾.

Sin embargo, como acertadamente señala Recaséns Siches, la diferencia entre las reglas del trato y las normas jurídicas no puede referirse a una diversidad esencial de contenido entre unas y otras. El contenido de ambas varía en el curso de la historia y en los diversos pueblos. De forma que lo que en otra época constituía materia de mera regulación por las reglas del trato, es hoy objeto de preceptos jurídicos; y, viceversa, también muchos aspectos de la conducta, que antes estuvieron sometidos a una norma jurídica, han quedado luego relegados a meros usos⁽⁴¹⁾. Por tanto, no se puede decidir *a priori* donde comienza el sector material de los usos susceptibles de juridificación, pues todas las reglas sociales son Derecho en potencia. Así, el vestido, que parece materia reservada a las reglas del trato, ha sido en ocasiones reglamentado jurídicamente. El motín de Esquilache fue motivado por una reglamentación gubernativa sobre el atuendo clásico español, y en el Derecho turco contemporáneo, bajo las directrices de Kemal Atatürk, se prohibieron ciertos indumentos tradicionales obligando a su sustitución por prendas occidentales. Por otra parte, el traje constituye objeto de reglamentación jurídica para los funcionarios uniformados. Las fórmulas de estilo en nuestras comunicaciones escritas son objeto de mera regla del trato, pero en las relaciones con la administración responden a normas jurídicas. El duelo constituyó un medio de prueba judicial en el medievo, para ser luego un uso entre determinados estamentos ...

La coincidencia material entre el Derecho y los usos se plantea con especial problematismo cuando se advierte la existencia de costumbres jurídicas manifestadas, al igual que los usos, a través de formas repetidas de comportamiento colectivo. La norma jurídica consuetudinaria posee igual estructura ontológica e idéntica pretensión formal de validez que las reglas sociales del trato. Por otra parte, y frente a lo defendido por Henkel, existen usos elevados a forma escrita y codificada (los códigos de honor, los manuales de comportamiento social ...); y, sin embargo, tales reglas no pa-

⁽⁴⁰⁾ H. Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 209.

⁽⁴¹⁾ L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, cit., pp. 192-193.

san a ser Derecho, pese a haber sido formuladas por escrito y en forma de artículo⁽⁴²⁾.

b) Dada la ineficacia del criterio material se hace inevitable recurrir a otro criterio diferenciador. Gran parte de quienes se han ocupado de este problema se inclinan a situar la diversidad entre ambos órdenes de normas con base en el criterio formal o de la sanción. En efecto, se arguye que mientras la infracción de la norma jurídica hace que se produzca de inmediato una consecuencia tipificada por el Derecho (punición del comportamiento, indemnización del daño ...), la lesión de los usos supone, por lo general, una reacción amorfa del grupo; una desaprobación genérica cuyos efectos son, en principio, difícilmente determinables⁽⁴³⁾.

Ahora bien, como se ve no se niega el carácter coercitivo de los usos, sino que se ponen de relieve las diferencias estructurales que distinguen a las sanciones jurídicas de las meramente sociales. En este sentido, lo primero que hay que dejar bien sentado es que, contra lo que en principio pudiera parecer, no siempre la sanción jurídica será más grave y efectiva que la que acarrea la infracción de determinados usos. Quien conculca una norma penal puede quedar sujeto a penas pecuniarias o de privación de libertad, pero la transgresión de algunos usos sociales puede implicar la propia exclusión del estamento o grupo al que se pertenecía. Por otra parte, las sanciones sociales son, en muchas ocasiones, más implacables y difíciles de evadir que las sanciones jurídicas, pues mientras la imposición de éstas viene atribuida a determinados funcionarios, la de los usos queda a merced de la totalidad de los miembros del grupo al que ha afectado. Lo que suele ocurrir es que las sanciones de los grupos se presentan perfilados con menor claridad que las jurídicas. Éstas, en principio, presentan mayor seguridad en su determinación y aplicación, aunque no pueda soslayarse, al respecto, la existencia de códigos de honor en los que tales extremos aparecen minuciosamente detallados.

(42) Cfr. L. Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 442 y ss.; L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, cit., p. 199.

(43) Cfr. E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, pp. 27 y ss.; M. Réglade, «Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la conduite humaine et les lois de la réalité», en el vol. col. *Droit, Morale, Moeurs*, II Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de la Sociologie Juridique. Recueil Sirey, Paris, 1936, pp. 176 y ss.

En todo caso, es inexacto creer que los usos sociales carecen de sanción y el hecho de que la misma sea más o menos eficaz o determinada no afecta a su existencia, sino a su estructuración técnica.

En ocasiones se ha visto la diferencia entre ambos tipos de sanción en la posibilidad de la ejecución forzada de la conducta prescrita, que se considera nota característica y esencial de lo jurídico; en tanto que la inobservancia del uso puede ser sancionada con censuras, reprobaciones o exclusiones, pero jamás puede acarrear la imposición forzada de la conducta debida⁽⁴⁴⁾. Este criterio, sin embargo, no puede predicarse con carácter absoluto para todos los usos. Por el contrario, la finalidad directamente perseguida por determinadas sanciones sociales es precisamente la de reparar el bien protegido por la norma social conculcada, y a cuyo forzoso cumplimiento mira todo el sistema coercitivo del grupo social. Bien elocuentes son, en este sentido, las normas reguladoras de la reparación de determinadas faltas contra la dignidad personal de quienes se sienten vinculados por determinados códigos de honor.

c) Se han examinado los criterios de diferenciación material y formal, y se ha intentado evidenciar cómo de los mismos no puede extraerse una conclusión satisfactoria. Por ello, me parece más oportuno recurrir a un tercer criterio, el teleológico, que con base en la distinta finalidad que las normas jurídicas y los usos sociales persiguen, puede servir de punto de partida para la distinción.

Es evidente que la finalidad perseguida por las reglas del trato social es meramente de oportunidad y conveniencia, teniendo como principal meta el hacer la vida, de quienes imponen los usos, más agradable⁽⁴⁵⁾. Frente al carácter convencional de los usos surge el carácter necesario del Dere-

(44) Vid. L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, cit., pp. 196-197.

(45) Así, G. Ambrosetti ha definido a los usos como: «una normatività di carattere intellettuale istintivo, avente a base immediatamente una visione della vita, che ha come oggetto materie sociali puntuali e immediate che si lasciano interpretare con un criterio di convenienza e di opportunità». *Contributi a una filosofia del costume. Problematica e storia*. Zanichelli, Bologna, 1959, p. 87. Es conveniente recordar que el carácter convencional y accesorio de los usos no supone el que éstos sean espontáneos. Los usos en la sociedad contemporánea suelen ser fruto, muchas veces, de manipulaciones dirigidas a establecer determinadas modas o compor-

cho. El Derecho no aparece por meras razones de oportunidad o conveniencia, no se dirige a hacer la vida humana más llevadera, sino que su fin es el de posibilitarla. La norma jurídica se dirige antes que nada a crear aquel conjunto de condiciones mínimas en las que la vida social puede desarrollarse pacífica y ordenadamente. Así, para Ihering, mientras los usos surgían por motivos de utilidad social teniendo como fundamento la diferenciación de los intereses (*Verschiedenheit des Interesses*)⁽⁴⁶⁾, el Derecho tenía como finalidad primordial la de asegurar las condiciones de la vida social (*Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft*)⁽⁴⁷⁾. De tal forma que ambas esferas de normatividad quedaban nítidamente diferenciadas.

Es cierto que algunos autores han aludido a la necesidad de la cortesía:

Quien haya tenido que vivir temporalmente —nos dice Henkel— en grupos humanos que desconocen las reglas de la urbanidad, apreciará el enorme valor que le corresponde precisamente a la cortesía, como amabilidad meramente externa de las formas del trato: representa para todo grupo humano la base imprescindible de todo desarrollo cultural superior⁽⁴⁸⁾.

De ello, deduce la función socialmente necesaria de las reglas del trato, las cuales se presentan continuamente bajo nuevas formas de manifestación, constituyendo una estructura básica para el orden y la estabilidad social. Sin embargo, conviene insistir en que esa necesidad social de los usos es puramente adjetiva, frente a la intrínseca perentoriedad de la normativa jurídica para la reglamentación del vivir colectivo. Como se desprende de las propias palabras de Henkel, caben agrupaciones humanas desconocedoras de las reglas de la urbanidad; pero tales grupos, en cuanto constituyan auténticas entidades sociales humanas, tendrán necesariamente que recurrir a un sistema jurídico-normativo, por rudimentario que éste sea.

tamientos en el seno de los grupos sociales. De ahí que también sea discutible la autenticidad con que contribuyen a hacer más grata la vida comunitaria. *Cfr.*, sobre el particular, entre una copiosa bibliografía, el conocido libro de H. Marcuse, *One Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Routledge-Kegan Paul, London, 1964, pp. 1 y ss. y 56 ss.

⁽⁴⁶⁾ R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*. Breitkopf und Härtel, Leipzig, 5ª. ed., 1916, vol. II, p. 191.

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, vol. I, p. 345.

⁽⁴⁸⁾ H. Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 204.

2.2.2.2. Derecho y moral

Al abordar la temática de la distinción entre la moral y el Derecho se penetra en una de las cuestiones más complejas de la investigación iusfilosófica. Con razón la denominó Ihering el Cabo de Hornos, o de las tempestades, de la ciencia jurídica y glosando estas palabras Croce propuso que se la denominase el Cabo de los naufragios, aludiendo al fracaso de gran parte de las tentativas teóricas de trazar una clara delimitación entre el significado de la experiencia jurídica y las reglas de la moral. Por otra parte, como ha puesto de relieve Battaglia, cualquier innovación sustancial en el modo de entender el Derecho repercute en el modo de entender la moral; así como, recíprocamente, el profundizar en la específica naturaleza de la moral va siempre seguido de la necesidad de proponer un peculiar modo de concebir el Derecho⁽⁴⁹⁾. De ahí, que si el intento de hallar un principio diferenciador entre el Derecho y los usos era trabajoso, la articulación de las relaciones moral-Derecho se presenta todavía más ardua y problemática. Las concomitancias entre ambos órdenes son tan estrechas que Celso pudo definir el Derecho como *ars boni et aequi*⁽⁵⁰⁾, si bien vale como contrapunto la afirmación de Paulo a tenor de la cual *non omne quod licet honestum est*⁽⁵¹⁾. Por ello, y a fin de dotar a estas reflexiones de cierta sistematicidad recurriré, también aquí, a los criterios ya utilizados para establecer las relaciones entre el Derecho y los usos.

a) Desde el punto de vista material o del contenido es corriente cifrar la distinción entre el Derecho y la moral con base en el carácter externo e interno respectivamente implícito en el significado de ambos términos. Este criterio se halla estrechamente vinculado al pensamiento de Thomasio⁽⁵²⁾ y Kant⁽⁵³⁾, en quienes encontró acaba expresión. Se afirmaba que mientras la acción jurídica genera una obligación externa o responde a ella, la acción

(49) Vid. F. Battaglia, *Corso di filosofia del diritto*, Foro Italiano, Roma, 4ª. ed., 1962, vol. II, p. 372. Donde se alude expresamente a las tesis de Ihering y Croce aquí reseñadas.

(50) *Digesto*, I, I, 1.

(51) *Ibid.*, L. XVII, 144.

(52) Ch. Thomasio, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, se cita por la rep. anastática de la ed. de Halle de 1730, de Scientia, Aalen, 1963, I, V. 17-21.

(53) I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Einleitung*, en *Kants gesammelte Schriften*, cit., vol. VI. pp. 214 y ss.; *Kritik der praktischen Vernunft, ibid.*, vol. V, p. 71.

moral se refiere a una obligación estrictamente interna, de conciencia; que en cuanto tal no puede caer bajo los dominios del Derecho, que tan sólo tiene en cuenta las acciones que se exteriorizan.

Este criterio pudo, en su día, hallarse plenamente justificado como medio para sustraer de la progresiva ingerencia del Estado absoluto la esfera de la conciencia, afirmando su inviolable autonomía. Criticando esta postura se ha recordado acertadamente cómo desde su dimensión externa la acción jurídica se remite necesariamente a su momento interno o psíquico. De forma que si no se tiene presente esa continuidad será imposible arribar a un conocimiento integral de la acción. Del mismo modo, las acciones morales no se limitan a tomar sólo en consideración el elemento psíquico, la intención o el motivo del obrar, sino que se extienden también a los procesos en que se concreta su realización externa⁽⁵⁴⁾.

La distinción de Thomasio y Kant sobre el fuero interno y el fuero externo conduce a una ulterior diferencia entre la moral y el Derecho, mantenida generalmente desde posiciones doctrinales neokantianas, y que parte de la unilateralidad y bilateralidad respectivamente predicada de ambos términos. Se afirma que mientras la moral de normas a un solo sujeto, calificando las acciones de ese sujeto, y siendo, por tanto, unilateral; el Derecho confronta acciones de diversos sujetos y regula su conducta de forma que a la facultad o pretensión de cada uno de ellos corresponda el deber del otro⁽⁵⁵⁾. Partiendo de tales premisas los neokantianos han terminado por considerar la bilateralidad como el elemento característico del Derecho. Ahora bien, si se tiene presente que en sus construcciones el término bilateralidad equivale de hecho al de intersubjetividad o al de relacionalidad, se aprecia que esta nota no basta para circunscribir el ámbito de la experiencia jurídica. En efecto, debe tenerse presente que la intersubjetividad y la relacionalidad no sólo se dan en el Derecho, sino en toda la vida práctica del hombre, que en cuanto *ethos* se desarrolla en un marco social. La hipótesis del hombre que vive en la

⁽⁵⁴⁾ Cfr. G. Capogrossi, *Incompiutezza dell'esperienza giuridica*, en *Opere*, cit., vol. III, pp. 310 y ss.; G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*. Giuffrè, Milano, 7ª. ed., 1950, pp. 213 y ss.

⁽⁵⁵⁾ Esta tesis fue sostenida, entre otros, por: A. Bartolomei, *Lezioni di filosofia del diritto*. Alvano, Napoli, 1912, vol. I, pp. 129 y ss.; G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 212 y ss.; B. Donati, *Il principio del diritto*, Cedam, Padova, 1933, pp. 103 y ss.

soledad es una abstracción, incluso desde el punto de vista de la moral. El hombre histórico es social, y en la sociedad actúa y promueve su humanidad formando parte de una serie de entes sociales y políticos en los que realiza su vida, dentro de un sistema de relaciones intersubjetivas. Se ha dicho, con razón, que no se precisa ser marxista para reconocer que no es posible negar el carácter social de la moral sin caer en el error de la ideología individualista. La tesis de la unilateralidad de la moral se entronca inescindiblemente en la ética individualista y, por ello, parte de una errónea concepción ideológica de la naturaleza de la acción. Pero es necesario tener presente que la acción, siendo por su misma naturaleza social, se ejercita siempre en el seno de relaciones interindividuales⁽⁵⁶⁾.

b) La dificultad de elaborar una diferenciación entre el Derecho y la moral con base en el criterio material o de la significación de ambos términos ha hecho surgir otros criterios, entre los que se halla muy difundido el formal, que ve en la sanción un elemento básico para establecer un deslinde entre ambas esferas.

Así, Del Vecchio afirmó que siendo propio del Derecho el instituir una relación bilateral, por la que a la obligación de un sujeto corresponde la facultad de otro para exigir que la obligación se realice, la coercibilidad, entendida como posibilidad de obligar al cumplimiento de la conducta debida, es característica esencial y específica del Derecho⁽⁵⁷⁾.

Recaséns Siches prefiere denominar a esta nota impositividad inexorable y señalar que la moral liga normativamente la voluntad, pero no trata de cohibirla porque la moral sólo puede ser cumplida en la libertad; el Derecho no se detiene ante la voluntad del sujeto, sino que alienta el propósito de forzarla, si ello es menester, para que el comportamiento debido se produzca⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ E. Opocher, *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., p. 169. También M. Reale ha reconocido el carácter bilateral de todos los planos de la vida ética, si bien señala que: «do punto de vista da valoração do ato, sob o prisma jurídico, transubjetiva; e que a moral é *axiológicamente unilateral*, uma vez que o juiz último do ato moral é a consciência mesma do agente: *ontológicamente*, todavía, como atividades espirituais, bilateral é tanto a moral como o é direito». *O Direito como Experiência*, cit., p. 269.

⁽⁵⁷⁾ G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 214.

⁽⁵⁸⁾ L. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, cit., p. 166.

Es bien conocida también la actitud de Kelsen, para quien sólo es posible distinguir la moral del Derecho si se concibe éste como un ordenamiento coactivo, esto es, como un orden de normas que intenta producir un comportamiento humano determinado estableciendo para el comportamiento opuesto un acto coercitivo de la organización social. Por el contrario, la moral es un ordenamiento que no puede prever este tipo de sanciones, un ordenamiento cuya sanción consiste sólo en la aprobación del comportamiento conforme a la norma y en la desaprobación del comportamiento que la contradice: un ordenamiento en el que ni siquiera se toma en consideración la posibilidad de aplicar la coacción física⁽⁵⁹⁾.

Tampoco este criterio parece convincente, ya que si la coacción se entiende como posibilidad de aplicar la fuerza empírica, el Derecho queda reducido a un fenómeno de fuerza, y quedan relegados a segundo término los elementos valorativos que en mayor medida contribuyen a perfilar la acción jurídica; en tanto que si tal fuerza no se entiende como *vis ab extra*, sino como presión de orden psicológico que conforma la íntima adhesión del sujeto al ejercicio de su acción jurídica, su alcance ya no es peculiar de lo jurídico por extenderse también a la norma moral. Se ha dicho, con razón, que nadie que tenga experiencia de la vida moral puede ignorar la presión de la norma ética⁽⁶⁰⁾.

c) La insuficiencia de los criterios mencionados conduce aquí, al igual que ocurría con la confrontación entre los usos y el Derecho, a recurrir al elemento teleológico. En efecto, a mi parecer es también el fin lo que, en última instancia, permite delimitar las respectivas áreas que a la moral y al Derecho corresponden.

El Derecho, como se ha dicho, tiene como principal misión la de posibilitar la vida comunitaria. Se ha apuntado que la experiencia humana, que no trascienda con la propia humanidad a la historia, es forzosamente

⁽⁵⁹⁾ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 2ª. ed., 1960, pp. 64-65. «Das Recht kann von der Moral nur dann wesentlich unterschieden werden, wenn man ... das Recht als Zwangsordnung, das heisst als eine normative Ordnung begreift», *ibid.*, pp. 64.

⁽⁶⁰⁾ «Nessuno che abbia vera esperienza di vita morale —son palabras de F. Battaglia—, e della morale senta la legge, ignora la pressione della norma etica». *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 381.

experiencia de vida intersubjetiva y, por ello, social. Por lo que puede con razón adoptarse, confiriéndole significado absoluto, el antiguo y repetido adagio según el cual *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*⁽⁶¹⁾. La moral, por su parte, tiende al logro de la perfección absoluta del individuo, en sus dimensiones personal (ética individual) y social (moral social)⁽⁶²⁾. El Derecho se fija de antemano unas metas más modestas, aunque no por ello menos importantes; su propósito no se cifra en la consecución del perfeccionamiento último de los individuos que integran la sociedad, sino que promueve las condiciones mínimas que permitan la existencia de ésta. El Derecho se nos presenta, por tanto, como una rigurosa necesidad social. La normativa jurídica aparece como una necesidad y las conductas que regula se ofrecen también como necesarias. Necesidad que, sin embargo, no debe ser confundida con la coactividad. Se ha escrito con razón que: «La conducta del Derecho no es necesaria, porque, caso de no verificarse, se imponga por la fuerza, sino que, contrariamente, se impone por la fuerza precisamente en virtud de su necesidad»⁽⁶³⁾. La imperatividad inexcusable a la que se refería Recaséns recibe así su verdadero sentido, que no es el de la imposición coactiva y externa de la fuerza física, sino el de la necesidad racionalmente sentida de establecer unas bases que hagan posible la coexistencia entre la pluralidad de individuos y sin las cuales ni siquiera se podría imaginar la sociedad.

Las reflexiones precedentes se han encaminado a delimitar el alcance de la experiencia jurídica teniendo presente sus conexiones con otros sectores de la experiencia. Es preciso recordar que en las sociedades primiti-

(61) Cfr. G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, cit., p. 98; *Società, legge e ragione*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 75 y ss.

(62) Santo Tomás supo ver con toda nitidez la distinta finalidad que el Derecho y la moral persiguen al afirmar: «Lege humana non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosi abstinent, sed solum graviora, a quibus possibile est majorem partem multitudinis abstinerere et praecipue quae sunt in nocuum aliorum, sine quorum prohibitione societas humana conservari non possent». *Summa Theologica*, I-II, q. 96, a. 2. También se basó en el criterio teleológico para la distinción entre moral y Derecho, W. Schuppe, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, cito de la rep. anastática sobre la ed. de Breslau de 1881, de Scientia, Aalen, 1963, pp. 276 y ss. y pp. 315 y ss. Sobre las relaciones entre el pensamiento de Schuppe y la teoría de la experiencia jurídica, vid. R. Treves, *Il problema dell'esperienza giuridica e la filosofia dell'immanenza di G. Schuppe*, Giuffrè, Milano, 1938.

(63) J. Guasp, «Exactitud y Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1957, p. 132.

vas esos sectores de la experiencia forman una unidad, y que en la actualidad existe un trasvase mutuo y constante que conduce a un recíproco condicionamiento. La coincidencia material de las conductas que pueden ser objeto de regulación moral, jurídica y meramente social, confirma el ya apuntado carácter integral de la experiencia humana de la que la moral, los usos y el Derecho no son sino manifestaciones que, aun poseyendo rasgos ontológicos diferenciales en lo referente a sus fines, se hallan íntimamente entrelazadas.

2.3. Presupuestos deontológicos

La investigación ontológica ha permitido situar el Derecho en el ámbito de la experiencia humana. Ahora bien, lo que caracteriza a los procesos de la acción, en especial en el terreno de la cultura, es que en ellos «está incorporado algún valor, reconocido por el hombre y en atención al cual el hombre los produce o, si ya existen, los cuida y cultiva»⁽⁶⁴⁾.

De las distintas manifestaciones de la acción se pueden predicar diversos órdenes de valor y disvalor. Así, por ejemplo, en el terreno estético el valor-guía es la belleza, en el económico la utilidad, en el ético el bien, etcétera, en tanto que en el jurídico el valor supremo es la justicia. Este valor se halla ya implícito en el propio significado lingüístico del término Derecho, en sus diferentes versiones idiomáticas. En el seno de nuestra cultura jurídica palabras como *Ius*, *Recht*, *diritto*, *droit*, *direito*, *dret*, Derecho ... evocan desde sus propias raíces etimológicas la idea de la justicia en la que secularmente se entroncaron. Porque la idea de justicia tiene para el Derecho carácter constitutivo y fundamental. Su existencia es lo que permite calificar de jurídica cierta forma de la experiencia humana, precisamente por poder predicar de ella un sentido de justicia o injusticia.

El positivismo jurídico moderno ha insistido en la necesidad de trazar una neta separación entre las nociones de justicia y Derecho, cuando se pretende definir a éste. Contra dicho enfoque ha puesto de relieve Bagolini cómo, en definitiva, la justicia es el elemento intencional implícito en cualquier definición del Derecho que no sea puramente verbal. El acto merced

⁽⁶⁴⁾ H. Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. cast. de M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1922, p. 23.

al cual una forma de la experiencia humana es reconocida como experiencia jurídica, implica una valoración en términos de justicia. Por ello, no puede prescindirse de la justicia como dimensión vertical del Derecho entendido en su propia positividad y eficacia. De ahí que toda reflexión sobre el Derecho se realice implicando una reflexión sobre la justicia⁽⁶⁵⁾.

La consecución de la justicia, que para la tradición iusnaturalista ha constituido siempre un ingrediente necesario de la juridicidad⁽⁶⁶⁾, se presenta como dimensión teleológica fundamental de cualquier definición del Derecho. Esta observación no debe conducir necesariamente a negar el carácter de la juridicidad a las normas injustas, pero sí debe inducir a considerarlas como un hecho excepcional, como la forma imperfecta de una realidad que por sí misma nace para reglamentar las relaciones entre los hombres con justicia.

En la metodología jurídica de Carnelutti se enseña que para la cabal consideración de cualquier instituto jurídico, conviene estudiar sus aspectos funcional y estructural. Es preciso inquirir: ¿para qué sirve?, y ¿cómo está hecho?, el sector de la realidad jurídica objeto de investigación⁽⁶⁷⁾. Pues bien, si la ontología jurídica puede responder a esta última pregunta, la deontología se dirige al esclarecimiento de la peculiar función que al Derecho corresponde. La dimensión deontológica, el deber ser del Derecho, no representa sino un paso más en el proceso indagatorio del concepto general del Derecho. En efecto, la gnoseología plantea la necesidad de hallar una definición mediadora entre el Derecho como hecho empírico y como necesidad lógica. La ontología conduce al orden de objetos al que el Dere-

⁽⁶⁵⁾ L. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., p. 182.

⁽⁶⁶⁾ Bien elocuentes son sobre el particular las palabras de Santo Tomás glosando el pensamiento de San Agustín: «Sicut Agustinus dicit, in I de *Liberio Arbitrio*, non videtur esse lex, quae iusta non fuerit. Unde in quantum habet de iustitia, in quantum habet de virtute legis ... Unde omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio.» *Summa Theologica*, I-II, q. 95, a. 2. Para la actitud del moderno iusnaturalismo sobre la cuestión, *vid.* mis trabajos: «El iusnaturalismo ante los años 70», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1970, pp. 295 y ss.; y *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1971, pp. 123 y ss. y la bibliografía allí reseñada.

⁽⁶⁷⁾ F. Carnelutti, *Metodología del Derecho*, cit., pp. 64-65.

cho por su ser pertenece, diferenciándolo al propio tiempo de otras categorías afines. Pero la ontología, al indagar el ser del Derecho en su significación plenaria, desemboca forzosamente en la deontología; del mismo modo que, como se ha visto, la investigación gnoseológica terminaba planteando el problema ontológico. Así, Kaufmann ha afirmado que desde la perspectiva de la estructura ontológica del Derecho el Derecho natural, entendido como Derecho objetivo justo, se identifica con la noción misma del Derecho; es más, a su entender, la propia noción de Derecho justo constituye un pleonasma, ya que pueden existir leyes injustas, pero no un Derecho injusto⁽⁶⁸⁾. Se han invertido así los términos en que, desde un prisma rigurosamente iuspositivista, Bergbohm había aludido a la cuestión, al afirmar que el empleo del adjetivo positivo para la calificación del Derecho no era más que un pleonasma, dada la imposibilidad de concebir un Derecho que no fuera positivo⁽⁶⁹⁾. Pero lo más cierto es que si bien pertenece al concepto de Derecho justo el ser positivo, es también cometido del Derecho positivo el ser sustancialmente justo⁽⁷⁰⁾, si se considera que el Derecho positivo tan sólo puede tener validez a través de su participación en la justicia⁽⁷¹⁾.

3. LA DEFINICIÓN GENERAL DEL DERECHO: EL DERECHO COMO EXPERIENCIA JURÍDICA

En las páginas precedentes se ha trazado una somera exposición de las aportaciones que la reflexión filosófica puede ofrecer en el enfoque del problema definitorio del Derecho. Preciso es ahora inferir algunas consideraciones que sinteticen la labor hasta aquí realizada. En este sentido se

(68) «Denn der Ausdruck –escribió A. Kaufmann– *richtiges Recht* ist ja im Grunde ein Pleonasmus. Es kann *unrichtige Gesetze*, aber nicht *unrichtiges Recht gebem*. *Die ontologische Struktur des Rechts*, cit., p. 477.

(69) K. Bergbohm había señalado expresamente: «Die Prädizierung des Rechts als geltendes oder positives enthält ohne Zweifel einen Pleonasmus» *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cito de la rep. anastática sobre la ed. de Leipzig de 1892, de Detlev Auvermann, Glashütten im Taunus, 1973, p. 49.

(70) «Es gehört –nos decía G. Radbruch– ebensoschr zum Begriffe des richtigen Rechts, positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein» *Rechtsphilosophie*, ed. a cargo de E. Wolf. Koehler, Stuttgart, 5ª. ed., 1956, p. 169.

(71) «... positives Recht ist nur gültig durch seine Partizipation an der Gerechtigkeit». A. Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts*, cit., p. 479.

puede estimar que la teoría de la experiencia jurídica supone un apreciable avance en cada uno de los niveles en los que se ha desglosado el approach filosófico al concepto del Derecho. Así, en el plano gnoseológico la experiencia jurídica supone una invitación a la objetividad –al valor objetivo y concreto de la historia– en la actitud conceptuadora, mediando, de este modo, entre el radicalismo de las posturas nominalistas y realistas. En el ontológico sitúa el problema del concepto del Derecho en el terreno de la acción, delimitando su especificidad en relación con otros sectores de la experiencia. Por último, en el plano deontológico concibe a la acción jurídica en su relación necesaria con la justicia, entendida como la propia experiencia histórica de racionalidad tal como se manifiesta en las concretas exigencias del vivir social.

Este itinerario permite arribar aquí a una noción muy general del Derecho que puede venir entendido como la experiencia de la acción humana en su plenaria relación con la justicia⁽⁷²⁾.

Al afirmar que el Derecho es experiencia de la acción humana se quiere insistir en la visión omnicomprensiva del término, de forma que abarque la totalidad de manifestaciones de la experiencia jurídica. El Derecho en su acepción integral no puede resolverse en el hecho, la norma o el valor. Porque si bien se mira el Derecho es siempre una realidad humana (hecho), que necesariamente debe ser estructurada en formas que actúen como cauces de la acción (norma), y con las que se pretende instaurar una determinada visión de la justicia (valor). El hecho, la norma y el valor no son sino aspectos en los que se manifiesta la experiencia jurídica, o si se prefiere, momentos de la dialéctica de su conformación; pero en modo alguno agotan, por separado, la juridicidad. El Derecho no se disuelve en ninguna de

⁽⁷²⁾ La definición propuesta, cuyos términos sólo tienen sentido en relación con los supuestos que le han servido de base, quisiera, en lo posible, eludir el doble peligro que amenaza a las definiciones del Derecho en términos de experiencia jurídica. Consiste el primero en proponer una noción tan amplia, ambigua o sincrética de lo jurídico que en nada ayuda al esclarecimiento y delimitación conceptual del Derecho. En tanto que el segundo peligro consiste en ofrecer una fórmula apriorística y puramente especulativa, que pretende cristalizar la noción del Derecho en un concepto abstracto y estático, que representa la misma desnaturalización de la experiencia.

estas nociones parciales, sino que es el resultado del proceso de articulaciones y conexiones en las que se concreta la experiencia. Por ello, se ha insistido en que la experiencia jurídica comprende el desenvolvimiento integral del Derecho desde su génesis en la conciencia de los individuos, a su plasmación consuetudinaria y legislativa, su individualización jurisprudencial y su elaboración crítica por la doctrina. Y así, ha podido señalarse que la experiencia jurídica aparece como un movimiento de la iusfilosofía contemporánea en el que convergen una serie de perspectivas doctrinales ligadas entre sí por la común exigencia de captar el fenómeno jurídico en su completo desarrollo⁽⁷³⁾.

Pero además la praxis humana, para devinir experiencia jurídica, precisa hallarse en tensión dialéctica con la justicia. Los presupuestos ontológicos del concepto del Derecho han permitido observar que no todas las relaciones del hombre con sus semejantes o con las cosas, en que se resuelve su acción, constituyen experiencias relevantes para el Derecho. Tales formas de la acción pasan a ser jurídicas en cuanto tienden a hacer posible la convivencia social, según los modelos históricos de racionalidad en que se concreta la exigencia de la justicia. La experiencia jurídica no es arbitraria. Como enseñaba Capograssi, el déspota con su norma caprichosa no crea experiencia jurídica; da vida a un episodio, que es posible en cuanto se realiza en una experiencia jurídica ya formada. Por otra parte, en la calificación de «déspota», y en la resistencia de los súbditos a su capricho, se halla implícito aquel juicio crítico que nace de la voluntad que da vida a la experiencia jurídica⁽⁷⁴⁾. Y ello, porque la experiencia jurídica no es ajena al valor; no se basa en el puro empirismo de los fenómenos sensibles, ya que no es posible «entender el Derecho, ni producir Derecho, ni vivirlo, si nos encerramos dentro de un exclusivo empirismo sensorial»⁽⁷⁵⁾. Ya Gurvitch supo captar la doble tensión existente en el seno de la experiencia jurídica entre la experiencia de lo espiritual y de lo sensible, y entre la experiencia

(73) Cfr. A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza jurídica*, cit., p. 184; E. Opocher, *Esperienza giuridica*, cit., p. 744; vid., también sobre todo ello: A. E. Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, cit., pp. 40 ss.

(74) G. Capograssi, «Il problema dell'esperienza giuridica», en *Opere*, cit., vol. II, pp. 256-257.

(75) L. Recaséns Siches, *Esperienza jurídica, naturalezza de la cosa y lógica «razonable»*, cit., p. 190.

de la moral y la de las ideas lógicas⁽⁷⁶⁾. De ahí que la experiencia jurídica en cuanto valor, se desenvuelva en continua lucha con las tendencias irracionales y arbitrarias que amenazan su propia existencia. De este modo, al igual que la estructura ontológica del Derecho coincide con la noción de Derecho natural, también la experiencia jurídica finaliza reclamando e incluso identificándose con el Derecho natural, en cuanto éste supone la exigencia constitutiva de cualquier experiencia jurídica, siendo el modelo inspirador, el fundamento y el criterio último de valoración de toda realidad jurídico-positiva. Se ha dicho con razón que el Derecho natural en su significación originaria y original no es otra cosa que la propia experiencia jurídica en su estricta racionalidad, concretada en ordenamiento desde su posibilidad ideal cuya única fuerza constitutiva es la razón⁽⁷⁷⁾. Pero esa racionalidad inherente a la idea del Derecho natural, precisamente por informar el contenido de la experiencia jurídica, no puede buscarse en un orden de valores indiferente para con la historia; antes bien, se presenta como una exigencia que acompaña el entero desenvolvimiento histórico de la vida colectiva. No en vano Vico pudo considerar a la historia en su *Scienza nuova* como *diritto naturale delle genti*⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, cit., pp. 63 y ss.

⁽⁷⁷⁾ G. Capograssi, «La esperienza giuridica nella storia», en *Opere*, vol. III, p. 284. Vid. también M. Reale, *Filosofia do Direito*. Saraiva, São Paulo, 4ª. ed., 1965, en donde afirma que el Derecho natural «equivale ao conjunto das condições transcendental-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível», p. 510.

⁽⁷⁸⁾ G. B. Vico, «Scienza nuova prima, con la polemica contro gli 'Atti degli eruditi' di Lipsia», en *Opere*, ed. a cargo de F. Nicolini, Laterza, Bari, 1931, vol. III, capov. 20 y 49. Esta misma idea se ha visto reflejada en G. Capograssi quien señalaba: «il diritto naturale accompagna tutta la storia dell'esperienza giuridica perchè è proprio l'affermazione consapevole del destino unitario che regge la vita e tutte le forme dell'esperienza che ne sono la determinazione». *La esperienza giuridica nella storia*, cit., pp. 287-288. Esta idea fue también una constante en el pesamiento de G. Fassò para quien: «la storia è pervasa da giuridicità ... essa è il diritto: il diritto concreto, veramente vivente, veramente naturale». *La storia come esperienza giuridica*, cit., p. 97. Para Fassò el Derecho natural era el orden «che nasce dalla storia, e nel quale l'uomo non può non essere iscritto proprio per la sua dimensione storica, che è la sua dimensione essenziale». *Società, legge e ragione*, cit., p. 8. También desde la perspectiva del iusnaturalismo católico el jesuita S. Lener ha recordado que «i principi del diritto naturale sono immanenti nell'esperienza giuridica concreta, sono nella storia, non fuori di essa». «Stato di diritto e giustizia sociale», en *La Civiltà Cattolica*, 1963, II, p. 329. Vid. A.E. Pérez Luño, «Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica», en *Cuadernos sobre Vico*, 1996, N°s. 5-6, pp. 123-138.

El Derecho natural actúa, a la vez, como elemento informador de toda experiencia jurídica concreta y como crítica definitiva de la misma; es a un tiempo el fundamento de todas las construcciones de la experiencia y la demostración de la inconsistencia de cualquier forma concreta de la experiencia que se aparte del valor objetivo de justicia que el Derecho natural supone. De este modo, la experiencia jurídica halla en la realización histórica de su objetivo proyecto de justicia su propia razón de ser, y el cabal cumplimiento de su cometido.

CAPÍTULO III

**EL CONCEPTO DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

SUMARIO: 1. Problematicidad del análisis conceptual de la Filosofía del Derecho; 2. La Filosofía del Derecho en sus aspectos subjetivo y objetivo; 3. Definición sistemática de la Filosofía del Derecho; 4. Aproximación histórica a la noción de Filosofía del Derecho; 5.- La Filosofía del Derecho como Filosofía de la experiencia jurídica.

1. PROBLEMATICIDAD DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La problematicidad inherente al proceso de conceptualización de la Filosofía y del Derecho, es una condición de la que, en verdad, no se halla exento el de la Filosofía del Derecho. Antes, por el contrario, se dan cita en él toda la serie de aporías e incertidumbres que tradicionalmente aquejan a los saberes filosófico y jurídico.

Una primera aproximación al concepto de Filosofía del Derecho vendría dada definiendo esta disciplina como la proyección de la Filosofía al campo del Derecho. Esta noción, aparte de ser evidentemente tautológica, resulta por completo estéril si no va acompañada de la delimitación previa de los conceptos de Filosofía y de Derecho componentes del término. Ahora bien, cuando, como sucede en este estudio, se han tomado las nociones de Derecho y Filosofía como presupuestos para la definición de la Filosofía del Derecho, esta aproximación inicial no se halla ya carente de sentido. Por el contrario, sería absurdo el haber desarrollado una investigación definitoria sobre la Filosofía y el Derecho, si tales nociones no hubieran de ser tenidas en cuenta por la formación del concepto de Filosofía del Derecho. Precisamente por creer lo contrario, me he extendido en el estudio de esos presupuestos, que creo constituyen la base sobre la que debe edificarse, necesariamente, cualquier concepto de Filosofía del Derecho. Lo expuesto con referencia a aquellas nociones tiene que hallar obligada

repercusión en la noción general de la Filosofía del Derecho, y el haberlo abordado permitirá abreviar ahora el esfuerzo, al posibilitar una serie de referencias que, de otro modo, exigirían una trabajosa explicación, o, caso de rehuirla, dejarían numerosas cuestiones en el vacío.

El camino recorrido representa, por otra parte, una expresión implícita, de Filosofía del Derecho, que muestra cómo no es posible llegar a la definición de la Filosofía del Derecho sin que, de alguna forma, no se esté ya filosofando sobre la problemática que el fenómeno jurídico asume en la experiencia de la vida humana.

2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN SUS ASPECTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

La Filosofía del Derecho plantea un orden diverso de cuestiones según se la estudie en su aspecto subjetivo u objetivo.

a) **Subjetivamente** la Filosofía del Derecho se nos presenta como una disciplina cultivada por juristas y filósofos. De ser cierta la afirmación de Fichte según la cual se hace filosofía de acuerdo con la clase de hombre que se es, tenemos aquí un primer motivo diferenciador.

En efecto, son distintas las necesidades que conducen al jurista y filósofo a interrogarse sobre el problematismo que la experiencia jurídica comporta, y es también distinto el *modus operandi* a través del que cada uno de ellos realiza su aproximación a esa realidad.

El jurista-filósofo se plantea «filosóficamente» el problema del Derecho cuando advierte la insuficiencia de los criterios técnico-jurídicos para desentrañar el sentido de sus conceptos fundamentales (personalidad jurídica, proposición normativa, deber jurídico, derecho subjetivo, responsabilidad, relación jurídica...). La Jurisprudencia no puede explicar estas nociones porque se halla basada en ella; «tales nociones —ha escrito Recaséns Siches— funcionan para la ciencia jurídica como los supuestos sobre los cuales ella se edifica; y a fuer de su calidad de supuestos previos caen fuera de su ámbito»⁽¹⁾.

(1) *Estudios de Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª. ed., 1936, p. 10. Un atento análisis del pensamiento iusfilosófico de Recaséns ha sido realizado por B. de Castro Cid, en su libro sobre *La Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974.

Por otra parte, el legislador al discutir y promulgar las leyes, el jurista en el acto en que las interpreta, el juez, en el momento de aplicarlas, y los destinatarios llegados a la necesidad de su obediencia, se preguntan (filosofan) necesariamente sobre las auténticas motivaciones de sus respectivas actitudes. A estos interrogantes la ciencia jurídica no puede suministrar una respuesta plenaria. La Jurisprudencia puede suministrar los criterios para averiguar el proceso formal requerido para la creación de tales normas en un determinado sistema jurídico, permite, por tanto, saber lo que prescribe dicho ordenamiento, cuáles son sus soluciones, en qué criterios se sistematiza, y, en consecuencia, cuál debe ser su correcta interpretación; pero nada más. Todo ello resulta, sin embargo, insuficiente cuando se advierte que el fenómeno jurídico es, ante que nada, un fenómeno humano, sometido, por tanto, a las radicales antinomias de la experiencia, y acarreado una constante lucha en el proceso de su actuación. En el plano jurídico, como en los restantes planos de la experiencia humana, el despliegue de la actividad posee siempre una génesis dramática. Por ello Opocher ha puesto de relieve con clarividencia, cómo la Historia de la Filosofía del Derecho se confunde, más que con las sistematizaciones teóricas de los especialistas, con la propia historia del emerger progresivo de la idea de la Justicia en las alternativas de la vida humana, con todo su proceso de elevaciones y caídas, de esperanzas y desilusiones⁽²⁾. Con razón ha podido escribir Erik Wolf que la Filosofía del Derecho comienza cuando la Jurisprudencia pierde su valor y se torna infructuosa, insuficiente, dogmáticamente limitada, oportunista y no dialéctica⁽³⁾.

Por su parte el filósofo-jurista arriba a la Filosofía del Derecho, cuando en la construcción de su sistema se pregunta por el papel que en el mismo debe asignarse a la realidad jurídica. Quienes cultivan la Filosofía general no por ello pueden pretender afrontar unitariamente todos los problemas que la experiencia les plantea. Para evitar caer en vaguedades o abstracciones precisan de una consideración individualizadora de los diversos fenómenos en que la experiencia se concreta. Y dado que el Dere-

(2) «*Filosofia del diritto*», en Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1969, vol. XVII, p. 524.

(3) *Grundfragen der Rechtsphilosophie, Übersicht zur Vorlesung von Prof. Dr. Erik Wolf im Sommersemester*, Freiburg i. B. 1964, p. 1.

cho es por excelencia, experiencia de la vida humana, su estudio no puede ser soslayado, y de hecho la historia muestra que no lo ha sido, por quienes pretenden investigar plenariamente la experiencia; máxime al ser sus problemas indisolubles y hallarse en una íntima interrelación que, tarde o temprano, conduce al Derecho.

La diferencia de motivaciones que empujan a juristas y filósofos hacia la Filosofía del Derecho, se traduce, a la vez, en una duplicidad de perspectivas de enfoque o de las posturas metódicas con que se aprestan a cultivar esta disciplina.

Se advierte en los juristas-filósofos una preferencia generalizada por la adopción de la postura analítica, lo que les lleva a multiplicar las divisiones y distinciones, con las que pretenden clarificar el estudio de los problemas objeto de examen. Por el contrario, los filósofos-juristas propenden, en esta sede, por la síntesis, que consideran imprescindible para su esfuerzo encaminado a integrar los diversos aspectos de la experiencia de acuerdo con la peculiar *Weltanschauung* que les sirve de punto de partida⁽⁴⁾.

Otra diferencia en cuanto a la actitud metódica de juristas y filósofos viene dada por la marcada preferencia de los segundos por un planteamiento histórico de los problemas, en tanto que los juristas suelen dar a este planteamiento un carácter accesorio, sin integrar la componente histórica de los problemas en su tratamiento substantivo⁽⁵⁾.

Por último, se ha insistido recientemente en la tendencia al razonamiento tópico implícita en el actuar histórico de la Jurisprudencia, frente al esfuerzo en pos del razonamiento apodíctico que caracterizó ya las prístinas construcciones filosóficas⁽⁶⁾.

(4) Cfr. N. Bobbio, *Nature et fonction de la philosophie du droit*, en «Archives de philosophie du droit», 1962, pp. 5-7; este trabajo ha sido posteriormente incluido en el vol. de N. Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. cast. y Estudio preliminar a cargo de A. Ruíz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 91 ss.; vid. también mi libro *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 16-7.

(5) Cfr. A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 167 ss.; G. Lumia, *Il diritto tra le due culture*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 193 ss.; vid. también mi trabajo *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico en la Italia moderna*, cit., pp. 18-20.

(6) Cfr. Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, C.H. Beck München, 1953, passim.

b) Estas divergencias en el orden subjetivo de parte de quienes cultivan la Filosofía jurídica, se traducen, a su vez, en dos formas **objetivas** de entender su significación. Así, puede venir entendida la Filosofía del Derecho como una filosofía aplicada, o bien como una filosofía regional, cuyo dispar alcance trataré de elucidar.

a') La actividad discursiva del filósofo-jurista suele conducir a una concepción de la Filosofía del Derecho como una forma de **filosofía aplicada**; esto es, como la coherente proyección del sistema general del filósofo a la problemática jurídica. Es una tendencia inherente al actuar del filósofo la aplicación de su peculiar lógica a las cuestiones que la experiencia, en la multiplicidad de sus aspectos, le presente, y entre las cuales halla su lugar la experiencia jurídica.

La concepción de la Filosofía del Derecho como filosofía aplicada ha contado con numerosos partidarios siendo, entre otros, defendida por Recaséns para quien ésta supone la aplicación del punto de vista filosófico al Derecho. «Pero una Filosofía aplicada o de tema particular –escribía– no es auténtica Filosofía, sino en tanto en cuanto se articule en la Filosofía general, con la Filosofía pura. Para hacer, pues, de la Filosofía del Derecho auténtica Filosofía, será necesario... integrarla en una concepción filosófica del Universo»⁽⁷⁾.

No puede negarse que a lo largo de la historia de la Filosofía del Derecho los grandes sistemas filosóficos, han contribuido, poderosamente, a su desenvolvimiento. La influencia de la filosofía escolástica en la formación de los conceptos de personalidad jurídica, y del derecho subjetivo; el influjo del Idealismo en la concepción del Derecho como actividad espiritual; la del Neo-kantismo en la conceptualización del Derecho como forma a priori, la del Existencialismo en la moderna fundamentación de la Ontología jurídica, la del Marxismo con su visión del Derecho como superestructura... son sólo algunos ejemplos de esa repercusión. Es, sin embargo, preciso señalar cómo, en ocasiones, estos conceptos han sido origen de graves equívocos. Así ha ocurrido con las nociones de «actividad jurídica» en relación con la esfera de la «autonomía», y, por tanto, con el papel en la vida del Derecho, o con el concepto de «forma lógica del Dere-

⁽⁷⁾ *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., p. 35.

cho» o, también, con el de «normativa pura» en relación con el formalismo jurídico⁽⁸⁾.

De otro lado, esta concepción de la Filosofía del Derecho no se halla exenta del riesgo de peligrosas deformaciones de la realidad jurídica, en aras de una mejor adaptación a los presupuestos sobre los que se articula el sistema general empleado por el filósofo-jurista. La Filosofía del Derecho entendida como filosofía aplicada proporciona, de este modo, en muchas ocasiones, una visión mixtificada de la experiencia jurídica, cuya utilidad es prácticamente nula para la solución de los auténticos problemas del mundo del Derecho.

b') Muy dispar es el resultado a que, en general, llegan los juristas-filósofos. Estos suelen proporcionar una Filosofía del Derecho entendida como *filosofía regional*; esto es, como una forma de filosofía que pretende aislar la experiencia jurídica de los restantes sectores de la experiencia.

Así Erik Wolf define a la Filosofía del Derecho como una filosofía regional y señala que, así como la Filosofía tiene por objeto cuestionar al ser, es decir, a la realidad en general, la Filosofía del Derecho acota ese ámbito y se circunscribe a indagar el ser-Derecho, esto es, la realidad jurídica⁽⁹⁾.

La tendencia de los juristas-filósofos al tratar la Filosofía del Derecho como una filosofía regional va unida a su esfuerzo por resaltar la autonomía de lo jurídico frente a los restantes órdenes normativos de la vida social. Esta tendencia ha contribuido poderosamente a la formación histórica de la noción de Filosofía del Derecho, y a la afirmación de la substantividad de los aspectos didáctico y doctrinal.

Mérito evidente de esta postura es su contribución a evitar mixtificaciones entre la experiencia jurídica y otros sectores de la experiencia, poniendo de relieve sus peculiaridades y buscando motivos en que fundar su autosuficiencia. De otra parte, el carácter abiertamente pragmático que suele latir en estas construcciones, ha sido muy útil para la solución de numerosos problemas concretos de la experiencia jurídica.

⁽⁸⁾ Vid. E. Opocher, *Filosofia del diritto*, cit., p. 528.

⁽⁹⁾ *Grundfragen der Rechtsphilosophie*, cit., p. 1.

Ahora bien, la solidaridad existente entre los diversos planos de la experiencia, hace que en muchas ocasiones, esa pretensión de autosuficiencia predicada de la experiencia jurídica resulte arbitraria o unilateral, acabando por deformar su auténtica significación.

El condicionamiento y particularismo de este tipo de saber, ha sido considerado por los filósofos como incompatible con las características esenciales de la Filosofía reputando estas construcciones como variedades de la Jurisprudencia ajenas al ámbito estricto del filosofar.

3. DEFINICIÓN SISTEMÁTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La Filosofía del Derecho de los filósofos y Filosofía del Derecho de los juristas son, tomadas en su unilateralidad, igualmente inaceptables para una concepción de la Filosofía del Derecho basada en la experiencia jurídica. Ambas tendencias, absolutizadas, son incapaces de responder a la tarea que a una auténtica Filosofía jurídica compete. Esta nace de la observación de que existen una serie de problemas que tienen por objeto el Derecho, porque tal dato se da en la experiencia, y por tanto, se plantea al pensamiento filosófico la comprensión de esa forma de experiencia. Para el pensamiento filosófico, como advirtiera Capograssi, el problema es, precisamente, la realidad, su objeto es, precisamente, la realidad como problema⁽¹⁰⁾.

La Filosofía jurídica de los filósofos no cumple con este cometido porque no se traduce en reflexión desde la experiencia jurídica, sino que se impone como la proyección externa de un sistema, una realidad abstracta en la que se ha circunscrito el Derecho.

El filósofo-jurista en su afán generalizador olvida que, como ha evidenciado Wolf, la Filosofía del Derecho precisa orientarse hacia lo concreto, reflejar la existencia y reflexionar sobre la existencia⁽¹¹⁾. Esa reflexión concretamente orientada, reflejo de la experiencia y referida al ser histórico es por completo ajena a la Filosofía del Derecho a que los filósofos arriban. La disciplina que estos nos proponen es, en última instancia, una Filosofía sobre el Derecho, pero no una Filosofía del Derecho; porque la reflexión

(10) *Studi sull'esperienza giuridica*, en *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. II, p. 231.

(11) *Grundfragen der Rechtsphilosophie*, cit., p. 1.

filosófica viene dada desde fuera, en lugar de nacer de la propia problematicidad de la experiencia jurídica.

Por lo que respecta a la Filosofía del Derecho de los juristas-filósofos debe objetársele su olvido de la radical unidad de la experiencia. El peligro de esta concepción es que conduce fatalmente a una visión atomística de la realidad, desgajándola en compartimentos estancos, como base para sus ulteriores construcciones teóricas. Los juristas, en muchas ocasiones, filosofan con el Derecho, es decir, reflexionan externamente sobre alguno de sus aspectos o problemas sectoriales, pero así difícilmente llegan a hacer Filosofía del Derecho en cuanto comprensión interna y totalizadora surgida de la propia raíz problemática de la experiencia jurídica. Esta perspectiva desmembradora de la experiencia, se halla en abierta antítesis con la que propone la filosofía de la experiencia. Según ésta hay que partir de la unidad integral de lo inmediato y a través de ella y de la verificación de los valores vividos en las diferentes civilizaciones y épocas, arribar a la especificación de la experiencia jurídica. Y todo ello mediante el despliegue de la experiencia subjetiva contextualizada en un determinado marco histórico y social que de la multiplicidad de sus vivencias va concretando y haciendo consciente la autonomía de la juridicidad⁽¹²⁾.

La Filosofía del Derecho de los filósofos entraña una Filosofía *sobre* el Derecho, porque constituye una proyección externa de la reflexión filosófica a los problemas jurídicos. Mientras que la Filosofía del Derecho de los juristas aparece, las más de las veces, como una Filosofía *para* el Derecho, que suele tender a aislar las cuestiones jurídicas de los otros aspectos de la experiencia social, así como a considerar la instancia filosófica como algo accesorio y/o tangencial a lo jurídico. De ahí que una auténtica Filosofía *del* Derecho deba ser fiel a su naturaleza bifronte para conjugar adecuadamente sus dimensiones filosófica y jurídica, conformándose como una reflexión crítica, ni externa ni adjetiva, sino surgida de las propias exigencias de conocer, explicar y valorar la experiencia jurídica.

⁽¹²⁾ Cfr. G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, París, 1935, pp. 81-3; G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, cit., pp. 211 ss.; *Il problema della scienza del diritto*, en *Opere*, cit., vol. II, pp. 517 ss.; E. Opocher, *Filosofia del diritto*, cit., p. 529.

No huelga advertir que la preposición de genitivo «de», que es el nexo de unión entre los términos: «Filosofía» y «Derecho», puede suscitar una cierta dosis de ambigüedad. Cuando aludimos al «amor de Dios», podemos hacer referencia: al amor que los seres humanos profesan a Dios, o al amor que Dios profesa a los seres humanos. En la primera acepción, la preposición «de» puede significar relaciones circunstanciales de modo (más próximas al caso ablativo que al genitivo) y tiene un sentido análogo al de las preposiciones «sobre» (tal como lo emplean los filósofos juristas en su concepción de la Filosofía del Derecho) o «para» (tal como se desprende de la actitud de los juristas filósofos). Pero, en la segunda acepción, que es la propiamente genitiva, la preposición «de» o «de» evoca la idea de pertenencia. En esa acepción, «de» significa que el Derecho tiene, genera o expresa una filosofía. De acuerdo con ese uso lingüístico genitivo, en su sentido propio, la Filosofía *del* Derecho supone: *Una reflexión crítica que surge de los propios datos constitutivos de la experiencia jurídica y que se dirige a posibilitar su conocimiento, su explicación y su valoración.* La Filosofía del Derecho, en suma, tiene por objeto trazar las vías metódicas de acceso al conocimiento de la experiencia jurídica, a elaborar las premisas teóricas que permiten su explicación y a discernir los valores (en especial, la justicia) que fundamentan su legitimidad.

Esta primera aproximación sistemática al concepto de Filosofía del Derecho, era inevitable como punto de partida para el desenvolvimiento sucesivo de la investigación sobre el significado plenario. A lograrlo se encaminan los párrafos que siguen, en los que se abordan los presupuestos históricos del concepto de Filosofía del Derecho, los temas que delimitan su objeto, y, por último, su relación con las ciencias del Derecho para calibrar el sentido de esta disciplina en el universo de los saberes jurídicos.

4. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA NOCIÓN DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Las nociones que se hallan en la base de una cultura jurídica suelen ser el fruto de una tradición multiseccular. Por ello, una exposición que pretenda ser aclaratoria, no puede prescindir de la referencia a la dimensión genética de una realidad, en mayor o menor medida, determinada por la historia. La tradición histórico-jurídica es, pues, un factor que no puede omitirse cuando, como en el caso de la Filosofía jurídica se está manejando un concepto que ha sido producto de una larga elaboración. De forma que reite-

rando los presupuestos enunciados en sede de la definición del Derecho, es preciso que aquí también la definición de la Filosofía del Derecho, se elabore sin desconocer su sentido histórico: esto es, posea a la vez que coherencia lógica, coherencia histórica⁽¹³⁾.

Desearía evitar, en lo posible, que el problema del condicionamiento histórico de la Filosofía jurídica se tradujese en un mero repertorio de datos y citas sobre su desenvolvimiento doctrinal, que, en modo alguno, contribuiría a delimitar su verdadero alcance. Por lo que deseo centrar el enfoque de esta cuestión en torno a tres problemas fundamentales.

- a) El primero versa sobre la aparición del término Filosofía del Derecho;
- b) El segundo plantea la posibilidad de que la noción de Filosofía del Derecho sea anterior a su expresión terminológica;
- c) El tercero contempla si la denominación de Filosofía del Derecho supone una ruptura con la tradición del Derecho Natural, o, por el contrario, significa una versión histórica de la misma; en otras palabras, si existe abierta contradicción o compatibilidad entre ambas nomenclaturas.

a) El término Filosofía del Derecho ha aparecido en época cronológicamente reciente. Puede decirse que su incorporación a la cultura jurídica se realizó por obra de Gustav Hugo autor en 1798 del *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*. Denominación que posteriormente fue acogida por Fries en su *Philosophische Rechtslehre* de 1803, y por Weiss que en 1804 publicó un *Lehrbuch der Philosophie des Rechtes*. Por su parte Schmalz dió a la 4ª. edición de su *Reines Naturrecht*, el título de *Handbuch der Rechtsphilosophie* en 1807. Sin embargo quien, sin duda, contribuyó, en mayor medida, a popularizar esta denominación fue Hegel con sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* de 1821.

En la terminología anglosajona el término penetró a través de Austin con sus *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*, publicación póstuma aparecida entre los años 1861-3. En Italia Romagnosi publicó en

(13) Cfr. el Capítulo II, parágrafo 2.2.1.

1825 unas *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, consagrándose el término definitivamente con la Filosofía del diritto de Rosmini Serbati en 1841. En Francia fue utilizado por vez primera en 1832 por Lermínier en su *Philosophie du droit*. Por lo que hace referencia a España, el médico Fabra Soldevilla publicó en 1838 una curiosa obra titulada *Filosofía de la Legislación natural fundada en la Antropología o en el conocimiento de la naturaleza del hombre y sus relaciones con los demás seres*. Quien introdujo con propiedad la nueva nomenclatura fue el profesor sevillano Benítez de Lugo a través de su *Filosofía del Derecho o estudio fundamental del mismo según la doctrina de Hegel*, en 1872. Dos años más tarde Fernández Elías publicaba un *Novísimo tratado de Filosofía del Derecho*, y hacia finales de siglo Giner de los Ríos publicaba su *Resumen de Filosofía del Derecho* en 1898, sin que tampoco deban olvidarse los *Apuntes de Filosofía del Derecho* de Durán y Bas publicados en 1873. Conviene sin embargo, recordar que siglos antes a la aparición de este término Cicerón había insistido en la necesidad de estudiar el *Derecho ex intima philosophia*⁽¹⁵⁾. Siglos más tarde Kaspar Sciopius (1576-1649) escribió, según testimonio de Leibniz, una disertación bajo el título *De vera philosophia iuris*⁽¹⁶⁾. En tanto que según sostiene Stammeler, Conring (1606-1681) había hablado de una *civilis philosophia*⁽¹⁷⁾.

b) De lo dicho hasta aquí se desprende que el término Filosofía del Derecho no alcanzó difusión hasta bien entrado el siglo XIX, circunstancia que puede sumirnos en la perplejidad. Lo que no sucede si se tiene presen-

(14) *Ética Nicomaquea*, 7, 12; *Política* 3.12 y 7.10.

(15) *De legibus*, 1,17.

(16) *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* 2.13.

(17) *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, De Gruyter & Co. Berlin und Leipzig, 3ª. ed. 1928, p. 1. Además de la obra de Stammeler pueden consultarse sobre el tema del origen terminológico de la expresión Filosofía del Derecho las de: G. del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 7ª. ed., 1950, pp. 103 ss.; F. Elías de Tejada, *El hegelismo jurídico español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 13 ss.; E. Galán, *Introducción al estudio de la Filosofía jurídica*, Gráficas González, Madrid, 1947, pp. 1 ss.; E. Luño, *Historia de la Filosofía del Derecho*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 1ª. ed., 1949, vol. II, pp. 301 ss.; F. Puy, *Lecciones de Derecho Natural*, Porto, Santiago de Compostela, 2ª. ed., 1970, pp. 41 ss.; E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtlehre*, Müller, Karlsruhe, 3ª. ed., 1964, pp. 72-73. Sobre los orígenes del término «Filosofía del Derecho» en España resulta de especial interés la investigación de J. R. García Cue, *La recepción del hegelismo en la Filosofía jurídica de la Universidad de Sevilla. La obra de Benítez de Lugo*, Diputación Provincial de Sevilla, Sevilla, 1983.

te que la reflexión filosófica sobre el Derecho, tienen unos orígenes mucho más remotos que vienen a confundirse con el nacimiento de la Filosofía. Por otra parte, el fenómeno no es exclusivo de la Filosofía del Derecho; nociones como las de derecho positivo y Dogmática jurídica alcanzaron expresión terminológica, en época notablemente posterior a la de su efectiva existencia⁽¹⁸⁾. La Filosofía del Derecho como actividad es, por tanto, muy anterior a su aparición terminológica, y, desde luego, no queda circunscrita a las alusiones de Aristóteles, Cicerón, etc., reseñadas. Lo que ocurre es que los problemas que hoy tienen su sede de estudio en la Filosofía del Derecho, se vinieron estudiando bajo la rúbrica multisecular del *Ius naturae* o la *iuris naturalis scientia*.

c) Sin embargo, el tránsito de la denominación Derecho Natural a la de Filosofía del Derecho ha sido interpretado de forma distinta por el Iusnaturalismo y el Positivismo jurídico. Para éste la aparición del nuevo rótulo Filosofía del Derecho supone una ruptura con respecto a la tradicional nomenclatura Derecho natural. La Filosofía del Derecho se presenta como una forma de reflexión filosófica sobre un material empírico-verificable: el derecho positivo; en tanto que la denominación Derecho Natural se reserva para la especulación metafísica sobre lo jurídico.

Por contra, para el Iusnaturalismo la nueva denominación supone una continuidad con respecto a la tradicional *iuris naturalis scientia*, de la

(18) Cfr. W. Jaeger, *Alabanza de la Ley*, trad. cast. de A. Truyol Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953; P. Piovani, *La filosofía del diritto como scienza filosofica*, Giuffrè, Milano, 1963; esp. pp. 391 ss.

(19) Se considera que el término derecho positivo «*ius positivum*» fue utilizado por vez primera por Abelardo en el siglo XII, aunque con anterioridad Hugo de San Victor había ya empleado la expresión «*iustitia positiva*». Cfr. S. Kuttner, Sur les origines du terme «*droit positif*» en «*Revue historique du Droit Français et étranger*», 1936; D. van den Eynde, The Terms «*ius positivum*» and «*signum positivum*» in Twelfth-Century Scholasticism, en «*Franciscan Studies*», 1949, pp. 41 ss. Por lo que respecta al término Dogmática parece que penetró en el lenguaje jurídico bajo el influjo de los principios filosóficos del Iusnaturalismo del siglo XVIII, consagrándose en la publicación de K. y W. Sell, *Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts*, en 1841. Más tarde a partir de 1857, bajo los auspicios del Ihering aparecieron los *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Cfr. A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, cit. p. 5; E. Paresce, Dogmatica giuridica, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XIII, p. 686.

que representa una versión moderna caracterizada por la ampliación de su objetivo.

Entre nosotros, se han mostrado partidarios de este último planteamiento Eustaquio Galán⁽²⁰⁾, Enrique Luño⁽²¹⁾ y Francisco Puy⁽²²⁾. Por el contrario, muestra proclividad hacia la postura positivista Felipe González Vicén, quien en una reciente y documentada monografía señala que «si la denominación Derecho natural desaparece es porque desaparece también una forma determinada de especulación sobre el Derecho» y que la nueva denominación de «Filosofía del Derecho», lejos de ser un fruto del capricho, expresa el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho. O dicho con otras palabras: como símbolo y designación de un nuevo entendimiento de la realidad jurídica y de los modos de su aprehensión teórica, la «Filosofía del Derecho» es, expresado brevemente, un concepto histórico⁽²³⁾.

Para el profesor González Vicén un concepto es histórico por su vinculación esencial a una estructura histórica, y por ello, sólo tiene valor aplicado a la realidad de que emerge, careciendo de sentido cuando se le proyecta a otras realidades o contextos históricos.

Frente a esta postura podría aducirse la noción estructuralista de sincronía, en virtud de la cual pueden establecerse, y es legítimo hacerlo, nexos entre estructuras pertenecientes a contextos históricos diferentes. Esta perspectiva permite realizar cortes sincrónicos que responden a momentos o estructuras de relativa estabilidad, y faculta una congelación del tiempo que consiente asumir una actitud relacional frente a estructuras alejadas en el tiempo. Frente a la perspectiva sincrónica, la diacrónica insiste en el antecedente constante, en la relación causal motivadora de la aparición de los fenómenos sociales en la dialéctica de la historia.

(20) *Introducción al estudio de la Filosofía Jurídica*, cit., pp. 1 ss.

(21) *Historia de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 301 ss.

(22) *Lecciones de Derecho Natural*, cit., pp. 41 ss.

(23) La Filosofía del Derecho como concepto histórico, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1969, p. 15. La tesis de Felipe González Vicén ha sido compartida también por Elías Díaz en su *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2ª ed., 1980, pp. 260 ss.

Sincronía y diacronía pueden, sin embargo, ser conjugadas bajo los auspicios de un estructuralismo metódico o genético propugnado desde diversos sectores⁽²⁴⁾. En este sentido, el análisis sincrónica ordena la realidad evolutiva en su inagotable multiplicidad, proporcionando a la diacronía los medios para una correcta recomposición del pasado.

González Vicen señala que «un ejemplo típico, el más estudiado quizá, de concepto histórico, es el concepto de «Estado». El término «Estado» designa, en efecto, una forma de convivencia política concreta que se abre paso con los siglos modernos...»⁽²⁵⁾. Frente a este enfoque creo que las nociones de Estado como la de *Polis*, son evidentemente conceptos históricos, pero no tanto en lo que tienen de realidades distintas, expresión de necesidades temporales diversas, sino en lo que suponen de especificaciones históricas de la noción genérica de comunidad política. Entre ambos conceptos existe una «homología», una relación en la que los términos no son los mismos, aunque su función histórica sea la misma⁽²⁶⁾.

La noción de «homología» puede también proyectarse en el análisis estructural de numerosos conceptos históricos, y, concretamente, puede emplearse en esta seda para superar la controversia sobre los condicionamientos históricos del concepto de Filosofía del Derecho. La noción de Filosofía del Derecho así interpretada no se identifica con la del Derecho Natural, pero tampoco presenta una ruptura con respecto a la función que históricamente éste desempeñara. El Derecho Natural ha tenido como misión tradicional el servir de criterio inspirador y límite crítico-valorativo de todo derecho existente; la Filosofía del Derecho aparte de una función gnoseológica y ontológica, posee una dimensión deontológica

⁽²⁴⁾ Cfr. J. Piaget, *Le structuralisme*, PUF, París, 1968, pp. 64-7 y 125; L. Legaz y Lacambra, Estructuralismo y Derecho, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», 1969, pp. 14 ss.; C. J. Gómez Torres, Aportaciones y límites de la proyección del estructuralismo al Derecho, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1981, pp. 7 ss.; y mi artículo *Tradizione e novità ne «La struttura del diritto» di Vittorio Frosini*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1973, pp. 315 ss.

⁽²⁵⁾ La Filosofía del Derecho como concepto histórico, cit., p. 16.

⁽²⁶⁾ Cfr. con referencia específica al problema del Estado M. Jiménez de Parga, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 45-6, vid. también mi trabajo *Insaturalismo y Positivismo jurídico en la Italia moderna*, cit., pp. 36 ss.

que representa la concreción histórica de la herencia iusnaturalista. Decir que para cumplir esta misión la Filosofía del Derecho utiliza una nueva concepción de la realidad jurídica y de los modos de aprehenderla, es ignorar la pluralidad de perspectivas desde las cuales esa misma realidad vino asumida. Pero aun cumplida desde perspectivas diferentes, la función deontológica sigue siendo, fundamentalmente, la misma, a no ser que se conciba la Filosofía del Derecho como una disciplina a-valorativa, en cuyo caso ésta pierde junto con su auténtica fisonomía su razón de ser.

5. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

En las líneas que anteceden se ha optado por una concepción de la Filosofía del Derecho entendida como reflexión crítica enraizada en las propias condiciones de existencia y en la problemática intrínseca a la experiencia jurídica. Por ello, desde este enfoque la Filosofía del Derecho no se identifica o agota, a través de su historia, con el pensamiento de un autor o de una escuela, ni con los distintos sistemas jurídicos o concepciones sobre su respectiva significación, que a lo largo de los tiempos se han sucedido. La Filosofía del Derecho, al margen de la decantación terminológica de su expresión formal, ha sido una constante exigencia que aparece desde que los hombres comienzan a cuestionarse y a cuestionar racionalmente el sentido y el valor de las reglas sociales de comportamiento que a lo largo de la historia han venido a organizar su convivencia. Ahora bien, la aproximación histórica y sistemática al concepto de Filosofía del Derecho que aquí se ha realizado implica una opción deliberada hacia una forma específica de concebir su significado; la tesis hasta ahora avanzada es que la Filosofía del Derecho debe entenderse como Filosofía de la experiencia jurídica. Esta afirmación exige algunas precisiones que la desarrollen y concreten.

a) En primer lugar, conviene insistir en que la Filosofía de la experiencia jurídica entraña una reflexión explicativa y comprensiva (que intenta conciliar el *erklären* con el *verstehen*) y a la vez crítica (*kritische*) que tiene por objeto una realidad compleja, que debe asumirse en su integridad (comportamientos sociales que generan, aplican o se ven vinculados por el Derecho; datos normativos en los que éste se concreta formalmente; valores a los que sirve o desde los que se enjuicia). La propia complejidad de la experiencia jurídica exige la conexión de esas dimensiones que la confor-

man⁽²⁷⁾ con otros factores extrajurídicos (económicos, políticos, éticos, religiosos...) que la condicionan y le confieren unos rasgos propios en un contexto social e históricamente determinado. Pero, ese intento integrador y totalizador de captar el fenómeno jurídico en su completo desarrollo se ve muchas veces, amenazado de incurrir en la vaguedad o en el sincretismo; es decir, en limitarse a reseñar la mera yuxtaposición de las distintas formas o momentos en los que la experiencia jurídica se concreta. Para evitarlo, entiendo que la reflexión filosófica sobre la experiencia debe seguir el proceso unitario de la praxis humana, que en su despliegue histórico y social va degerando formas de experiencia jurídica.

b) Estas observaciones programáticas permiten distinguir la Filosofía de la experiencia jurídica de otras concepciones iusfilosóficas. Así, sus presupuestos resultan abiertamente incompatibles con cualquier tipo de Filosofía del Derecho «reduccionista», esto es, con aquellas que limitan la reflexión filosófica a alguna de las notas caracterizadoras de lo jurídico, con el olvido de las demás (direcciones «unilateralmente» polarizadas en la consideración del Derecho como «norma», «institución», «relación», «valor ideal», «comportamiento social»...). Resulta también antitética con las posturas idealistas, apriorísticas y dogmáticas para las que el Derecho es *prius* lógico indiscutible y fijo, que permitirá ulteriormente identificar las diversas expresiones concretas de juridicidad.

A las tesis reduccionistas opone la Filosofía de la experiencia jurídica la exigencia de captar el Derecho en su entero desenvolvimiento; a las «apriorísticas» la convicción de que la determinación de lo jurídico no es el punto de partida, sino la meta de llegada del análisis de la experiencia, de la praxis histórica-social humana.

Por ello, la Filosofía de la experiencia jurídica supone también un rechazo de las concepciones axiológicas que sitúan los valores en el firmamento de las esencias abstractas, inmutables y absolutas, al enseñar que éstos deben ser captados en la experiencia concreta de las aspiraciones, exigencias y esfuerzos transformadores que jalonan la praxis humana. De

(27) Sobre las tres grandes dimensiones de la experiencia jurídica: hecho social, norma y valor, vid., lo expuesto en los Capítulos II y IV donde se analiza la concepción «tridimensional» del Derecho.

ahí, que esta postura confluya, en este punto, con aquellas tesis axiológicas actuales que cifran los valores en las necesidades radicales⁽²⁸⁾, o en el consenso racional basado en una comunicación libre de dominio⁽²⁹⁾.

c) La Filosofía de la experiencia jurídica presenta numerosos puntos de coincidencia con los empeños del presente tendentes a incorporar la Filosofía jurídica al proceso de rehabilitación de la Filosofía práctica (Rehabilitierung der praktischen Philosophie)⁽³⁰⁾; así como con la concepción de la Filosofía como teoría crítica de la sociedad⁽³¹⁾.

(28) Vid. sobre ellos los trabajos de la Escuela de Budapest y en especial los de Agnes Heller entre los que destacan: *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. cast. de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona 1974, *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. cast. de J. F. Ivars, Península, Barcelona, 1978; *Por una filosofía radical*, trad. cast. de J. F. Ivars, *El Viejo Topo*, Barcelona, 1980. El tema ha sido objeto del estudio de Joaquín Herrera Flores incluido en: *Los Derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989.

(29) Esta es la conocida tesis sustentada por Jürgen Habermas de forma especial en sus trabajos: *Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik* en el vol. col. a cargo de K.O. Apel, *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1971, pp. 153 ss.; *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1973, pp. 148 ss.; Auszug aus «Wahrheitstheorien», en *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*, ed. a cargo de H. Fahenbach, Neske, Pfullingen, 1973, pp. 238 ss.

(30) En el pensamiento alemán ha sido Martín Kriele quien con mayor insistencia ha defendido la necesidad de recurrir a consideraciones jurídico racionales (vernunftrechtliche Erwägungen) como aplicación de la razón práctica a la obtención del Derecho y a la orientación de la conducta. Cfr. su libro *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1979, pp. 11 ss.; así como su Nachwort, a la 2ª. ed. de su *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976, pp. 310 ss.

En el área anglosajona tiene especial interés la obra de J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975. En España «Los Anales de la Cátedra Francisco Suárez» dedicaron su núm. 17, 1977, al tema Derecho, razón práctica e ideología, en el que se contienen diversas aportaciones de profesores españoles y extranjeros. Entre los trabajos más recientes resulta de gran interés el artículo de Eusebio Fernández: *Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia y racionalidad práctica*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», 1982, núm. 64, pp. 7 ss.

(31) Dejando al margen las aportaciones llevadas a cabo por pensadores vinculados a la Escuela de Frankfurt sobre el Derecho y, de modo especial, sobre el Derecho Natural (así Herbert Marcuse, Ernst Bloch y Jürgen Habermas a las que se ha aludido en el Capítulo IV) merecen citarse como intentos de construir una teoría crítica del Derecho los trabajos de: Wolf Paul, *Marxistische Rechtstheorie als*

Por el contrario, esta postura filosófico-jurídica se sitúa en las antípodas de aquellas tesis que pretenden suplantar la reflexión crítica y orientadora de la práctica por una tecnología social o por una forma de «cientifismo». Por su repercusión actual conviene analizar, sucintamente, estos enfoques.

La *Systemtheorie* postulada por Niklas Luhmann defiende la imposibilidad de justificar teóricamente la elección práctica de fines para la acción política y jurídica, debiendo ésta ser sustituida por la explicación técnica de los procesos sociales, fundada en las reglas de funcionamiento inherentes a la propia estructura del sistema. La *Systemtheorie* implica, además, la negación radical de cualquier intento de legitimación o de justiprecio crítico de las normas y comportamiento jurídicos en base a su contenido, reemplazando estos criterios por el mero análisis de su sujeción formal al procedimiento. Un procedimiento que no alude para nada al principio de la formación democrática del consenso, sino a razones de corrección formal y a exigencias técnicas de eficacia⁽³²⁾.

Este planteamiento desconoce que no sólo la filosofía sino cualquier disciplina histórico-social no puede quedar relegada a ofrecer un conocimiento teóricamente provechoso, sino que debe suministrar criterios para orientar la acción. En segundo término, bajo la apariencia de un razonamiento técnico y neutral, la *Systemtheorie* supone una justificación de la ideología tecnocrática al excluir la discusión racional de la propia estructura y función del sistema jurídico. Con ello, las principales cuestiones de la convivencia social quedan relegadas: o a funciones de subsistemas que obedecen a procesos de autorregulación (razón instrumental tecnológica), o a una decisión arbitraria (decisionismo). La *Systemtheorie* niega así a la

Kritik des Rechts, Athenäum, Frankfurt a. M. 1974, esp. pp. 85 ss.; y Rudolf Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, en colaboración con Rudolf Bernhardt y Erhard Denninger, Fischer, Frankfurt a. M., 5ª. reimpresión, 1976, esp. pp. 12 ss y 26 ss. Vid. también sobre el tema la panorámica general trazada por Wolfgang Fikentscher, en el apartado sobre «Die Bedeutung der kritische Theorie für die Methode des Rechts», en su *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. III, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 602 ss.

⁽³²⁾ N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Westdeutscher, Köln-Opladen, 2ª. ed., 1971, pp. 116 ss.; *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 1969, pp. 148 ss. y 172 ss. Vid también cuanto sobre el pensamiento de Niklas Luhmann se expone en el Capítulo VII en relación con su concepción de la Dogmática jurídica.

teoría social cualquier virtualidad crítica o emancipadora que, para la Filosofía de la experiencia jurídica, sigue constituyendo la razón de ser última de la reflexión filosófica, su horizonte utópico situado en la lucha por la sociedad justa que garantice el pleno desarrollo de la persona en una comunidad definitivamente desalienada⁽³³⁾.

La Filosofía de la experiencia jurídica implica también un rechazo de cualquier tentación «cientificista», esto es, de la concepción ideológica de la ciencia a tenor de la cual ésta no supone una de las formas posibles de conocimiento, sino el único conocimiento posible⁽³⁴⁾. Esta perspectiva, que implica una negación de la Filosofía al reducirla a la mera duplicación del conocimiento científico ha penetrado, a través de pasadas fundamentaciones positivistas y presentes neopositivistas, en la concepción de la Filosofía del Derecho. Debe advertirse que la Filosofía de la experiencia jurídica ni desconoce ni niega la necesidad de partir de un conocimiento científico de la experiencia y huye de cualquier pretensión de reputar el conocimiento filosófico como algo ajeno o superior al conocimiento científico; pero rechaza, con idéntico énfasis, la absolutización de cualquier versión histórica de la ciencia⁽³⁵⁾, al tiempo que propicia la investigación epistemológica sobre el fundamento práctico normativo de las ciencias, así como la crítica de sus consecuencias sociales.

⁽³³⁾ Es bien conocida la implacable crítica realizada por Jürgen Habermas a los planteamientos de Niklas Luhmann, especialmente en sus trabajos: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, en el vol. de J. Habermas y N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Theorie-Diskussion*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1971, pp. 137; *Zum Theorienvergleich in der Soziologie am Beispiel der Evolutionstheorie*, en su vol. *Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1976, pp. 129 ss., esp. pp. 142-143.

⁽³⁴⁾ Cfr. J. Habermas, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1967; *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 11ª. ed., 1981.

⁽³⁵⁾ Sobre la crítica a la concepción de la ciencia subyacente al positivismo y al neopositivismo es particularmente interesante el libro de Karl R. Popper, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, trad. cast. de N. Míguez, Paidós, Buenos Aires, 2ª. ed., 1979, pp. 43 y ss. y 250 ss.; así como los trabajos métodos de la Escuela de Erlangen y el «constructivismo» de Paul Lorenzen expuesto, entre otros, en su vol. *Konstruktive Wissenschaftstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1976; y en su ensayo *Constructivismo material*, trad. cast. de C. García Trevijano, en el vol. col. a cargo de Ch. Bontempo y S.J. Odell, *La lechuza de Minerva ¿Qué es Filosofía?*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1979, pp. 131 ss. Son también de gran importancia

Una de las actitudes más representativas de esa orientación «cientifista» quizá sea la defendida recientemente por Enrico Pattaro. A partir de un enfoque de inspiración neopositivista Pattaro reformula la distinción de Carnap entre problemas objetivos y problemas lógicos, sustituyéndola por la diferencia entre entidades extralingüísticas (cosas, personas, hechos, comportamientos...) y entidades lingüísticas (palabras, frases, segmentos de lenguaje...), y considera como razonamientos de primer grado los que se refieren a las primeras, y de segundo grado los que versan sobre las segundas. A continuación partiendo de la famosa tesis de Wittgenstein (*Tractatus logico-philosophicus*, proposición 4.0031) a tenor de la cual la filosofía es crítica del lenguaje, entiende que la Filosofía es (al menos) un metalenguaje. Tras este planteamiento, Pattaro sostiene que la Filosofía del Derecho es un metalenguaje, o lenguaje de segundo grado, que tiene un triple objeto, constituido siempre por entidades lingüísticas referidas al Derecho: 1) los enunciados y proposiciones de las distintas ciencias jurídicas; 2) los juicios de valor propuestos por las diversas deontologías en sus ideologías o en sus concepciones sobre la justicia; y 3) los enunciados normativos (leyes, sentencias, informes de los abogados...). Para concretar este objeto amplísimo de la Filosofía jurídica Pattaro advierte que: desde un punto de vista del método no todos los metalenguajes sobre el Derecho son Filosofía del Derecho, sino únicamente aquellos que contribuyen a atribuir orden, claridad y funcionalidad al lenguaje jurídico; y desde el punto de vista de los objetos que deben entenderse como entidades jurídico-lingüísticas, para evitar incurrir en una definición *a priori* de lo que es «jurídico», concluye

para el análisis del concepto moderno de las ciencias a partir de una crítica de la concepción neopositivista las investigaciones de H. Albert, T.S. Kuhn, I. Lakatos... Para la superación de la versión «cientifista» del marxismo ha sido decisiva la obra de Robert Havemann, *Dialéctica sin dogma. Ciencia Natural y concepción del mundo*, trad. cast. de M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1967; son también de interés al respecto los trabajos de: L. Geymonat, «Metodología neopositivista e materialismo dialettico»; y de B. Cermignani, «Dialettica scientifica» e dialettica della scienza. *Problemi della critica marxista della scienza*, incluidos en el vol. monográfico núm. 6, 1972 de «Crítica marxista» *Sul marxismo e le scienze*, pp. 24 ss. y 90 ss., respectivamente. Por último, sobre las repercusiones de estos planteamientos en la Filosofía y las ciencias sociales cfr. aparte de los trabajos de Habermas cit. en la nota anterior, el vol. col. de Th. Adorno y otros, sobre *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Grijalbo, Barcelona 1972; y el vol. col. a cargo de E. Topitsch, *Logik der Sozialwissenschaften*, Kiepenheuer & Witsch, Köln-Berlín, 8ª. ed., 1972.

afirmando que la Filosofía del Derecho al ocuparse de entidades lingüísticas, de lenguajes, que o son Derecho o tienen que ver con el Derecho, se ocupan de aquello que según la tradición es, o tiene que ver con, el Derecho. («La filosofia del diritto, occupandosi di entità linguistiche, di linguaggi, che o sono diritto o hanno a che vedere con il diritto, si occupa di ciò che secondo la tradizione è, o ha a che vedere con il, diritto»⁽³⁶⁾).

Las principales objeciones que desde mi punto de vista pueden formularse contra la tesis de Pattaro afectan respectivamente al método, al objeto y a la finalidad que de su concepción de la Filosofía del Derecho se desprende.

Respecto al método el principal escollo con el que tropieza su propuesta es el de la articulación de las relaciones entre Filosofía y Ciencia del Derecho. A tenor de su tesis, la Filosofía aparece como una duplicación del contenido que, también desde premisas analítico lingüísticas, se asigna a la Ciencia jurídica. Así, por ejemplo, es sabido que para Bobbio la Ciencia del Derecho tiene, precisamente, como función primordial purificar, completar y sistematizar el lenguaje del legislador⁽³⁷⁾. El intento de Pattaro de eludir esta posible objeción a través de una crítica de la teoría de la Ciencia jurídica en Bobbio no resulta convincente⁽³⁸⁾, ya que no acierta a precisar

⁽³⁶⁾ E. Pattaro, *Filosofía del diritto. Diritto. Scienza giuridica*, CLUEB, Bologna, 1978, p. 42, las tesis reseñadas se encuentran en las pp. 34 ss. (De esta obra existe una trad. cast. de J. Iturmendi, Reus, Madrid, 1980; aquí se cita por el original italiano). Creo necesario puntualizar que mi discrepancia con el Prof. Pattaro sobre el concepto y función de la Filosofía del Derecho no implica, en modo alguno, desconocer o infravalorar el rigor teórico de su planteamiento. Es más, precisamente, su tesis se toma aquí como arquetipo de un determinado modo de concebir la disciplina, por la coherencia interna de su postura y la fidelidad a las premisas del neopositivismo y del realismo escandinavo que, en la mayor parte de las ocasiones, la inspiran y que tan bien conoce. El imperativo intelectual de contribuir al desarrollo del saber con la libre crítica, antes que con el halago fácil o el conformismo dogmático, se ve en mi caso acrecentado por los antiguos lazos de amistad que me unen a Enrico Pattaro desde la época en que ambos tuvimos la fortuna de recibir, en la Universidad de Bolonia, el inolvidable magisterio de Guido Fassò.

⁽³⁷⁾ N. Bobbio, Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje, en el vol. *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. cast. y Estudio preliminar a cargo de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 173 ss.

⁽³⁸⁾ Op. cit., pp. 134 ss.

cual sea la peculiaridad distintiva del análisis lingüístico filosófico en relación con el científico. De otro lado, la conversión de la Filosofía del Derecho en metalenguaje excluye la relación directa del filósofo del Derecho con la experiencia jurídica, para someterla a crítica y para orientación futura de la praxis, tarea que ha constituido una de las formas habituales de hacer Filosofía del Derecho⁽³⁹⁾. Es más, en nuestros días, Ronald Dworkin en la Introducción de un volumen que recoge algunas de las más interesantes y recientes aportaciones de la Filosofía jurídica anglosajana (aparte del trabajo del propio Dworkin se recogen, entre otros, los de: Lord Devlin, Hart, Rawls, Finnis...), no duda en señalar que la Filosofía del Derecho es el estudio de los problemas filosóficos nacidos de la existencia y la práctica del Derecho; y añade que los trabajos incluidos en dicho Reading muestran que la Filosofía jurídica no es un estudio de segundo grado que toma como objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que, por el contrario, entraña en sí misma el nervio del razonamiento jurídico⁽⁴⁰⁾. En otros términos, la propuesta de Pattaro supone, en la práctica, la condena al silencio del filósofo del Derecho en gran parte de las cuestiones más candentes de nuestra convivencia y que indudablemente «tienen (mucho) que ver con el Derecho». Problemas tales como la distribución de la riqueza, la explotación, las amenazas tecnológicas contra la libertad, la discriminación, la violencia, la utilización racional y equilibrada (ecológica) de la naturaleza... no podrían ser objeto directo de análisis por parte del iusfilósofo si previamente no se habían incorporado al lenguaje de la Ciencia jurídica, de la norma jurídica positiva, de los operadores del Derecho o, al menos, de

⁽³⁹⁾ En su sugerente investigación sobre los diversos modos o «modelos» habituales de hacer Filosofía del Derecho, Enrico Di Robilant ha reseñado junto a los trabajos de tipo metateórico, en los que actuaría como metalenguaje respecto a proposiciones lingüísticas de carácter doctrinal, otro tipo de investigaciones dirigido al conocimiento de la experiencia social o de sus fenómenos, o de finalidad inmediatamente práctica orientada a: mostrar las consecuencias prácticas de una doctrina; indicar los medios para el logro de determinados fines; o responder a problemas ético-jurídicos o proponer principios normativos para la acción. *Modelli nella filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 11 ss.

⁽⁴⁰⁾ R. Dworkin, Introducción al vol. col. ed. a su cargo, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, p. 1. Cfr. también el trabajo de Gerd Roellecke, Die Funktion der Rechtsphilosophie in der Praxis des Rechts, en el vol. col. a cargo de Th. Würtenberger, *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, Klostermann, Frankfurt a. M. 1971, pp. 11 ss.

algún «deontólogo». Además el metalenguaje iusfilosófico al proyectarse sobre su objeto de primer grado ve limitada su función al análisis del «orden, claridad y funcionalidad» formal de las expresiones lingüísticas sobre el Derecho, pero sin penetrar en la crítica de su contenido. Se desemboca así en una situación pareja a la del silencio *in rebus philosophicis* consecuencia del célebre aserto del primer Wittgenstein a tenor del cual: «el verdadero método de la Filosofía sería: no decir nada sino aquello que se pueda decir», pero lo que se puede decir, o sea las proposiciones de la Ciencia natural «nada tienen que ver con la Filosofía» (*Tractatus logico-philosophicus*, proposición 6.53)⁽⁴¹⁾.

En lo referente al objeto del análisis del lenguaje filosófico jurídico, Pattaro tras definirlo en términos de singular amplitud: «todas las entidades lingüísticas que son Derecho o tienen que ver con el Derecho» se ve precisado, para no incurrir en la inconsecuencia de formular un concepto apriorístico del Derecho, a reconocer que dichas formas no son otra cosa que lo que la «tradición» entiende por Derecho. Lo que equivale a admitir implícitamente que las formas lingüísticas del Derecho son los modos de manifestarse la experiencia jurídica. Ahora bien, para Pattaro el objeto del análisis filosófico-jurídico son tan sólo las expresiones del lenguaje técnico-científico sobre el Derecho, por lo que cabe deducir que la «tradición» a la que apela es sólo aquella de carácter científico o técnico. Con ello se aparta de lo que ha sido la evolución de las corrientes analítico-lingüísticas, evolución perfectamente identificable en las dos etapas del pensamiento de Wittgenstein, desde los rígidos planteamientos neopositivistas iniciales del *Wiener Kreis* (Círculo de Viena), que circunscriben el análisis filosófico a las proposiciones del lenguaje científico, a la ampliación sucesiva de su objeto a las distintas formas del lenguaje común. Ello debiera traducirse, en el marco de la Filosofía jurídica en la revalorización, desde premisas analíticas, de las formas lingüísticas sociales e históricas en las que el hombre común expresa su experiencia del Derecho⁽⁴²⁾. Pattaro no lo estima así con lo que se evidencia el carácter restrictivo de un análisis filosófico jurídico que tra-

(41) L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. cast. de E. Tierno Galván, Revista de Occidente, Madrid, 1957, p. 191.

(42) Esta es la orientación a que responde el empleo del análisis lingüístico en los Capítulos II y III.

za una fractura insalvable entre las proposiciones técnico-científicas de la experiencia jurídica y las expresiones jurídicas del lenguaje común que constituyen parte insoslayable de dicha experiencia.

Por último, la tesis de Pattaro, en el plano de los fines de la Filosofía del Derecho, corre el riesgo de consagrar la ideología de la separación entre el Derecho recluido en el caparazón formal de sus expresiones lingüísticas científicas y técnicas y sus supuestos sociales, éticos, políticos y económicos, con lo que se perpetúa el aislacionismo de la reflexión jurídica respecto al contexto histórico del que y para el que surge⁽⁴³⁾. No debe, por tanto, causar sorpresa que el profesor de Bolonia entienda que la deontología, entendida como reflexión crítica en base a los valores que señalen cómo debe ser el Derecho, no tiene cabida en la Filosofía del Derecho⁽⁴⁴⁾. La tentación «cientificista», subyacente a esta versión de la Filosofía jurídica, renuncia, de este modo, a ofrecer un programa para la acción y abdica de la responsabilidad irrenunciable de todo filósofo (también del filósofo del Derecho) de contribuir a la «ilustración» racional de la experiencia y del horizonte de valores que aparecen como meta y, a la vez, como medida de toda convivencia histórica y social. Esa «ilustración» racional no puede prescindir del análisis lingüístico desde el momento en que el lenguaje, en especial el político y el jurídico, se han convertido en un instrumento de control y manipulación. Pero para cumplir tal misión es preciso que el análisis lingüístico de la experiencia jurídica surja de un compromiso crítico desde el cual pueda depurar a la experiencia jurídica de la distorsión y falsificación de su lenguaje.

⁽⁴³⁾ Cfr. lo expuesto en el Capítulo I.

⁽⁴⁴⁾ Op. cit., p. 33. Enrico Pattaro admite un caso en el que la teoría de los valores puede sustraerse a la crítica neopositivista que sería aquel en el que el valor (la justicia) se identificara con la utilidad. En este supuesto los valores se identificarían con los hechos y los juicios de valor con los juicios sobre hechos. Sin embargo, incluso esta concepción de los valores y los juicios de valor corre el riesgo de caer bajo la crítica neopositivista en sus aplicaciones prácticas; es decir, al tener que cuantificar y sustraer a las valoraciones subjetivas el criterio de utilidad (pp. 32-33). La dificultad de conciliar una concepción filosófica neopositivista o una teoría del Derecho realista (en el sentido del realismo escandinavo) con una teoría utilitarista de la justicia fue ya claramente advertida por Alf Ross, en su *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, pp. 289 ss.

A través de la crítica de algunas de las posturas filosófico-jurídicas más significativas de nuestro tiempo he pretendido perfilar, de forma programática, el significado y orientación de la Filosofía de la experiencia jurídica, al menos tal como yo la entiendo. Al recoger ahora el hilo conductor de estas reflexiones cifraré su síntesis en la observación de que la Filosofía de la experiencia jurídica se siente solidaria, con los matices y desde las premisas que se ha tenido ocasión de exponer, con las grandes tareas tradicionalmente asignadas a toda reflexión filosófica: facilitar el conocimiento y propiciar una explicación racional de la realidad, en nuestro caso de la experiencia jurídica, para lo que le resulta indispensable contar con el apoyo de las ciencias jurídicas; y valorar y orientar en sentido crítico las formas concretas de la experiencia jurídica hacia modos de convivencia cada vez más libres y justos.

CAPÍTULO IV

**LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
COMO DISCIPLINA FILOSÓFICA**

SUMARIO: 1. Los temas de la Filosofía del Derecho: las concepciones tridimensionales del Derecho y de la Filosofía jurídica; 2. La Filosofía del Derecho como Gnoseología jurídica: 2.1. La argumentación jurídica; 2.2. Sistemas expertos jurídicos; 2.3. Experiencia jurídica y conocimiento del Derecho; 3. La Filosofía del Derecho como Ontología jurídica; 4. La Filosofía del Derecho como Deontología jurídica.

1. LOS TEMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: LAS CONCEPCIONES TRIDIMENSIONALES DEL DERECHO Y DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Tras la aproximación sistemática e histórica del concepto de Filosofía del Derecho, se hace preciso abordar el problema del alcance de su contenido a partir del estudio de los temas que lo constituyen.

El problema reviste especial dificultad, pues, como ha escrito Fernández-Galiano «la realidad fija e inmóvil de los objetos naturales hace que las ciencias que se ocupan de ellos presenten unos programas temáticos concretos y muy definidos, al contrario de lo que ocurre cuando —como en el caso del Derecho— el filósofo o el científico se enfrenta con una realidad proteica que, por lo mismo, es susceptible de ser enfocada desde muy distintos puntos de vista, cada uno de los cuales planteará el correspondiente problema. Añádase a ello que la posición filosófica que en cada caso sirva de punto de partida, lógicamente habrá de predeterminar una selección en los puntos a tratar ...⁽¹⁾.

⁽¹⁾ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 30.

De estas razones parece que debiera desprenderse una absoluta dispersión temática en los trabajos de quienes se ocupan de la filosofía jurídica. Sin embargo, no es así, por el contrario suele advertirse la general coincidencia y reiteración de unos problemas fundamentales. Esta problemática suscitó particular atención al neokantismo alemán e italiano, dando origen a las llamadas concepciones tridimensionales del Derecho.

Ahora bien, cuando se expone esta materia se suele incurrir en una confusión que es fuente de no pocos equívocos. En efecto, cuando se aborda doctrinalmente este problema se alude:

- a) A las distintas perspectivas desde las que puede enfocarse el fenómeno jurídico y que dan lugar a una diversificación disciplinar;
- b) A las teorías que admitiendo la pluralidad de puntos de vista desde los que el Derecho puede ser asumido, insisten en la necesidad de integrarlos para salvaguardar la radical unidad de la experiencia jurídica;
- c) Por último, se puede también hacer referencia, desde un planteamiento más estricto, a las perspectivas desde las que la Filosofía jurídica considera al Derecho.

a) Entre las construcciones doctrinales que han dividido el estudio de la realidad jurídica en tres planos independientes, cabe reseñar las de Lask, Radbruch y Sauer llevadas a cabo a partir de la «filosofía de la cultura».

Para Emil Lask el fenómeno jurídico debe ser estudiado bajo una tríplice perspectiva: como realidad objetivo-normativa, objeto de la Jurisprudencia, o ciencia jurídica, según el método dogmático; como un hecho social, objeto de la Sociología jurídica, según el método socio-teorético; o como un valor, objeto de la Filosofía del Derecho, según el método crítico o axiológico⁽²⁾.

Según Gustav Radbruch el *Methodendualismus* propugnado por Stammler que circunscribía la noción de Derecho a la dicotomía realidad-

⁽²⁾ *Filosofía jurídica*, ed. cast. de Martínez Paz, Buenos Aires, 1946, pp. 60 ss. Cfr. E. Galán, *La Filosofía del Derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico*, Reus, Madrid, 1944.

valor, debía ser superado por un *Methodenrealismus* surgido de la necesidad de distinguir juicios referidos a valores (*Wertbeziehungsurteil*) así como entre las categorías de naturaleza e idea es preciso reservar su puesto a la cultura. Teniendo esto presente, se realiza el tránsito del dualismo al trialismo⁽³⁾.

Esta concepción se traduce en tres formas distintas de enfocar el Derecho que dan lugar a tres disciplinas: la consideración del Derecho como un hecho cultural da lugar a la ciencia del Derecho (*Rechtswissenschaft*); la consideración del Derecho como un valor cultural a la Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*); y la consideración del Derecho superadora del valor, la consideración de su esencia o de su inesencialidad da lugar a una Filosofía religiosa del Derecho (*Religionsphilosophie des Rechts*). A su vez, la idea del Derecho, expresa según Radbruch tres exigencias fundamentales: la de justicia; la de seguridad; y la de finalidad, las cuales se hallan en perenne e irreductible antítesis⁽⁴⁾.

El Derecho a parte de garantizar la justicia y el orden social, es un medio dirigido a la satisfacción de determinados fines. Estos pueden ser individuales, colectivos, o culturales. Radbruch señala no ser misión de la Filosofía jurídica el establecer, de una vez para siempre, cuál de estos fines debe considerarse prevalente; ello depende de las diferentes concepciones del Derecho y del Estado fruto de las diferentes ideologías políticas. Este relativismo que ya entonces Radbruch reconocía que no podía ser la última palabra de la Filosofía del Derecho «Dieser Relativismus kann aber nicht das letzte Wort der Rechtsphilosophie bleiben»⁽⁵⁾, fue progresivamente abandonado en las publicaciones de la postguerra, en las que Radbruch ha ido identificándose con la postura iusnaturalista⁽⁶⁾.

(3) «Dieser Trialismus macht die Rechtsphilosophie zu einer Kulturphilosophie des Rechts», escribía textualmente Radbruch en su *Rechtsphilosophie*, Quelle & Mayer, Leipzig, 3ª. ed., 1932, p. 25.

(4) Op. ult. cit., pp. 70-5. Para una crítica de esta concepción antinómica de la Filosofía jurídica vid. G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la Philosophie pluraliste du Droit*, Pedone, París, 1935, pp. 200-231; E. Luño, *La Justicia social*, en «Universidad», 1933, fas. 3, p. 848.

(5) Op. cit., p. 70.

(6) Cfr. sus trabajos: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en «Süddeutsche Juristenzeitung», 1946, pp. 105-108, recogido ahora en la nueva

También en el seno de la «filosofía de la cultura» formuló Wilhelm Sauer su teoría tricotómica del Derecho —*Dreiseiten Theorie des Rechts*—. Para Sauer tres dominios científicos se disputan el conocimiento de los problemas filosóficos del Derecho, del Estado y de la Sociedad: la ciencia jurídica adopta como punto de partida la vida del Derecho; la sociología la vida social; la filosofía los valores; y una y otra tratan de establecer leyes generales. Sauer aun insistiendo en la autonomía de estas perspectivas de enfoque del Derecho, el Estado y la Sociedad, reconocía las interferencias producidas en la práctica entre las mismas⁽⁷⁾.

Posteriormente Sauer se planteó si esa yuxtaposición de perspectivas no correspondía a una discriminación óptica, inherente a la propia realidad jurídica, antes de resultar el mero producto de la actitud metódica del investigador⁽⁸⁾.

Sauer sostiene que el Derecho, como cualquier otro objeto, puede ser considerado bajo tres enfoques: el de la materia (*Stoff*), el de la forma (*Form o Norm*) y el de la idealidad o del valor (*Idee o Wert*). El Derecho aparece así como el concretarse de la justicia (el valor) en la vida social (la materia) mediante normas vinculantes (la forma).

Desde una perspectiva doctrinal muy diversa a la de la «filosofía de la cultura» ha defendido también una concepción tricotómica de la experiencia jurídica Julius Stone. Este autor sostiene que el estudio del Derecho se compone de tres partes: La Jurisprudencia analítica (*Analytical Jurisprudence*) que cumple el papel de una teoría general del Derecho; la Jurisprudencia sociológica o funcional (*Sociological or Functional Jurisprudence*) que considera al Derecho en su función de instrumento de control social; y la Jurispru-

ed. de su *Rechtsphilosophie* a cargo de E. Wolf, Koehler, Stuttgart, 6ª. ed., 1963, pp. 347-357; *Die Erneuerung des Rechts*, en «Die Wandlung», 1947, pp. 8-16, recogido en el vol. col. a cargo de W. Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962, pp. 1-10. Cfr. sobre el pensamiento de Radbruch en la postguerra; A. Baratta, *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1959, pp. 505-537; M. A. Cattaneo, *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: Dal relativismo al giusnaturalismo*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1959, pp. 61-80.

(7) *Filosofía jurídica y social*, trad. cast. de Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1933, pp. 11 y 112 ss.

(8) *Juristische Methodenlehre*, Kohlhammer, Stuttgart, 1940, pp. 37 ss.

dencia crítica o ética (*Theories of Justice or Critical or Censorial or Ethical Jurisprudence*) que indaga los criterios y valores que inspiran el derecho positivo de una sociedad determinada⁽⁹⁾.

Por último, y dado que con esta exposición no se persigue hacer una enumeración exhaustiva, cabe reseñar la teoría jurídica de García Máynez. El profesor mejicano sostiene que existen tres puntos de vista para definir el Derecho, que responden a otras tantas formas de entender el fenómeno jurídico: bien en su aspecto axiológico, como Derecho intrínsecamente válido, o sea como derecho justo; en su aspecto normativo, como regla formalmente establecida por el poder público, esto es, como derecho positivo; y por último, en su aspecto sociológico, atendiendo a su cumplimiento regular efectivo, esto es, como derecho eficaz. Estos puntos de vista son irreductibles entre sí a un sentido unívoco, y en la práctica no se implican recíprocamente, aunque García Máynez reconoce la aspiración ideal de que los tres aspectos coincidan en la norma⁽¹⁰⁾.

b) La necesidad de dar una visión integradora de la experiencia jurídica, capaz de englobar en una unidad los diversos aspectos de la misma, es la principal aspiración que late en los trabajos de Recaséns Siches, Reale y Rodríguez Paniagua.

A juicio de Recaséns el Derecho puede ser estudiado desde tres puntos de vista: como valor; como norma vigente; y como hecho. Sobre estas tres versiones de lo jurídico puede proyectarse un estudio científico y filosófico, que da origen a las diversas disciplinas.

El Derecho como norma con vigencia formal será estudiado filosóficamente por la Teoría General o Fundamental del Derecho, y científicamente por la Ciencia jurídica Dogmática o Técnica de las diversas partes de un orden jurídico positivo.

El Derecho considerado como un conjunto de peculiares hechos humanos sociales, será estudiado filosóficamente por la Culturología jurídica, y científicamente por la Sociología del Derecho, en términos generales, y por la Historia del Derecho, en sus concreciones particulares.

⁽⁹⁾ *The Province and Function of Law. Law as Logic, Justice and social Control*, Maitland Publications, Sydney, 2ª. ed., 1950, pp. 30-2.

⁽¹⁰⁾ *La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Stylo, México, 1948, pp. 9 ss.

Los temas axiológicos sobre el Derecho serán estudiados, filosóficamente por la Estimativa jurídica, y en cuanto a las aplicaciones concretas por la Política del Derecho.

«Pero, y es importante acentuar esto enérgicamente —afirma Recaséns— todas esas disciplinas que pueden ser relativamente distintas, no deben de ningún modo aspirar a constituirse por entero como independientes. Por el contrario, entre los tres puntos de vista median esencialmente recíprocas conexiones, las cuales deben reflejarse por necesidad en cada una de esas disciplinas»⁽¹¹⁾.

Fiel a este propósito integrador define el Derecho como «el conjunto de normas humanas, es decir, elaboradas por los hombres en una situación histórica, apoyadas e impuestas por el poder público, normas con las cuales se aspira a realizar un valor»⁽¹²⁾.

Rodríguez Paniagua ha distinguido recientemente tres concepciones del Derecho, que responden también a tres modos de enfocar su significación:

- a) La concepción estatal-formalista que ve en el Derecho el ordenamiento normativo de la conducta humana;
- b) la concepción sociológica-realista, que ven en el Derecho un orden al servicio de los fines sociales;
- c) y la concepción crítico-valorativa, que insiste en considerar al bien común exigido por la justicia como la nota distintiva del Derecho.

Tras un análisis detenido de estas concepciones, que en opinión de Rodríguez Paniagua pueden combinarse entre sí, pero sin que sean reductibles conceptualmente, se inclina por una definición del Derecho integradora de las exigencias de estas tres concepciones. «Derecho es —nos dice— el orden de las relaciones humanas consideradas imprescindibles para la vida social, inspirado por la justicia y generalmente acatado, cuyas transgresiones pueden ser sometidas a la coerción»⁽¹³⁾.

(11) *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2ª. ed., 1961, p. 162.

(12) Op. ult. cit., p. 158. Cfr. también su *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1970, pp. 44-47 y 80-82.

(13) *Hacia una concepción amplia del Derecho Natural*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 62; vid. mi recensión de esta obra en «Revista Jurídica de Cataluña», 1971, pp. 459-460.

Dentro de la postura tridimensional, el paso más decidido hacia la integración de las diversas perspectivas del enfoque del fenómeno jurídico, lo ha dado Miguel Reale con su teoría del tridimensionalismo dinámico. Reale distingue también la posibilidad de concebir el Derecho como hecho, norma y valor y traza en base a esta distinción el siguiente cuadro:

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	NOTA DOMINANTE	CONCEPCIONES UNILATERALES
Hecho	Eficacia	Sociologismo jurídico
Valor	Fundamento	Moralismo jurídico
Norma	Vigencia	Normativismo abstracto
Tridimensionalidad específica		

Ahora bien, a su juicio es preciso realizar un análisis ulterior que desenvuelva los resultados a que se llega en un estudio por separado del hecho, el valor y la norma, como si se tratase de aspectos de una realidad escindible, ya que «é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sôbre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatôres»⁽¹⁴⁾.

El tridimensionalismo halla su base en dos condiciones esenciales: se refiere la primera al concepto de valor, al reconocimiento de que representa el triple papel de elemento constitutivo, gnoseológico y deontológico de la experiencia ética; la segunda es relativa a la implicación que existe entre el valor y la historia, esto es, entre las exigencias ideales y su proyección en la circunstancia histórico-social como valor, deber ser y fin⁽¹⁵⁾.

c) Un paso más en el proceso de integración del tridimensionalismo lo hallamos en aquellas teorías que lo circunscriben a la Filosofía jurídica. Aquí ya no se trata de distintos ángulos de estudio de la experiencia jurídica, a los que corresponden otras tantas disciplinas, sino que lo que se mantiene es una pluralidad dimensional inherente al contenido de la Filosofía del Derecho. Ello supone el paso de una postura extra-sistemática, a una postura intra-sistemática, de forma que si las posiciones anteriores venían a

⁽¹⁴⁾ *Filosofia do Direito*, Saraiva, São Paulo, 5ª. ed., 1969, vol. II, p. 450.

⁽¹⁵⁾ Op. ult. cit., p. 476.

delimitar el dintorno de la Filosofía del Derecho por exclusión, las que ahora se abordan se dirigen a evidenciar su contorno a partir de los caracteres intrínsecos del saber filosófico.

La teoría de los tres fines (*dei tre compiti*) de la Filosofía jurídica ha gozado de gran predicamento en el moderno pensamiento italiano. Es muy probable que a su introducción contribuyeran poderosamente Rosmini y Petrone. Para Rosmini la Filosofía del Derecho desenvuelve tres tareas fundamentales: la investigación racional del concepto del Derecho; el estudio de las leyes positivas; y por último, la crítica valorativa de la experiencia jurídica⁽¹⁶⁾.

Por su parte Petrone desarrolló su investigación sobre la Filosofía jurídica alemana en base a tres criterios: el gnoseológico, referente a la experiencia del Derecho; el ontológico, referente a su problemática histórica; y el ético en el que se plantea la antítesis Iusnaturalismo-Positivismo jurídico⁽¹⁷⁾.

La teoría de los tres fines, adquirió su más acabada expresión en los trabajos de Vanni⁽¹⁸⁾, Ravá⁽¹⁹⁾ y Del Vecchio⁽²⁰⁾. Con ligeras variantes coinciden estos autores en asignar a la Filosofía del Derecho las tareas siguientes:

- a) Función gnoseológica y ontológica, en la que se fija la estructura del conocimiento jurídico y se investiga el concepto del Derecho;
- b) Función fenomenológica, dirigida a la determinación de los caracteres del Derecho a través de su devenir histórico;
- c) Función deontológica, cuyo objeto es la consideración del derecho en su deber ser, como valor fundamentador del ordenamiento positivo.

(16) *Filosofia del diritto*, Boniardi-Pogliani, Milano, 1841-3, vol. I., pp. 14 ss. Cfr. F. Battaglia, *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. cast. de Elías de Tejada y Lucas Verdú, Reus, Madrid, 1951, vol. I, p. 23.

(17) *Fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Spoerri, Pisa, 1895, pp. 177-236 passim.

(18) *Lezioni di filosofia del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1904, pp. 13 ss.

(19) *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Loeschcr, Roma, 1907; *Il diritto come norma tecnica*, Dessi, Cagliari, 1911, pp. 45 ss.

(20) *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 7ª. ed., 1950, pp. 2-4.

Partiendo de premisas diversas mantienen, a su vez, una concepción tricotómica de los temas de Filosofía jurídica Norberto Bobbio y Michel Villey.

Para Bobbio la Filosofía del Derecho se halla compuesta de tres partes que denomina respectivamente:

- a) Teoría del Derecho, encaminada a determinar el concepto del Derecho;
- b) Teoría de la Justicia, entendida como el estudio de aquel conjunto de valores, bienes o intereses por cuya protección luchan los hombres a lo largo de la historia, recurriendo a esa técnica de convivencia llamada Derecho;
- c) Teoría de la Ciencia jurídica, bajo cuyo epígrafe se investigan los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para afirmar, interpretar, completar y conciliar entre sí, las reglas de un sistema jurídico⁽²¹⁾.

Por su parte Michel Villey afirma que el contenido de la Filosofía del Derecho se halla formada por:

- 1) Una Ontología jurídica, cuyo objeto es la determinación del concepto del Derecho;
- 2) Una Metodología jurídica, aplicada al estudio de las fuentes del Derecho y de la lógica interna del razonamiento jurídico.
- 3) Una Axiología jurídica, centrada en la valoración del contenido del Derecho, a partir de los principios de justicia⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Nature et fonction de la philosophie du droit, en «Archives de Philosophie du Droit», 1962, pp. 7-9. Este trabajo ha sido incluido posteriormente en la recopilación de estudios de N. Bobbio, traducido al castellano con Estudio preliminar a cargo de A. Ruíz Miguel, titulada *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia 1980, pp. 91 ss. Sobre la estructura temática de la Filosofía del Derecho en el pensamiento de Norberto Bobbio, vid. E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2ª. ed., 1980, pp. 249 ss.

⁽²²⁾ Qu'est-ce que la philosophie du droit, en «Archives de Philosophie du Droit», 1962, pp. 164-165.

Por último conviene también recordar la posición doctrinal de Cabral de Moncada, quien reconoce cuatro temas fundamentales en la investigación iusfilosófica:

- 1) El gnoseológico o teoría del conocimiento jurídico;
- 2) El ontológico, que investiga el ser de la realidad jurídica en su estructura;
- 3) El axiológico, que estudia el problema de los valores o fines valiosos de la actividad jurídica;
- 4) El metafísico, entendido como suprema unificación de los demás temas en una visión total de la realidad, que explique su sentido último en el seno del universo como principio de todo ser y valor⁽²³⁾.

En realidad, esta clasificación cuatripartita surge de haber considerado como un tema más de la Filosofía jurídica, lo que en otros autores es el elemento de engarce que integra los distintos planos del saber ius-filosófico en una determinada concepción de la Filosofía y de la vida.

Así Recaséns sostuvo la existencia de una triple consideración filosófica del Derecho: *a)* la de la Teoría fundamental o determinación de la esencia de lo jurídico y de sus formas y estructuras; *b)* la Ontología jurídica o indagación de qué índole de realidad tenga el Derecho y de cuáles sean sus maneras de existir (vigencia); *c)* la Estimativa jurídica o doctrinal de los valores o criterios ideales para el Derecho⁽²⁴⁾. Estos temas, a juicio de Recaséns, debían ser integrados en una concepción de la vida y del mundo, superando, con ello, en una radical unidad la multiplicidad de problemas filosóficos sobre el Derecho, y consiguiendo integrar su sentido en una Metafísica primera y total⁽²⁵⁾.

La exposición realizada hasta aquí permite observar como, pese a las divergencias terminológicas, existe un evidente acuerdo fundamental en la determinación del contenido de la Filosofía jurídica. En efecto, bajo rótulos más o menos certeros y generalizados, lo cierto es que la gran mayoría

⁽²³⁾ *Filosofia do Direito e do Estado*, Amado, Coimbra, 1947, pp. 2-8.

⁽²⁴⁾ *Estudios de Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª. ed., 1936, p. 30.

⁽²⁵⁾ Op. ult. cit., p. 36.

de iusfilósofos coinciden en reconocer que su investigación ha dado siempre en última instancia, una reflexión sobre el conocer, el ser y el deber ser de la experiencia jurídica. Este criterio puesto de relieve por Luño Peña⁽²⁶⁾, sirvió de pauta para articular nuestra aproximación filosófica al concepto del Derecho, siendo ahora preciso fijar con mayor amplitud el alcance de cada una de estas instancias.

2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO GNOSEOLOGÍA JURÍDICA

La Gnoseología jurídica se ocupa de todas las cuestiones referentes al problema del conocimiento del Derecho. La realidad social del Derecho en la que desarrollamos nuestra existencia y a partir de la cual elaboramos nuestras construcciones intelectuales, formulando juicios y teorías, debe ser estudiada en consonancia con las categorías gnoseológicas que hacen posible su conocimiento.

De la amplia nómina de perspectivas de enfoque que hoy inciden en la teoría del conocimiento jurídico, estimo oportuno aludir a tres que se abordarán en aproximación sucesiva: 1) las tesis que niegan la posibilidad de aplicar métodos lógico-formales al Derecho y se inclinan por la dimensión argumentativa del razonamiento jurídico; 2) las teorías que, por el contrario, admiten y defienden la posibilidad de proyectar la lógica formal al Derecho y consiguientemente propugnan la utilización de la inteligencia artificial y los sistemas expertos en el Derecho; y 3) la Filosofía de la experiencia jurídica como posible alternativa mediadora entre los planteamientos contrapuestos de esos dos modos de concebir la teoría del conocimiento jurídico.

2.1. La argumentación jurídica

La argumentación jurídica es un tipo de razonamiento que desde premisas verosímiles llega a conclusiones razonables. Se trata de un tipo de razonamiento concreto y adecuado al caso que, por ello, ha tenido en la

⁽²⁶⁾ *Derecho Natural*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 4ª. ed., 1961, pp. 66-67. Sobre la teoría del tridimensionalismo desde la concepción de la experiencia jurídica y la posibilidad de ampliar esas tres dimensiones con una cuarta: la historia, vid., Pérez Luño, A.E. con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 38 ss.

historia y tiene en la actualidad una gran importancia para la interpretación y aplicación del Derecho. En el seno de las teorías argumentativas actuales destacan aquellas que insisten en la importancia de los «tópicos» o lugares comunes como pautas para guiar la interpretación y orientaciones prácticas para la solución de las controversias jurídicas (Theodor Viehweg); así como las que destacan el carácter **retórico** de la lógica jurídica, que no opera con verdades absolutas tendentes a *demostrar* postulados exactos, sino mediante argumentos probables u opinables con los que se tiende a *persuadir* de la razonabilidad o buen sentido de sus premisas a la comunidad social y jurídica (Chaim Perelman). Deben también mencionarse los estudios tendentes a mostrar la estructura argumentativa del razonamiento jurídico y la consiguiente revalorización de la razón práctica, desarrollados por Luis Recaséns Siches, quien ha denominado a este tipo de racionalidad jurídica argumentativa el «logos de lo razonable». La relevancia general de la racionalidad práctica en los sistemas normativos ha sido objeto de un estudio de Joseph Raz, en el que concibe las «razones» (*reasons*) como relaciones entre hechos y personas, siempre que se trate de hechos con proyección normativa en cuanto que determinen la actuación debida. En el marco de tales inquietudes es también digno de mención el esfuerzo de Robert Alexy por sugerir reglas y procedimientos tendentes a garantizar la racionalidad de la argumentación jurídica. Se pretende evitar, de este modo, que las ineludibles valoraciones del jurista intérprete degeneren en juicios de valor subjetivos y arbitrarios. La referencia a las normas materiales y procesales aplicables al caso, la obligada consideración de los precedentes, así como las pautas orientadoras de la Dogmática jurídica institucionalmente cultivada, constituyen el horizonte en el que se proyecta la racionalidad práctica en el Derecho

Entre los argumentos retóricos o esquemas de razonamiento tópico con mayor proyección jurídica pueden citarse los siguientes: *a contrario*, *a simile*, *a fortiori* y *ad absurdum*.

a) Argumento a contrario

El argumento a contrario, que excluye la posibilidad de aplicar las consecuencias jurídicas previstas en una norma para un comportamiento o situación determinados, a otras conductas o situaciones no previstas en ella.

Se trata de una modalidad de interpretación literal o estricta de la ley, que se opone a cualquier extensión analógica de las consecuencias normativas. Así mientras la analogía opera en función del brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris*; es decir, que donde se dan mismas razones debe establecerse la misma calificación jurídica; el argumento *a contrario* parte de la premisa de que cuando la norma deseo determinadas consecuencias, lo estableció expresamente; cuando no, calló: *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*.

b) Argumento a simile

El argumento *a simile* o analógico opera a la inversa que el argumento a contrario. Este argumento permite aplicar a un supuesto no previsto por las leyes, las consecuencias jurídicas establecidas para otro semejante que sí se halla previsto en ellas, siempre que entre ambos exista identidad de razón. Nuestro Código civil prescribe que: «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otros semejantes entre los que se aprecie identidad de razón» (art. 4.1).

Este argumento se desprende de la máxima: *ubi eadem ratio, ibi eadem ius*. La determinación de los supuestos entre los que existe una semejanza basada en identidad de razón, corresponde al intérprete, en particular, al juez. Esta circunstancia conduce a que dicho argumento tienda a ampliar excesivamente el arbitrio judicial y a menoscabar la seguridad jurídica. Por eso la analogía no se admite en el ámbito penal, donde rige la tipificación estricta de los delitos y las penas de acuerdo con el principio de legalidad penal.

c) Argumento a fortiori

El argumento *a fortiori*, establece que las consecuencias jurídicas de una norma deben aplicarse *con mayor motivo* a conductas o situaciones no previstas en ella. Este argumento actúa de forma similar a la analogía, ya que en ambos supuestos se trata de proyectar las consecuencias jurídicas previstas en una norma para determinados supuestos, a otros no contemplados expresamente en ella. La diferencia estriba en que mientras la analogía se funda en la de similitud de los supuestos, el argumento *a fortiori* parte de la mayor o menor entidad del supuesto regulado respecto al no previsto. De ahí sus dos modalidades: a) el argumento *a minori ad maius*, y b) el argumento *a maiori ad minus*.

- a') El argumento *a minori ad maius* constituye una modalidad de argumento *a fortiori*, que se aplica en caso de prescripciones negativas; se parte de que si está prohibido lo menos con mayor razón debe considerarse prohibido lo más. Si, por ejemplo, se sanciona la circulación por la vía pública de perros sin bozal, con mayor motivo debe sancionarse la de un tigre.
- b') El argumento *a maiori ad minus* es una modalidad de argumento *a fortiori* que opera en supuestos de prescripciones positivas o normas permisivas; se debe admitir según el brocardo clásico que: «quien puede lo más, puede lo menos». Se ha objetado que no siempre es posible afirmar que quien puede lo más, puede también lo menos. Así, Perelman recuerda una Ley belga de 1919 que, para evitar el alcoholismo entre los pobres, autorizaba sólo las ventas de productos etílicos superiores a dos litros. La prohibición de no sobrepasar los cien Km./ hora autoriza a circular a treinta Km., pero no permite detener el vehículo en el centro de la carretera, argumentando que si está permitido circular a velocidad reducida, lo está *a fortiori* y, en virtud del argumento *a maiori ad minus*, proceder con velocidad cero. Por ello indica Giovanni Tarello que no se trata de un argumento cuantitativo: «a mayor cantidad», sino de un argumento cualitativo: «a mayor razón»⁽²⁷⁾.

d) Argumento apogógico o *ad absurdum*

El argumento apogógico o *ad absurdum*, establece que debe evitarse la interpretación de una norma que de lugar a consecuencias absurdas. Se basa en la presunción de la racionalidad del legislador, que hubiera descartado

⁽²⁷⁾ G.Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 357. Sobre la teoría de la argumentación jurídica, vid., entre otros: R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1978. (Trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990); M. Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Ch. Perelman, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, en col. con L. Olbrechts-Tyteca, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1970; L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, Fondo de Cultura Económica & UNAM, México, 1971; Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Beck, München, 1953. (De esta obra existe trad. cast. de L. Díez-Picazo, *Topica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964).

cualquier resultado social o jurídicamente nocivo de su actividad legislativa. Tiene gran actualidad por las tesis que defienden una actividad jurídica (legislativa, administrativa y jurisprudencial) orientada hacia las consecuencias. No obstante se ha reprochado a este argumento su *imprecisión* y *equivocidad* (Giovanni Tarello). Resulta *impreciso* por el carácter históricamente relativo y mutable de lo que se entiende por «absurdo», que difícilmente adquiere objetividad social. Si las consecuencias de una norma fueran consideradas por toda una colectividad como absurdas o no serían promulgadas, o no se plantearía su interpretación, porque se consideraría inútil interpretar un enunciado normativo cuyo carácter absurdo resultase evidente y admitido por todos. Lo que ocurre, en la mayor parte de ocasiones en que se utiliza este argumento, es que la norma resulta «absurda» para la opinión subjetiva de algunos, en cuyo caso el argumento resulta útil, pero a costa de perder precisión. La *equivocidad* hace referencia a que lo que se reputa como «absurdo» puede afectar a la aplicación de la norma o a los resultados de su aplicación, puede tratarse de absurdidad lógica, práctica o ética. De ahí, que más que un argumento unívoco se trata de una pluralidad de argumentos que responden a motivaciones y premisas distintas y que sólo tienen en común el operar *ad excludendum*; es decir, impidiendo la aplicación de las consecuencias de una norma a un caso o una generalidad de casos.

Para probar ese carácter impreciso y equívoco del argumento apogógico o *ad absurdum* baste tener presente que nuestro TC lo ha utilizado en función: de la *coherencia interna del ordenamiento*, excluyendo interpretaciones normativas opuestas a las normas o principios constitucionales, o contenidos en otras normas jurídicas positivas, o a su propia jurisprudencia; de la *eficacia del texto a interpretar*, para impedir opciones hermenéuticas que hagan ineficaces normas o principios del ordenamiento, que frustren su finalidad, o la vacíen de contenido, o que priven de competencias o de razón de ser a entes u órganos reconocidos por la ley; de la *coherencia institucional o pragmática*, para vetar interpretaciones que contradigan lo que se considera lógico en el mundo jurídico o en la práctica social. Según otras decisiones del TC sería también «absurdo» lo exagerado, lo no verificable en la realidad, lo infrecuente y lo superfluo⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. F.J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati, 1987.

2.2. Sistemas expertos jurídicos

Frente a quienes conciben el conocimiento jurídico como una forma de racionalidad práctica expresada a través de argumentaciones, se oponen las teorías propugnadoras de la posibilidad de aplicar modelos de racionalidad lógico-formal al Derecho.

Estas tesis se basan en los aspectos técnicos del lenguaje jurídico, así como en la coherencia y sistematicidad de los ordenamientos jurídicos. Esta dimensión lógica de los sistemas normativos jurídicos permite proyectar para su conocimiento y elaboración determinadas aplicaciones informáticas.

La posibilidad de proyectar la informática al Derecho se halla condicionada por las características del lenguaje jurídico. En los sistemas jurídicos evolucionados el lenguaje normativo ha adquirido un notable grado de precisión, lo que en opinión de los defensores de la proyección de la lógica formal y de la informática al Derecho, constituye un dato que avala y facilita tales aplicaciones. No se pueden ocultar, sin embargo, la existencia de dificultades para hacer del lenguaje jurídico un lenguaje exacto, unívoco y lógicamente riguroso. Tales dificultades no se circunscriben a su componente natural, ya que incluso los conceptos y categorías que integran el **lenguaje jurídico técnico**, a diferencia de cuanto sucede en las ciencias exactas, no siempre son utilizados en el mismo sentido, aun en el seno de un mismo ordenamiento jurídico, lo que comporta importantes problemas con vistas a su formalización. Un lenguaje técnico se halla integrado por un conjunto de términos dotados de un significado preciso. Esa precisión se logra a través de las consiguientes definiciones, dirigidas a dotar de un sentido unívoco y estricto a los términos de tal lenguaje. Las nociones de «hipoteca», «*enfiteusis*», «contrato», «licitud»... son algunos de los términos técnicos del lenguaje jurídico. Pero no todas las expresiones del lenguaje técnico del Derecho, tienen un significado exclusivamente jurídico. Abundan en el lenguaje jurídico supuestos de polisemia (acción, cuadrilla, capacidad, persona...) en los que una misma palabra podrá pertenecer al lenguaje natural o jurídico según su contexto. Estos problemas se agudizan cuando el lenguaje jurídico técnico no toma como punto de referencia normas, sino **proposiciones normativas**, es decir, los juicios o consideraciones de los juristas en relación con el sistema normativo. Las proposiciones normativas constituyen un lenguaje de segundo grado o

metalenguaje, utilizadas por la doctrina jurídica poseen una extensión lexical y una variedad sintáctica que, en muchas ocasiones, las hace estar más próximas al lenguaje común que al normativo. Además, en este tipo de lenguaje predominan las formas descriptivas sobre las prescriptivas o deónticas que conforman los rasgos peculiares del lenguaje jurídico normativo. La **lógica deóntica**, más allá de la pluralidad y heterogeneidad de sus acepciones, implica precisamente la posibilidad de extender las inferencias lógicas no sólo a las descripciones, sino a las prescripciones; es decir, permite construir una lógica de normas. En este sentido, el ordenamiento jurídico representa el contexto coherente y sistemático en cuyo seno pueden establecerse un sistema de conexiones, deducciones y decisiones lógicas. Todo ello, es muy relevante para la informatización del lenguaje jurídico en un doble sentido: porque a mayor estructuración lógica del lenguaje jurídico será más fácil su formalización informática; y porque la posibilidad de proyectar reglas lógicas sintácticas de las normas permite facilitar las operaciones del ordenador. No en vano las computadoras no utilizan conceptos semánticos, sino relaciones sintácticas. Los operadores deónticos (mandado, prohibido, y permitido) permiten, en definitiva, establecer relaciones de compatibilidad, coherencia y deducción dentro del contexto del ordenamiento jurídico, que pueden ser formalizadas en lenguaje informático. Al promediar la década de los setenta se conforma uno de los sectores más dinámicos y en constante evolución de la Informática jurídica metadocumental o decisional, el que se refiere a la aplicación al Derecho de la **inteligencia artificial (IA)** y los **sistemas expertos (SE)**. La inteligencia artificial alude al conjunto de actividades informáticas que si fueran realizadas por el hombre se considerarían producto de su inteligencia. La propia amplitud de estas operaciones que abarcan desde la comprensión de lenguajes naturales, el reconocimiento de imágenes o sonidos, hasta una amplia y diversa gama de juegos y simulaciones, han determinado una necesidad de acotar y delimitar su ámbito. A ello también ha contribuido la contradicción que supone predicar de entidades ajenas al hombre el rasgo humano por excelencia, o sea, la inteligencia. De ahí que hoy se aluda preferentemente a lo que es el sector más importante de la inteligencia artificial el que se refiere a los sistemas expertos. Tales sistemas incorporan, de una manera práctica y operativa, el conocimiento que posee un experto en la materia de que se trate. Consisten en programas que reproducen las actuaciones que ha previsto el experto que los diseña. Entre los sistemas

expertos más notorios de nuestros días se encuentran los dirigidos al diseño artístico o arquitectónico, la localización de yacimientos minerales y el diagnóstico médico. El paralelismo entre el diagnóstico clínico y el dictamen o razonamiento jurídico han propiciado una copiosa bibliografía sobre experiencias de aplicación de los SE al Derecho. Se indica que al igual que el médico dictamina en función de alojar los síntomas de la enfermedad en un cuadro de patologías, el jurista mediante el silogismo de la subsunción atribuye a unos hechos tipificados las consecuencias jurídicas previstas en la norma. En función de ello han proliferado en estos años una serie de proyectos y prototipos de **sistemas expertos jurídicos (SEJ)** en materias tales como liquidaciones tributarias, cálculo de indemnizaciones por accidentes laborales o de tráfico, predicción de las consecuencias jurídicas de impactos medioambientales, condiciones de adquisición de la nacionalidad y Derecho de familia, en concreto, matrimonio y divorcio⁽²⁹⁾.

2.3. Experiencia jurídica y conocimiento del Derecho

La Filosofía de la experiencia jurídica es consciente de la dimensión argumentativa del razonamiento jurídico, pero no admite que el Derecho o su conocimiento puedan reducirse a la argumentación o la tópica. Los ordenamientos jurídicos de las sociedades tecnológicamente avanzadas del presente se estructuran a tenor de los principios de coherencia y sistematicidad, lo que permite proyectar a su conocimiento y elaboración métodos lógico-formales, lógico-deónticos, así como aplicaciones informáticas. No obstante, en la medida en que los ordenadores pueden *procesar informaciones* y *establecer inferencias lógicas* pero no pueden *comprender* la multiplicidad de circunstancias que concurren en las conductas humanas, en la actualidad no es posible, ni deseable, una suplantación plena del razonamiento jurídico del juez o del abogado por el cálculo informático del ordenador. Sólo en aspectos de la experiencia jurídica rutinarios, standarizados, formalizables, con variables predeterminadas cerradas es posible recurrir a sistemas expertos capaces de ofrecer soluciones operativas. Pero incluso en esos casos el juez o el abogado no pueden abdicar de la responsabilidad de su decisión o de su dictamen para delegarla en el ordenador. Un correcto justiprecio de los sistemas expertos jurídicos exige superar las polaridades del dilema que comporta: Conce-

⁽²⁹⁾ Cfr., A. E. Pérez Luño, *Manual de informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

bir el Derecho y su conocimiento como un conjunto de argumentaciones o tópicos, con lo cual se dejan en la penumbra todos los aspectos lógico-sistemáticos que informan los ordenamientos jurídicos evolucionados; o se pone el énfasis en la estructura lógica de los sistemas normativos, soslayando sus aspectos y procesos no susceptibles de formalización. Frente a la manifiesta unilateralidad de esas concepciones, la experiencia jurídica recuerda que el Derecho no se agota en su componente normativa, a través de la que se expresa su estructura sistemática lógico-formal, porque también los datos socio-políticos y los valores son dimensiones integradoras del Derecho. Pero, precisamente en virtud de esa tridimensionalidad de la experiencia jurídica, la lógica forma parte irrenunciable del Derecho, sin que sea concebible un ordenamiento jurídico actual que no responda en su concepción y funcionamiento a determinadas pautas lógicas; es más, el desarrollo de esos aspectos lógico-formales no sólo es presupuesto de la perfección normativa del Derecho, sino condición para su eficacia social y para el logro de valores, como la seguridad jurídica, sin los que no es concebible el Derecho de las sociedades democráticas.

En el marco de una Filosofía de la experiencia jurídica el conocimiento del Derecho no se concibe como la mera proyección externa de determinados métodos lógicos. Desde estas premisas, el conocimiento no puede separarse de las acciones humanas, en cuanto se considera que es subsiguiente al actuar y, en definitiva es el producto de la experiencia vital. Sintetizando estas ideas Giuseppe Capograssi recordaba la tesis de Vico, a tenor de la cual: «para conocer es necesario tener experiencia vivida práctica de los que es el objeto del conocimiento»⁽³⁰⁾.

El propio Capograssi explicita el alcance de este enfoque metodológico, cuando señala que la acción es siempre más amplia que el conocimiento, porque la acción es la propia vida que se realiza en la radical solidaridad de sus posiciones y tendencias. En consecuencia para conocer es preciso vivir: experiencia y conocimiento no son compartimientos estanco, en el sentido de que se conoce aquello de lo que se tiene experiencia⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ G. Capograssi, *Il problema de la scienza del diritto*, en *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. II, p. 517.

⁽³¹⁾ G. Capograssi, op. ult. cit., pp. 518 ss. Op. ult. cit., p. 520. En el principio de Giambattista Vico a tenor del cual sólo se pueden conocer las cosas por quien las hace (*verum ipsum factum; verum et factum convertuntur*) formulado en su obra *De*

La propia intuición de Capograssi nos muestra⁽³²⁾ que si la Gnoseología jurídica pudiera hacer abstracción de la vida, si se separara de ella, como ha ocurrido en ocasiones, se hallaría sin fundamento, ya que se reduciría a la pura descripción de hechos jurídicos (sin tener, por otra parte, el criterio para distinguirlos de otros hechos sociales), o una vacía actividad de construcción de los elementos lógicos resultantes de las normas; se reduciría a una lógica abstracta y formal de la que escaparía la propia norma en su profunda conexión con la experiencia. En uno y otro caso, la Gnoseología jurídica no sería ya conocimiento del Derecho, sino construcción de algunos esquemas vacíos –de hechos o normas– que no guardarían ninguna semejanza con la realidad de la experiencia jurídica.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ONTOLOGÍA JURÍDICA

La Ontología jurídica tiene como principal objeto la determinación del concepto del Derecho a partir de su propia estructura óntica. Su interés se centra en la indagación de todos los problemas relacionados con el ser-Derecho.

antiquissima Itolorum sapientia, en *Opere*, I, ed. a cargo de G. Gentile y F. Nicoloni, Laterza, Bari, 1914, pp. 131 y 136, se ha llegado a ver un antecedente de la necesaria continuidad entre teoría y praxis auspiciada por Karl Marx. Su conocida 2ª. tesis sobre Feuerbach proclama, en efecto, que: «El problema de si al pensamiento humano se le puede atribuir una verdad objetiva, no es un problema teórico, sino un problema práctico. Es en la práctica donde el hombre tiene que demostrar la verdad, esto es, la realidad y fuerza, la terrenalidad de su pensamiento. El litigio sobre la realidad o irrealidad de un pensamiento que se aísla de la práctica, es una cuestión puramente escolástica». *Thesen über Feuerbach*, en *Marx Engels Werke*, Dietz, Berlín, 1956, vol. 3, pp. 4-5. Así, Antonio Gramsci al rechazar la interpretación idealista de Vico realizada por Croce, en la que el «hacer» se identifica con el «conocer» con lo que el principio viquiano quedaba reducido a una mera tautología, señalaba expresamente que tal principio «se debe poner en relación con la concepción propia de la filosofía de la praxis» y asimismo que: «la identificación de la teoría y la práctica es un acto crítico, con el cual se demuestra que la práctica es racional y necesaria o que la teoría es realista y racional». *Introducción a la filosofía de la praxis*, trad. cast. de J. Solé-Tura, Península, Barcelona, 1976, pp. 65-66. Sobre la incidencia de las tesis de Vico y Marx en la concepción de la experiencia jurídica de Giuseppe Capograssi, vid. el interesante trabajo de F. Tessitore, *Capograssi e il collettivismo dell'azione: i contatti ideali con Vico, Hegel, Proudhon e Marx*, en el vol. col. *La filosofía dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Morano, Napoli, 1976, pp. 63 ss.

(32) *Ibidem*, p. 522.

Sin embargo, en la iusfilosofía contemporánea el sentido dado al término Ontología jurídica no es unívoco, sino que puede revestir las modalidades siguientes:

a) La Ontología jurídica puede ser entendida como un estudio del ser real del Derecho, como estructura objetivada en normas e instituciones. Con ello se intenta indagar los caracteres ónticos de lo que se presenta en la experiencia como Derecho.

Esta es la dirección seguida por Maihofer, quien en base a la analogía entis existente entre el hombre y el Derecho, señala que el fundamento y fin de todo Derecho reside en la particularidad del ser como (*Alssein*), en el que el ser sí mismo (*Selbstsein*) debe completarse con la necesaria referencia al otro⁽³³⁾. A su vez, Maihofer ha señalado cómo el orden cumple una función ontológica al determinar las figuras sociales en su fisonomía auténtica, en su verdad, en su justicia. Esta justicia no viene dada por patrones ultraterrenos, sino por la objetiva peculiaridad del ser social, dada por los contextos del sentido del mundo. El legislador –según Maihofer– no puede inventar esas estructuras ónticas de juridicidad, sino encontrarlas⁽³⁴⁾.

Esta segunda postura de Maihofer nos permita abordar una ulterior dimensión de la Ontología jurídica.

b) En esta versión la Ontología jurídica aparece como un análisis que no se detiene en indagar la estructura del Derecho, sino que estudia también su función en la vida social, estimando si lo que se presenta como Derecho, es Derecho; si es Derecho objetivamente justo.

Esta es la postura de Arthur Kaufmann, para quien el Derecho surge de la tensión entre las polaridades iusnaturalistas y positivistas. Estas posturas reflejan en la Ontología jurídica lo que en la Ontología general representan los principios de substancia y situación de esencia y existencia, de potencia y acto. El Derecho para Kaufmann viene ónticamente determi-

(33) *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1954, pp. 38 ss. Maihofer ha distinguido dos tipos de Derecho natural; el existencial, como Derecho de *Selbstsein*, del ser-sí mismo, despliegue de la individualidad en el orden jurídico; y el institucional, como Derecho del *Alssein* del ser-como, despliegue del ser como sociabilidad en el interior del orden jurídico asumiendo diversas formas de mundanización, op. cit., pp. 97 ss.

(34) *Vom Sinne menschlicher Ordnung*, Klostermann, Frankfurt, a. M. 1956, pp. 80 ss.

nado no tan sólo por su estructura externa y empírica, sino por su adecuación a una verdad jurídica objetiva presupuesto de cualquier formulación jurídica⁽³⁵⁾.

Pero el avance más decisivo en este terreno ha venido propiciado por la revaloración de la Ontología en el seno del pensamiento marxista. Desde estas premisas, la Ontología es entendida como una comprensión totalizadora de la realidad, que en el plano jurídico se concreta en la construcción de una visión global del mundo como contexto histórico-social de análisis de la experiencia jurídica. Este planteamiento tiene su punto de arranque en la famosa tesis de Marx contenida en el Prólogo de su *Contribución a la crítica de la Economía política* de 1859, a tenor de la cual: «tanto las relaciones jurídicas como las formas del Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radican, por el contrario, en las condiciones materiales de vida cuyo conjunto resume Hegel, siguiendo el precedente de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de «sociedad civil», y que la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la Economía Política... en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de consciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la consciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su consciencia»⁽³⁶⁾.

Es necesario advertir que Marx no se limita a concebir la sociedad como un todo, sino que ofrece un método de análisis de su estructura y funcionamiento y una explicación de las causas de su evolución. A partir

⁽³⁵⁾ Die ontologische Struktur des Rechts, en el vol. col. *Die ontologische Begründung des Rechts*, ed. a cargo de A. Kaufmann, Gentner, Bad Homburg vor der Höhe, 1965, pp. 476 ss.

⁽³⁶⁾ K. Marx, Zur Kritik der politischen Oekonomie, en *Marx Engels Werke* (MEW), Dietz, Berlín, 1959, t. 13, pp. 8-9.

de estas premisas se ha podido estudiar el Derecho como una totalidad compleja constituida por una interacción estructurada, esto es, no causal o arbitraria, de factores. Se puede considerar como un sugestivo esfuerzo por traducir a la investigación jurídica estas orientaciones, al ensayo de análisis estructural del Código civil francés realizado por André-Jean Arnaud. Dicho ensayo pretende ofrecer una panorámica totalizadora de la estructura del sistema jurídico privado concibiéndolo como un juego en el que intervienen unos jugadores (los distintos sujetos o personas jurídicas con su respectivo y desigual *status* que determina la exclusión de las «partidas» más importantes a algunos de ellos: las mujeres, los menores, los indigentes sin domicilio fijo...); las apuestas de juego (bienes y servicios con los que se mide el grado de participación de cada jugador); y las reglas del juego (los contratos que señalan las pautas de las jugadas autorizadas o prohibidas). Esta estructura compleja e interdependiente de factores se dirige a cumplir una función específica que no es otra que la del mantenimiento de la «paz burguesa», o el *status quo* socioeconómico y político existente⁽³⁷⁾.

En España esta concepción de la Ontología jurídica ha hallado eco en el planteamiento de Elías Díaz para quien ésta es: «consideración crítica—ejercida desde una perspectiva de totalización— de las concepciones del mundo formuladas en relación con el Derecho, consideración y confrontación racional de las diferentes concepciones jurídicas, de los diversos modos de ver y entender el Derecho como fenómeno situado en esa total realidad humana y social»⁽³⁸⁾.

La concepción de la Ontología jurídica como comprensión totalizadora de lo jurídico de inspiración marxista, abre una estimulante perspectiva de encuentro y confrontación con otra importante tentativa integradora de la concepción ontológica del Derecho: me refiero a la filosofía de la experiencia jurídica, en cuyas coordenadas se sitúan estas reflexiones. En efecto, si se aparte, como aquí se ha hecho⁽³⁹⁾, de que el «ser Derecho» sólo puede ser captado a través de su entero desenvolvimiento desde su génesis en las relaciones sociales a su formalización normativa, su aplicación judi-

⁽³⁷⁾ A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, París, 1973, esp. pp. 57 ss.

⁽³⁸⁾ E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, cit., p. 254.

⁽³⁹⁾ Vid. el Capítulo I sobre Concepto del Derecho y experiencia jurídica.

cial y su teorización y crítica doctrinal, se está formulando su dimensión ontológica en términos de experiencia jurídica. Con carácter programático y prospectivo entiendo que de una confrontación abierta y crítica de ambos enfoques ontológicos puede derivarse un enriquecimiento mutuo. Así, para la Ontología de matriz marxista el recurso a la experiencia jurídica podría contribuir a evitar la disolución de la categoría jurídica en el proceso determinista de factores económicos (economicismo) o ideológico-políticos (voluntarismo) que tantas veces ha impedido o dificultado una conceptualización rigurosa de lo jurídico desde sus premisas; propiciando una consideración del Derecho como experiencia humana práctica, histórica y social. En tanto que la filosofía de la experiencia jurídica saldría beneficiada de una confrontación con el pensamiento marxista, en la medida en que ello pueda impulsar a que la experiencia del Derecho a partir de la acción humana conciba a ésta en términos de praxis histórico-social (desarrollando determinadas intuiciones de Gurvitch en tal sentido), evitando que al poner el acento de la experiencia en la interiorización de la acción en la consciencia del sujeto se incurra en una forma de solipsismo desconozca la dimensión práctica y, por tanto, histórica y social del Derecho (peligro que subyace a algunas interpretaciones de las tesis de Capograssi)⁽⁴⁰⁾.

¿) Cabe, finalmente, entender la Ontología jurídica en un tercer sentido, esto es, como un preguntarse por la justificación última del Derecho, por su sentido, en el Cosmos, dentro de una visión total de la realidad. Esta posición constituye el tránsito de la Ontología a la Metafísica del Derecho.

Así, Erik Wolf ha señalado cómo la pregunta por el «de dónde» (motivo fundamental) y por el «a donde» (sentido trascendental) del ser-Derecho conducen a su explicación ontológica. A juicio de Wolf son las direc-

(40) El tema de las relaciones entre pensamiento marxista y filosofía de la experiencia jurídica no ha sido objeto de la atención que merece. Entre los trabajos de interés, cfr.: U. Cerroni, *Introducción a la ciencia de la sociedad*, trad. cast. de D. Bergadá, Grijalbo, Barcelona, 1977, pp. 119 ss.; E. Opocher, *La filosofía dell'esperienza giuridica*, en el vol. col. *La filosofía del diritto in Italia nel secolo XX*. I, (Atti dell'XI Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica. Napoli-Sorrento, 4-7 Ottobre 1976) ed. a cargo de R. Orecchia, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 87 y 99 ss.; F. Tessitore, *Capograssi e il collettivismo dell'azione: i contatti ideali con Vico, Hegel, Proudhon e Marx*, cit., pp. 93 ss. Sobre la necesaria dimensión histórico-social de la experiencia jurídica, vid. G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1953, esp. pp. 13 ss. y 95 ss.

trices bíblicas las que revelan la cualidad socio-teológica, del permanecer en el Derecho: Personalidad existencia cristiana responsable ante Dios; y como Socialidad, existencia cristiana responsable ante los demás hombres mediante el reconociendo del derecho del prójimo⁽⁴¹⁾.

Francisco Elías de Tejada afirma que la mayoría de las opiniones emitidas sobre la Ontología de la norma humana no nos dicen lo que es la norma positiva porque confunden «Justicia con Seguridad, bien del yo individualizado y bien del yo en el complejo de su circunstancia, salvación con intención de eternidades y vocación con pasajera efectividad de unos límites de tiempo, esencia del hombre en cuanto tal y esencia de la vocación de convivencia». «La Ontología de la norma humana —son palabras de Elías de Tejada— es la de las relaciones con el destino del hombre al que ella sirva. Por eso las luces aclaradoras de la substancia y de los accidentes de su esencia como ser, sólo pueden llegarnos desde el ángulo visual del ser que es racional criatura dentro del Cosmos universo». A juicio de Elías de Tejada, el Derecho, es un ente cuya Ontología ha de comenzar por el análisis de sus dos elementos constitutivos; «la salvación, cuyo esquema último es la idea luminosa de la Justicia, y la vocación, que se apoya en el criterio constante de una perfecta seguridad»⁽⁴²⁾.

Estas tres formas de entender la Ontología jurídica poseen, como es evidente, una significación muy diferente. El problema de la primera reside en la articulación de sus relaciones con la Ciencia jurídica de la que, o bien constituye una duplicación, cuando se limita al análisis descriptivo de normas e instituciones, o se traduce en valoraciones subrepticias de la experiencia jurídica en cuyo caso falsea sus propias premisas. Por lo que respecta a la tercera tesis, tiene su principal escollo en que rebasa los límites de lo que es el objeto de la Filosofía del Derecho para convertirse en Teología jurídica o en elucubración metafísica sobre el orden jurídico, sobre cuya legitimidad o posibilidad no se entra aquí, pero que, en todo caso, no puede confundirse ni mixtificarse con lo que es reflexión racional sobre la experiencia jurídica. De ahí, que sea la segunda tesis la que, en mi opinión,

(41) Cfr. *Grundfragen der Rechtsphilosophie, Übersicht zur Vorlesung von Prof. Dr. Erik Wolf im Sommersemester 1964*, Freiburg i. B. 1964, pp. 3 y 18; *Recht des Nächsten; Ein rechtstheologischer Entwurf*, Klostermann, Frankfurt, 1958, esp. pp. 6 ss.

(42) *Introducción al estudio de la Ontología jurídica*, Ibarra, Madrid, 1942, pp. 59-62.

mejor explica y justifica la razón de ser de la Ontología jurídica como parte de la Filosofía del Derecho. Desde sus premisas la experiencia del Derecho en su totalidad compleja reclama un *approach* de complementariedad con el conocimiento científico del Derecho que propician la Teoría, Sociología e Historia jurídicas, pero trascendiendo esas perspectivas limitadas y parciales para ofrecer un marco de comprensión global y totalizador, es decir, una auténtica Ontología de la experiencia jurídica.

4. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO DEONTOLOGÍA JURÍDICA

La Deontología jurídica se nos presenta como un inquirir acerca de los fundamentos y de los presupuestos éticos en los que se inspiran y encuentran su límite crítico las manifestaciones de la experiencia jurídica. Esta función ha sido desarrollada históricamente por el Iusnaturalismo y debido a esta tradición se ha considerado a la función deontológica, como la función de la Filosofía del Derecho por antonomasia. Es frecuente asignar a la Filosofía jurídica la exclusiva consideración del Derecho en su «deber ser», reservando a la Ciencia jurídica los restantes temas o enfoques del fenómeno jurídico. Esta tendencia no es correcta. Hemos visto cómo los temas gnoseológico y ontológico se hallan íntimamente entroncados en el saber iusfilosófico. Lo que ocurre es que la perspectiva iusfilosófica exige un estudio unitario de las tres dimensiones de la realidad jurídica y ello precisamente porque tratándose de una disciplina filosófica no puede prescindir de aquella tendencia a preguntar en términos generales sobre las diversas facetas del Derecho.

El filósofo del Derecho, tras su actividad vuelta al conocimiento de la experiencia jurídica y a la delimitación de su realidad, debe preguntarse por las razones por las cuales la experiencia jurídica se presenta con caracteres de obligatoriedad. Y ello sin confundir estos aspectos, pero con la plena consciencia de que su tarea no es completa sin el cabal desenvolvimiento de esta triple temática.

El deber ser del Derecho que se identifica con la noción de Justicia materializada históricamente por la doctrina del Derecho Natural, actúa en la experiencia jurídica como un modelo al que debe ajustarse la producción normativa, y, a la vez, como el tamiz crítico que enseña, en cada momento, si los fenómenos normativos ya establecidos merecen integrarse en la experiencia jurídica.

Por último, conviene hacer hincapié en que no considero el tema deontológico de la Filosofía del Derecho equivalente a la Axiología jurídica. En efecto, mientras la Deontología jurídica hace referencia a un deber ser jurídico que se identifica con el Derecho Natural como expresión del ideal de Justicia, y que supone el punto de conexión entre la moral y el Derecho⁽⁴³⁾, afirmando con ello las raíces éticas de la experiencia jurídica; la Axiología jurídica como doctrina de los valores puede ser afirmada desde muy diversas perspectivas. Puede suponer la estimación del Derecho como valor cultural; en otros casos, puede aludir a la consecución mediante el Derecho de determinados valores formales, como son los que se refieren al principio de legalidad y al de la certeza del Derecho; por último, en ocasiones, puede utilizarse con respecto a valores morales que el Derecho comporta o debe perseguir, y sólo en este último caso se identifica con la Deontología jurídica. Por ello, creo acertada la actitud de Opocher cuando considera un equívoco identificar la perspectiva axiológica de la Filosofía del Derecho con el Iusnaturalismo⁽⁴⁴⁾.

No es ocioso advertir, a fin de evitar posibles equívocos que la Deontología jurídica en la acepción amplia aquí utilizada, en la que equivale a la teoría del «deber ser» jurídico, no equivale a la versión restringida en la que muchas veces se usa esta expresión. En ésta se emplea para aludir a la «deontología profesional de los juristas», es decir, al conjunto de deberes de probidad que deben presidir la actuación de los diferentes operadores del Derecho en el cumplimiento de sus funciones. Tales deberes son tam-

⁽⁴³⁾ Cfr. A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di comunità, Milano, 2ª. ed., 1962, pp. 150-1. Vid. también mi trabajo *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 152 ss. Una importante revalorización del significado ético-jurídico del iusnaturalismo desde una perspectiva marxista ha sido realizada por E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. cast. de F. González Vicen, Aguilar, Madrid, 1980, esp. pp. 208 ss. y 233 ss. Sobre la dimensión ética del marxismo y su relación con el iusnaturalismo cfr. también el libro de A. Carrino, *Stato e filosofia nel marxismo occidentale. Saggio su Karl Korsch*, Jovene, Napoli, 1981, pp. 245 ss. En relación con el papel de la ética en el marxismo cfr. la colección de textos seleccionados, traducidos y prologados por V. Zapatero, *Socialismo y ética: Textos para un debate*, Editorial Pluma & Editorial Debate, Bogotá-Madrid, 1980.

⁽⁴⁴⁾ E. Opocher, Filosofía del diritto, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, vol. XVII, pp. 521-522.

bién deberes de justicia, porque afectan a diversos planos de incidencia o diferentes tipos del valor de la justicia, pero constituye sólo un aspecto limitado de la nómina mucho más amplia de cuestiones que afectan a la justicia y al «deber ser» del Derecho.

Recogiendo el sentir de una larga tradición, Ronald Dworkin ha recordado, en fecha reciente, que los filósofos del Derecho no sólo se preocupan de cómo «es» el Derecho, sino también de cómo «debe ser» («Legal philosophers worry not only about law as it is, but also about law as it should be»)⁽⁴⁵⁾. Pero este cometido, como el propio Dworkin advierte, implica la dificultad de determinar, en cada etapa histórica y en relación con cada situación concreta, «cómo debe ser el Derecho»; es decir, qué es lo que se considera como Derecho justo.

La justicia es el criterio básico de legitimación y crítica del Derecho. La justicia ha sido considerada como un valor omnicomprendivo y fundamental. Platón se refiere a ella como virtud que compendia y resume todas las demás; y Aristóteles la concibe como virtud absoluta. Como quiera que todo valor y toda virtud tienen como punto de referencia último la persona humana, en la integridad de sus capacidades y necesidades, a medida que se profundiza en su consideración se tornan más convencionales e inciertas las fronteras que los distinguen. En el seno de esa radical unidad de virtudes y valores, la justicia se perfila como el valor rector por excelencia de las proyecciones sociales del hombre; la justicia es política y bilateral, según la clásica caracterización aristotélica. Esa *dimensión general* de la justicia ha tenido sus prolongaciones históricas en su concepción como orden de las relaciones sociales en función de las exigencias del bien común (Santo Tomás); como proporción básica de las relaciones interhumanas que conserva la sociedad (Dante); como «*justitia universalis*» (Leibniz); o, en nuestra época, como los procedimientos y principios que definen la sociedad bien ordenada (Rawls). Junto a ese significado general, como es sabido, la justicia reviste una *dimensión particular*, como virtud que tiende en dar a cada uno lo suyo, sea por parte de la autoridad (*justicia distributiva*), o en el seno de las relaciones privadas (*justicia conmutativa*).

⁽⁴⁵⁾ R. Dworkin, «Introduction» del vol. col. ed. a su cargo, *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, p. 9.

En el desarrollo de las teorías sobre la justicia conviene partir del planteamiento de la *República* de Platón, donde se advierten en forma embrionaria las grandes concepciones que se prolongarán a través de la historia. En dicho diálogo se manifiestan tres posturas básicas: la noción *positivista*, expresada por Trasímaco para quien la justicia es la voluntad del más fuerte formalizada a través de las leyes y que disuelve la justicia en la legalidad positiva; la *iusnaturalista formal*, personificada por el poeta Simónides y que consiste en dar a cada uno lo que le corresponde; y la *iusnaturalista material*, reflejada en la idea platónica, puesta en boca de Sócrates, de la plenitud y armonía de las virtudes en la sociedad y el individuo.

La idea positivista de la justicia ha hallado reflejo en las tesis actuales que consideran que las concepciones de la justicia que trascienden el Derecho positivo responden a intereses o emociones relativos, contingentes e irracionales. La justicia sólo puede ser considerada como un valor intrínseco al Derecho positivo y, por eso, juez justo o ciudadano justo serán quienes actúen conforme a la legalidad (Kelsen, Ross).

La concepción formal de la justicia halló fortuna y difusión a través de su formulación por los juristas romanos como exigencia de dar a cada uno lo suyo: *suum quique tribuere* (Ulpiano). En la doctrina jurídica del presente esta concepción ha sido retomada por quienes circunscriben la justicia a la máxima de que «deben ser tratados de igual forma quienes se hallan en la misma situación» (Perelman).

La concepción material de la justicia ha sido la más del iusnaturalismo asociada a las nociones del bien común, la libertad o la igualdad. En cierto modo fue Kant quien, al precisar el *suum quique/meum iuris*, objeto formal de la justicia, como aquello con lo que la persona está tan inescindiblemente ligada que cualquier uso que otro pudiera hacer de ello sin su consentimiento le causaría una lesión, conjugó las dimensiones material y formal de la justicia, así como la derivación de los derechos humanos de la justicia. Ese propósito armonizador se manifiesta también en la actual *Teoría de la justicia* de Rawls, que conjuga la dimensión formal de la justicia, como exigencia de imparcialidad en la elección de las reglas de justicia, con su dimensión material expresada en dos principios: 1) distribución de porciones iguales de libertad para todos; y 2) admisión de desigualdades cuando contribuyen a maximizar el bienestar de los más desfavorecidos (principio *maximin*).

Está en lo cierto John Rawls cuando afirma que: «La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas»⁽⁴⁶⁾. La reivindicación de esta exigencia ha constituido, como se ha tenido ya ocasión de enjuiciar⁽⁴⁷⁾, el nervio de la mejor tradición iusnaturalista y esa función histórica sigue siendo una cuestión de interés prioritario no sólo para la Filosofía jurídica, sino para toda la Filosofía práctica, ética y política. Mostrar la legitimidad de esa función, frente a los empeños actuales por negarla apelando a su imposibilidad (irracionalismo, relativismo, nocognocitivismo...), a su falta de sentido (neo-positivismo), o a su inutilidad (escepticismo), constituye una tarea insoslayable para una Filosofía de la experiencia jurídica⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, trad. cast. de M^a. D. González, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1978, p. 19; id., *Justicia como equidad*, ed. cast., a cargo de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986.

⁽⁴⁷⁾ Vid. Capítulos VI y VII.

⁽⁴⁸⁾ En el último apartado del Capítulo III se han esbozado algunos argumentos en tal sentido.

CAPÍTULO V

**LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
COMO SABER JURÍDICO**

SUMARIO: 1. La Filosofía del Derecho en el universo de las ciencias jurídicas; 2. Filosofía del Derecho, Dogmática jurídica y Teoría del Derecho; 3. Filosofía del Derecho y Derecho Comparado; 3.1. Un programa actual de comparación jurídica: el Derecho Constitucional Común Europeo; 3.2. Elementos conformadores del DCCE; 3.3. Aporías y opciones del DCCE; 4. Filosofía del Derecho e Historia del Derecho; 4.1. Historiografía jurídica y Filosofía del Derecho; 4.2. Método Histórico y Escuela Histórica del Derecho; 4.3. Historicidad del Derecho y Filosofía de la experiencia jurídica; 5. Filosofía del Derecho y Sociología jurídica; 5.1. El análisis sociológico de la jurisprudencia; 5.2. Método sociológico y antiformalismo jurídico; 6. La filosofía de la experiencia jurídica como integración de los saberes filosóficos y científicos en torno al Derecho.

1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL UNIVERSO DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

La actividad de los juristas no se halla dirigida, en su integridad, a una función crítica de la experiencia jurídica; no todas sus inquietudes se centran en los principios fundamentales del orden jurídico y en su justificación, ni su quehacer se agota en un interrogarse por el fin último del Derecho.

La actividad que el jurista con mayor asiduidad cumple es por lo general más modesta, y se halla encaminada a la explicación, interpretación, y sistematización de los materiales normativos en que se concreta el Derecho positivo. Al objeto de esta actividad esencialmente descriptiva y explicativa, desde antiguo, se la ha llamado Jurisprudencia, y constituye la forma de aproximación científica al Derecho, por excelencia. Preciso es adelantar que la cientificidad atribuida a la Jurisprudencia posee un sentido muy distinto de la que se predica con respecto a las ciencias de la naturaleza. Tras el fracaso de los intentos de elaborar una Ciencia jurídica siguiendo el modelo de las ciencias de la naturaleza, la Ciencia jurídica se ha visto obligada a ir perfilando lenta y trabajosamente los rasgos de su cientificidad.

En este sentido la crítica de Kirchmann a la Jurisprudencia reveladora de la inestabilidad y falta de exactitud de su objeto⁽¹⁾, rasgos aparentemente incompatibles con la científicidad, fue el punto de partida para una amplia literatura sobre la materia, encaminada a matizar el sentido en que el término «ciencia» debía entenderse al ser proyectado al Derecho⁽²⁾. Ahora bien, estos intentos han alcanzado sólo parcialmente su objetivo aclaratorio, al no haber partido de una consideración de conjunto del problema de la Ciencia del Derecho.

En efecto, la labor del jurista encaminada al conocimiento, interpretación y sistematización de los sistemas de Derecho positivo puede revestir diversas modalidades, según que su atención se centre sobre un sistema de Derecho actual, o sobre el que lo fue en tiempo pretérito, o sobre la comparación entre varios sistemas diferentes coetáneos, sobre los hechos sociales de la experiencia vital generadora del Derecho y determinante de su desenvolvimiento.

En estos cuatro casos la actividad del jurista se dirige a desentrañar el sentido y a aquilatar el alcance del Derecho como realidad empírica y sin asumir, por tanto, una actitud estimativa o generalizadora. Sin embargo, los derroteros seguidos en cada uno de ellos son dispares. Por ello, puede hablarse de una unidad de la Ciencia jurídica en cuanto forma genérica de consideración del fenómeno jurídico como un hecho, y de una pluralidad de la Ciencia jurídica, por cuanto para tal consideración asume respectivamente el carácter de una Dogmática, una Historia, una Sociología, y una Comparación del Derecho.

(1) *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, ed. a cargo de G. Neesse, Kohlhammer, Stuttgart, 1938. Es notoria la afirmación que Kirchmann hacía en esta obra donde señalaba que dado que la Ciencia Jurídica asume como su objeto propio lo contingente, deviene contingente de ella misma; siendo suficientes tres palabras del legislador para hacer inservibles bibliotecas enteras. «Indem die (Rechts-) Wissenschaft das Zufälligkeit: drei berechtigte Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur», eran sus palabras textuales (op. cit., p. 37).

(2) Cfr. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, esp. pp. 42 ss.; G. Fassò, *Legge naturalistica e legge pratica*, en «Studi Parmesani», 1953, pp. 277 ss.; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 2ª. ed., 1960, pp. 78 ss.; L. Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª. ed., 1961, pp. 34 ss. y 348 ss.; L. Recaséns Siches, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª. ed., 1936, pp. 18 ss.; E. Wolf, *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2ª. ed., 1965, esp. pp. 8 ss.

Por la Ciencia jurídica *stricto sensu* se ha venido entendiendo exclusivamente la Dogmática jurídica, en tanto que se ha considerado que la Sociología y la Historia del Derecho, no formaban parte de la Ciencia jurídica, sino que representaban la mera proyección de la Sociología y la Historia generales al fenómeno jurídico. Esta tesis no contribuye a elucidar el problema esencial de la Ciencia del Derecho, y desde la perspectiva de una Filosofía de la experiencia jurídica debe ser rechazada. Su planteamiento adolece del mismo error que se ponía de relieve al impugnar la posibilidad de concebir la Filosofía jurídica como una Filosofía regional. Se parte en ella de la pretendida posibilidad de separar radicalmente la Sociología y la Historia, del Derecho, para una vez realizada esta individualización aplicar un saber puro (filosófico, histórico o sociopolítico) sobre otra parcela autónoma de la experiencia (el Derecho). Este intento, aparte de apoyarse en una pura abstracción desconoce la peculiar estructura de la experiencia, desconoce que la Filosofía, la Sociología y la Historia, forman parte, en lo que son relevantes para el Derecho, de la propia experiencia jurídica, y es en base a ello por lo que puede predicarse su cualidad de disciplinas jurídicas.

Por lo que respecta a la Sociología y la Historia del Derecho debe señalarse que su cientificidad jurídica es de carácter intrasistemático, forman parte de la propia experiencia jurídica; y no extrasistemático, esto es, resultado de una proyección externa y contingente. Es ésta, una observación sobre la que nos extenderemos al analizar el alcance de cada una de las manifestaciones de la Ciencia jurídica.

Siendo la Dogmática, la Historia, la Sociología y la Comparación jurídica formas de la Ciencia jurídica, las mismas suponen otros tantos grados o modalidades de la proyección del atributo de la cientificidad al fenómeno jurídico. En efecto, en el ámbito del conocimiento social suelen considerarse como caracteres determinantes de su cientificidad los rasgos siguientes, que deben hallarse, en mayor o menor medida, en el tipo de conocimientos de que se trate:

- a) objetividad: el conocimiento social fundamenta su cientificidad en su lucha por la eliminación de la arbitrariedad en el campo del saber;
- b) verificabilidad: los datos objetos del conocimiento social deben ser, en principio, susceptibles de comprobación empírica;

- c) previsibilidad: el conocimiento social, sin desconocer la libertad humana, debe ser susceptible de avanzar hipótesis sobre el desenvolvimiento futuro de los fenómenos sociales de acuerdo con leyes de causalidad histórico-social;
- d) sistematización: todo conocimiento científico debe estructurarse de acuerdo con unos principios básicos que determinan su orden;
- e) estabilidad: sin desconocer el carácter esencialmente dialéctico de los fenómenos sociales su conocimiento aspira a conseguir el máximo de firmeza y certidumbre que sea consentido en cada caso⁽³⁾.

Pues bien, cada una de las ciencias del Derecho participa en cierta medida en estos caracteres, y en el grado de esa participación reside su peculiaridad. Así, en la Dogmática y en el Derecho Comparado predominan las notas de objetividad, verificabilidad, y sistematización, en tanto que las de previsibilidad y estabilidad se dan en condiciones precarias, como vimos puso de relieve Kirchmann. Por ello, se ha insistido en diferenciar la ciencia casual de las ciencias normativas afirmando la pertenencia exclusiva de la Ciencia jurídica al ámbito de las segundas⁽⁴⁾. En la Ciencia jurídica histórica es el carácter de la sistematicidad el que se halla en situación deficitaria, mientras que al igual que sucede con la Sociología el elemento de la previsibilidad adquiere importancia relevante. Previsibilidad que pro-

⁽³⁾ Sobre la científicidad del conocimiento social y sus condiciones vid. los trabajos de: I.M. Bochenski, *Los métodos actuales del pensamiento*, trad. cast. de R. Drudis, Rialp, Madrid, 2ª. ed. 1958, esp. pp. 29 ss.; M. Bunge, *La investigación científica*, trad., cast. de M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1980, pp. 189 ss.; id., *Epistemología Ciencia de la Ciencia*, Ariel, Barcelona, 1980, pp. 28 ss.; F. Kaufmann, *Metodología de las ciencias sociales*, versión cast. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pp. 171 ss.; K. Mannheim, *Ideología y utopía*, trad. cast. de E. Terrón, Aguilar, Madrid, 1966, pp. 341 ss.; E. Tierno Galván, *Conocimiento y ciencias sociales*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 15 ss. y el vol. col. a cargo de E. Topitsch, *Logik der Sozialwissenschaften*, Kiepenheuer & Witsch, Köln-Berlín, 8ª. ed., 1972.

⁽⁴⁾ Cfr. G. Fassò, *Legge naturalistica e legge pratica*, cit.; H. Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Normo-der Kulturwissenschaft*, en «Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung», 1916, pp. 1181 ss.; *Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip*, en «The Journal of Unified Science (Erkenntnis)», 1939, pp. 69 ss.; *Reine Rechtslehre*, cit. pp. 78 ss.; P. L. Zampetti, *Il problema della conoscenza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 96 ss.

cede en la Historia de la experiencia del pasado, y en la Sociología del Derecho en el descubrimiento de unas constantes en el comportamiento social.

Estas peculiaridades que no agotan el significado de cada una de las ciencias jurídicas, contribuye, sin embargo, a facilitar el planteamiento del problema de sus relaciones con la Filosofía del Derecho, a través de cuya exposición se podrán perfilar mejor sus caracteres.

2. FILOSOFÍA DEL DERECHO, DOGMÁTICA JURÍDICA Y TEORÍA DEL DERECHO

Dentro de las cuatro acepciones que pueden ser predicadas de la Ciencia del Derecho, la Dogmática jurídica aparece como un estudio sistemático de las fuentes e instituciones jurídicas, de las proposiciones aisladas y en conexión con las restantes normas configuradoras de un ordenamiento jurídico positivo⁽⁵⁾.

Tres son los significados principales que el término Dogmática jurídica puede asumir:

- 1) En ocasiones se entiende por ella el resultado de la elaboración conceptual sistemática de las normas jurídicas obtenido mediante el empleo de procedimientos 'lógico-formales';
- 2) Se entiende también por Dogmática jurídica el conjunto de principios y medios empleados para la construcción de ese «sistema», y el conjunto de las «formas» que determinan y califican la experiencia jurídica;
- 3) Por último, sintéticamente, puede entenderse con esta locución, el conjunto o sistema de «dogmas», esto es, de conceptos que los estudiosos del Derecho público y privado adoptan en su investigación, y, a la vez, los métodos y «formas», que determinan su ámbito⁽⁶⁾.

(5) Cfr. E. Wolf, *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft*, cit., p. 21.

(6) Cfr. E. Paresce, *Dogmatica giuridica*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XIII, p. 678.

En la historia del pensamiento occidental se sitúan los orígenes de la Dogmática jurídica en el último siglo de la República romana. Es en esta época cuando, por vez primera, se advierte un proceso intelectual tendente a construir y representar en conceptos el vasto campo de la fenomenología del Derecho⁽⁷⁾. La aparición de la Dogmática se halla, por tanto, históricamente vinculada a la posibilidad de dotar de un cierto grado de estabilidad y racionalización a los materiales normativos. Dado que, como ha puesto de relieve Viehweg, una opinión fijamente establecida recibe el nombre de dogma, y la estructura del pensamiento es llamada dogmática, se ha hecho acertadamente usual definir la opinión legal racionalizada como Dogmática del Derecho. «Da eine festgelegte Meinung Dogma heisst, —escribe textualmente Viehweg— und das dazu gehörige Denkgefüge Dogmatik genannt wird, ist es in zutreffender Weise üblich geworden, eine rationalisierte Rechtsmeinung als Rechtsdogmatik zu bezeichnen»⁽⁸⁾.

La transposición del sustantivo «dogma» y del adjetivo «dogmático» al campo del Derecho representa la culminación de un lento proceso interno del pensamiento jurídico, cuyas raíces deben buscarse en la unidad cultural del pensamiento del Medievo, en el que el Derecho hallaba su fundamentación última en la revelación divina. Sin embargo, la difusión del término no tuvo lugar hasta el siglo XIX, coincidiendo con la progresiva centralización de la producción jurídica, y la consiguiente estabilización del sistema jurídico.

El significado jurídico de la Dogmática, quizá por sus propias raíces terminológicas, se halla muy cerca de la acepción teológica de este vocablo. Piovani ha escrito que: «si el dogma en sentido material es para el teólogo una verdad contenida en las fuentes de la revelación divina, para el jurista es una verdad contenida en el conjunto sistemático de los imperativos que proceden de las pertinentes fuentes del Derecho»⁽⁹⁾. Por eso —son palabras de

(7) Cfr. V. Piano Mortari, Dogmatica giuridica, Premessa storica, en *Enciclopedia del diritto*, vol. cit., p. 671. Sobre los orígenes del término Dogmática jurídica vid. A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 5 y 42.3

(8) Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtsdogmatik, en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al Prof. Luis Legaz y Lacambra*. Universidad de Santiago de Compostela, 1960, vol. I, p. 204.

(9) Dogmatica, Teoria generale e Filosofia del diritto, en «*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*», 1963, p. 40.

Recaséns— suele compararse la Jurisprudencia a la Teología: ambas reciben sus materiales dogmáticamente: del legislador la primera, de la revelación divina la segunda. Y no discuten esos materiales, ni tratan de substituirlos por otros de propia invención: se ocupan exclusivamente de entenderlos, de descifrarlos y de construir con ellos un sistema unitario y coherente»⁽¹⁰⁾.

En nuestros días estamos asistiendo a una profunda crisis de la Dogmática en su pretensión de formular un sistema de conceptos rígidos e inmutables. La investigación científico-jurídica pretende hoy, cuando se proyecta sobre principios e instituciones, dar una solución actual a la problemática que los «dogmas», llevan consigo. «Así, —nos dice Piovani— la ciencia jurídica renovada registra con el fin de la vieja Dogmática el nacimiento de una problemática nueva»⁽¹¹⁾.

Esta nueva orientación de la Dogmática jurídica hacia la problemática conduce a replantear la árdua cuestión de sus relaciones con la Filosofía del Derecho.

Frente al tradicional divorcio y, en ocasiones abierta hostilidad, entre los estudiosos de la Dogmática y de la Filosofía jurídica, aparece cada vez con mayor fuerza la necesidad de un recíproco acercamiento⁽¹²⁾. En este sentido debe tenerse presente el fracaso de las tentativas de presentar la Dogmática jurídica como ciencia pura, independiente de la mutación de las condiciones histórica, culturales y sociales que la determinan. Como se ha puesto de relieve los intentos de arribar a una absoluta autonomía de la Ciencia jurídica según el modelo de las ciencias naturales, son consecuencia de la elección de determinados presupuestos culturales e ideológicos. Por ello, la posibilidad misma de una «ciencia pura del Derecho» sólo pue-

⁽¹⁰⁾ *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., p. 12.

⁽¹¹⁾ Op. cit., p. 63. Sobre la crisis de la Dogmática jurídica vid.: U. Cerroni, Per la critica della dommatica giuridica, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1964, pp. 62 ss.; V. Palazzolo, Alcune considerazioni in tema di filosofia, dogmatica e teoria generale del diritto, ibidem, pp. 31 ss. Th. Wiehweg, Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, cit., pp. 209 ss.

⁽¹²⁾ En Italia marcan los polos de esta tendencia los trabajos de: A.E. Cammarata, Sulle tendenze antifilosofiche delle giurisprudenza moderna in Italia, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1922, pp. 234-558; y de L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova, 1955.

de ser valorada y entendida en cuanto se ponga en relación con los fines e intereses culturales que la fundamentan; esto es, cuando es planteada como problema de la Filosofía del Derecho⁽¹³⁾.

Ya en 1935 Gurvitch había señalado cómo los elementos normativos que la Ciencia del Derecho abstrae a partir de los supuestos directamente vividos en una experiencia jurídica limitada, no pueden constituir un «deber ser puro», porque no son autónomos, ya que su fuerza obligatoria depende de la eficacia real de la autoridad sobre la que se apoya, y su contenido viene enteramente dado por la realidad jurídica existente en el ámbito en que se formulan⁽¹⁴⁾.

La Dogmática jurídica se presenta, por tanto, como parte constitutiva de la propia experiencia jurídica, y así se presenta como un canon o criterio fundamental de la verdad para la investigación filosófica. «La investigación filosófica en cuanto dirigida a captar la experiencia jurídica en su originalidad, debe hallarse de acuerdo con la Ciencia jurídica y no puede divergir de ella»⁽¹⁵⁾. Esta exigencia ha sido desarrollada por Giuliani, Cesarini-Sforza y Palazzolo.

A juicio de éste último la Dogmática jurídica no puede ignorar las relaciones que ligan la experiencia jurídica a aquellas instancias fundamentales que se hallan en la base de una civilización, de una época y de un ambiente, cuyos caracteres sólo pueden ser velados por la Filosofía del Derecho. Esta, por su parte, cada vez advierte con mayor apremio la imposibilidad de construirse al margen de los resultados de la investigación científica del Derecho, sin que por ello la tendencia actual de la Filosofía del Derecho a configurarse como reflexión sobre la Ciencia jurídica, contradiga su secular vocación a traducirse en una peculiar visión del mundo⁽¹⁶⁾.

(13) Cfr. L. Bagolini, *Dommatica, Teoria generale e Filosofia del diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1963, pp. 22-23. Sobre las posibilidades y límites de la Dogmática para acomodarse al concepto moderno de ciencia y sobre las condiciones de su proceso de adaptación a tal concepto, vid. el interesante trabajo de Eike von Savigny, *Die Rolle der Dogmatik wissenschaftlich gesehen*, en el vol. col. ed. a su cargo, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, C.H. Beck, München, 1976, pp. 100 ss.

(14) *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, Paris, 1935, 85.

(15) Studi sull'esperienza giuridica, en *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. II, p. 265, nota 1.

(16) V. Palazzolo, *Alcune considerazioni in tema di filosofia, dogmatica e teoria generale del diritto*, cit., pp. 43-45.

Un estudio consciente de la Dogmática jurídica que no pretenda omitir la investigación de sus propios fundamentos precisa remitirse a la Filosofía del Derecho⁽¹⁷⁾. No puede realizarse una investigación jurídico-dogmática sin la Filosofía del Derecho por la razón de que «también la Dogmática tiene en la Filosofía sus raíces»⁽¹⁸⁾.

Siendo cualquier Ciencia jurídica una manifestación de la juridicidad en la que se refleja el espíritu humano, la misma presupone una filosofía, entendida como estudio de la experiencia jurídica en su aspecto más amplio.

Esas raíces iusfilosóficas de la Dogmática son precisamente las que han determinado que los intentos actuales por seguir legitimando su función se aparten notablemente de las concepciones dogmáticas del s. XIX y de principios de nuestro siglo. Así, las nuevas construcciones dogmáticas lejos de insistir en el carácter cerrado, completo e inmutable del sistema jurídico, se limitan a mantener la exigencia de un distanciamiento entre el jurista científico y el objeto de su conocimiento (el ordenamiento jurídico-positivo). Pero sin que ello entrañe una abdicación de su labor racionalizadora del sistema, inalcanzable si se permanece en posiciones puramente descriptivas o acriticas. Se trata, en suma, de establecer una distinción, pero al propio tiempo un nexo de continuidad, entre los juicios descriptivos sobre el sistema de legalidad (en principio neutros a los valores) y dirigidos a potenciar la estabilidad del sistema; y las consideraciones crítico-valorativas sobre la adecuación de la legalidad a los criterios vigentes de legitimidad, encaminadas a dinamizar el sistema de la apertura a los valores sociales en los que se encarna la idea de la justicia⁽¹⁹⁾.

(17) Cfr. Th. Viehweg, *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, cit., p. 212.

(18) W. Cesarini-Sforza, *Dogmatica, Teoria generale e Filosofia del diritto*, en «*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*», 1963, p. 25.

(19) Vid. sobre ello los trabajos de los profesores alemanes: J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, en «*Archiv für die civilistische Praxis*», 1972, pp. 97 ss.; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum, Frankfurt a. M. 1970, pp. 87 ss.; F. von Hippel, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1964, pp. 32 ss.; Th. Viehweg, *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, cit., pp. 204 ss.; *Ideologie und Rechtsdogmatik*, en el vol. col. *Ideologie und Recht*, a cargo de W. Maihofer, Klostermann, Frankfurt a. M., 1969, pp. 83 ss.

Atención especial merece un decidido propósito reciente de reivindicar el papel de la Dogmática, que responde a premisas diferentes de las hasta aquí reseñadas. El sociólogo alemán Niklas Luhmann, en contra del planteamiento hasta ahora indiscutido, entiende que la historia de la Dogmática teológica y jurídica muestra que éstas no redundan en un vínculo del espíritu, sino en una ampliación de la libertad para la comprensión de las experiencias y de los textos. El aparato conceptual dogmático permite una indeterminación y distanciamiento incluso allí donde la sociedad espera que existan vínculos. Ello se debe a que la existencia de vínculos (normas, textos sagrados, revelaciones...) hace necesaria, a su vez, la interpretación o determinación conceptual de esos vínculos, «con lo que la dogmática deriva su libertad del hecho de su propia sujeción». De ahí, que la dogmática lejos de implicar la desaparición de las dudas las fomenta y contribuye «al aumento soportable de las incertidumbres». Así, por ejemplo, a medida de que aumenta la elaboración conceptual del Derecho se multiplican —antes que disminuyen— las posibilidades de interpretación diferentes. La Dogmática eleva las posibilidades de decisión diversas relativas a los casos o situaciones que deben ser resueltos hasta los límites permitidos por el sistema. Ahora bien, como contrapunto la Dogmática desempeña también un papel de control de los operadores que aplican el Derecho mediante la «prohibición de negación», esto es, exigiendo la «innegabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación». Tales puntos de partida son fundamentalmente los criterios básicos existentes en todo ordenamiento jurídico para distinguir lo lícito de lo ilícito. Mediante el desarrollo y elaboración conceptual de tales criterios la Dogmática jurídica permitirá trazar los rasgos de semejanza entre los casos y fijará unas pautas constantes para su decisión; determinará, en suma, lo que es jurídicamente posible dentro de un sistema positivo. La existencia de criterios innegables de orientación excluye «la argumentación desde el resultado», que consiste en partir de las consecuencias jurídicas de la decisión, para fundamentar el razonamiento jurídico. Además la dogmática jurídica para evitar la arbitrariedad que pudiera desprenderse de una posibilidad abierta hasta el infinito de variables en el proceso de adaptación de la norma al caso y del caso a la norma, actúa como factor de control y reducción de esas variables al someterlas a un proceso de elaboración y clasificación conceptual que las circunscribe a los límites del sistema. Finalmente, Luhmann traza una distinción entre la justicia, entendida como perfección de la unidad del siste-

ma y que recoge las aspiraciones sociales generalizadas sobre el Derecho, de la Dogmática que representa el plano inmanente al sistema jurídico en el que estas exigencias se especifican y se hacen operativas⁽²⁰⁾.

La teoría de Niklas Luhmann no constituye un dechado de claridad⁽²¹⁾, por ello aun a riesgo de que a mi lectura se le escapen algunos rasgos fundamentales de su abstruso pensamiento, estimo que puede reducirse la complejidad de su tesis⁽²²⁾ resumiéndola en los siguientes puntos:

- a) La Dogmática no implica una reducción, sino más bien una ampliación de la libertad del intérprete y aplicador del Derecho y, con ello, fomenta una cierta dosis de inseguridad hasta los límites soportables por el sistema;
- b) Pero, al propio tiempo, la Dogmática entraña una reducción de las facultades del operador jurídico y de la inseguridad, al exigir la aceptación de puntos de partida «innegables» para las sucesivas cadenas de argumentación, al establecer unas constantes, a través de la elaboración conceptual, para la decisión de casos similares, y al vetar cualquier fundamentación del razonamiento jurídico en base a sus efectos (argumentación desde el resultado);
- c) Por último, se establece una distinción entre la justicia como expresión de las demandas y aspiraciones sociales y la Dogmática encaminada a hacer operativas esas demandas y aspiraciones en el interior del sistema.

(20) N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart, 1974, pp. 15 ss. y 31 ss.

(21) Sobre la teoría de Luhmann ha escrito Jürgen Habermas que entraña el defecto de ser «demasiado abstracta (las posibles ventajas de la abstracción se convierten en daños causados por la abstracción) e hipercompleja (las argumentaciones de mayor contenido e interés lo son no en virtud, sino a pesar de su planteamiento metodológico)». *Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1976, p. 142.

(22) Paradójicamente, la teoría de Niklas Luhmann define el sistema social como un factor racionalizador dirigido a «la reducción de la complejidad ambiental» (Reduktion vom Umweltkomplexität), y al sistema jurídico como un instrumento de «reducción de la complejidad autoproducida» (Reduktion selbsterzeugter Komplexität). *Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Wetsdeustcher Verlag, Köln-Opladen, 2ª. ed., 1971, p. 116.

Estas tesis presentan algunos aspectos confusos y contradictorios a los que sumariamente voy a referirme.

En primer término, el intento de Luhmann de reivindicar el papel histórico de la Dogmática adolece de una manifiesta confusión entre Dogmática jurídica y elaboración teórico-conceptual del Derecho. Con ello, da por demostrado *quod erat demonstrandum*, da por cierto lo que precisamente se trata de averiguar, esto es, si en la actualidad la labor del jurista puede seguir realizándose de acuerdo con los procedimientos tradicionales de la Dogmática. Nadie niega la exigencia de una depurada elaboración teórica del Derecho positivo, lo que hoy suscita dudas es si esa actividad puede partir de los «dogmas» del carácter inmutable, cerrado y autosuficiente del sistema jurídico; de si puede concebirse la actividad «científica» del jurista como la sistematización conceptual de esos «dogmas»; de si puede aceptarse acríticamente el carácter «innegable» de los criterios o puntos de partida dogmáticos del sistema⁽²³⁾.

Por lo que respecta a la paradójica doble función de la Dogmática que es, al propio tiempo, fuente de inseguridad del sistema y de libertad para la interpretación de experiencias y normas, y factor de estabilidad del sistema y de control de las opciones de los operadores jurídicos, entiendo que reposa en un equívoco. Ya que en el plano lógico la actitud dogmática —como mostrara en su tiempo de forma irrefutable Kant— es incompatible con cualquier tipo de pensamiento crítico, que comporta el libre ejercicio de la razón para conocer y enjuiciar la realidad. Por tanto, sólo la actitud crítica puede propiciar la existencia de una libre investigación jurídica que haga posible una pluralidad de concepciones de los textos y experiencias jurídicas. Pero esa pluralidad de concepciones es algo muy distinto de las digresiones o controversias retóricas que efectivamente han hallado su atmósfera propicia en el conceptualismo formal y abstracto y que han sido, a la

⁽²³⁾ Cfr. sobre la crítica de la función de la Dogmática jurídica tradicional los trabajos de: U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1973, pp. 22 ss.; W. Paul, *Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik*, en el vol. col. *Rechtstheorie: Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, ed. a cargo de A. Kaufmann, Müller, Karlsruhe, 1971, pp. 53 ss.; E. Russo, *Linee di una nuova dogmatica*, en la obra col. *L'uso alternativo del diritto. Il Ortodossia giuridica e pratica politica*, ed. a cargo de P. Barcellona, Laterza, Bari, 1973, pp. 101 ss. Vid. también los trabajos citados en la núm. 11.

potre, causas determinantes de la crisis de la Dogmática⁽²⁴⁾. Si es cierto, en cambio, que la Dogmática propicia una reducción de las opciones hermenéuticas de los operadores jurídicos, pero en este punto lo que Luhmann soslaya es si en la sociedad actual en constante transformación, esa reducción se traduce necesariamente en pautas de seguridad jurídica.

Ligado a este último punto también suscita dudas el planteamiento de Luhmann sobre las relaciones entre justicia y Dogmática. En efecto, resulta difícil compatibilizar su tesis, a tenor de la cual el jurista dogmático ejerce una racionalidad «a priori» que le imposibilita a «argumentar desde el resultado» de su interpretación o aplicación del Derecho, con su propia concepción de la Dogmática como instrumento interno del sistema para hacer operativas las demandas sociales de justicia. Su tesis de que la Dogmática posibilita la integración de los procesos de elaboración del input (informaciones, demandas, acontecimientos ambientales...) y los procesos de elaboración del output (respuestas normativas, social engineering del Welfare State...) compatibilizándolos para la estabilidad del sistema social existente, es incompatible con el veto a la «argumentación del resultado», sin la cual al jurista dogmático le es imposible incidir en el output del sistema, esto es, en la conformación del futuro de la sociedad. Esta tesis resulta sorprendente si se considera que la teoría de los sistemas, en la que Luhmann sitúa su construcción --Jürgen Habermas ha denunciado irónicamente que «la teoría de los sistemas es como la noche en la que todos los gatos son pardos»⁽²⁵⁾--, ha contribuido a un análisis del sistema jurídico a partir del modelo de la noción cibernética de feedback (retroacción). Se indica, desde este enfoque, que el sistema jurídico funciona como un mecanismo de retroacción (feedback), en la medida en que la actuación de los operadores jurídicos se halla controlada por la experiencia de los efectos de

(24) Con razón ha denunciado Thomas S. Kuhn, desde la perspectiva de la investigación científica general, que: «Aunque el desarrollo científico es particularmente fecundo en consecuencias novedosas, la educación científica sigue siendo una iniciación relativamente dogmática a una tradición preestablecida de solución de problemas, para cuya evaluación no se estimula ni se prepara a los estudiantes». *La función del dogma en la investigación científica*, trad. cast. de D. Eslava, Cuadernos Teorema, Valencia 1979, p. 10. Sobre los efectos negativos de la actitud dogmática en la formación y actitudes de los juristas vid. cuanto se ha expuesto en el Capítulo VIII.

(25) J. Habermas, *Rekonstruktion des historischen Materialismus*, cit., p. 142.

actuaciones pasadas y la previsión de los resultados futuros⁽²⁶⁾. De otra parte, en este punto el planteamiento de Luhmann resulta antitético de otros intentos actuales por revalorizar el papel de la Dogmática. Así, por ejemplo, para Josef Esser una de las principales tareas del jurista dogmático y, en concreto, del juez es la de contribuir a armonizar los textos legales con los valores de justicia dominantes en la sociedad⁽²⁷⁾.

Como síntesis crítica de la tesis de Luhmann sobre la Dogmática indicaré que su definición ni es satisfactoria desde el plano lexical o en el explicativo, porque no refleja los usos lingüísticos con los que viene empleado el término «Dogmática» en la experiencia jurídica, ni lo es en el estipulativo porque la posible propuesta de redefinición que puede desprenderse de su planteamiento en nada contribuye a sustraer a la Dogmática de los motivos que han conducido a su crisis⁽²⁸⁾.

De lo expuesto se desprende que los empeños actuales por rehabilitar a la Dogmática jurídica o incurren bajo nuevas fórmulas en los errores del pasado, o representan formas de apertura hacia elaboraciones sistemáticas de los materiales jurídico-positivos que acogen determinadas instancias críticas o valorativas. En este último caso las relaciones de la Dogmática crítica o «buena Dogmática» —la «Gute Dogmatik» en expresión de Ulrich Meyer-Cording⁽²⁹⁾— con la Filosofía del Derecho son insoslayables. Sin que ello implique a confundir o mixtificar las respectivas esferas de análisis de la experiencia jurídica ni deba llevarnos a identificar de forma absoluta los saberes iusfilosóficos y dogmáticos. Como se desprende del pensamiento de Enrico Paresce la relación de la Filosofía del Derecho con la Dogmática jurídica es de carácter estructural. En efecto, a su juicio, la Dogmática representa un momento, una estructura de la experiencia jurídica cuyo contenido y función delimita en un ordenamiento jurídico determinado; en tanto, que la Filosofía del Derecho se

⁽²⁶⁾ Sobre la proyección del modelo cibernético al análisis del sistema jurídico vid. mi libro *Cibernética, informática y Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, pp. 50 ss., con orientaciones bibliográficas.

⁽²⁷⁾ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., p. 119.

⁽²⁸⁾ El significado de cada uno de estos tipos de definiciones ha sido estudiado en el Capítulo II.

⁽²⁹⁾ U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, cit., pp. 32 y 36 ss.

dirige a evidenciar el modo en que el conocimiento dogmático del ordenamiento jurídico se historiza en la función del intérprete y cómo en dicha función hermenéutica se integra en el análisis de cada artículo de la ley el sentir del ordenamiento al que pertenece⁽³⁰⁾.

La Dogmática jurídica sistematiza el Derecho en su concreta realidad positiva, pero es, en última instancia, la Filosofía del Derecho la que revela el sentido de este proceso formalizador, en un análisis estructural más amplio de la experiencia jurídica en la multiplicidad de sus aspectos y conexiones.

La **Teoría General del Derecho** es la disciplina dirigida a la determinación y sistematización de los conceptos jurídicos fundamentales del Derecho positivo. Surgió en Alemania (con la denominación de *Allgemeine Rechtslehre*) en la segunda mitad del siglo pasado como alternativa del positivismo jurídico a la Filosofía del Derecho. La idea de «generalidad» que da nombre a esta teoría puede venir entendida des tres formas distintas: como deducción de los principios o categorías comunes a las distintas ramas de un ordenamiento jurídico (Merkel); como análisis y comparación de principios, normas e instituciones de diversos ordenamientos jurídicos (Austin, que la denominó *Analytical Jurisprudence*); o como elaboración apriorística de aquellos principios y caracteres que se presuponen comunes a cualquier Derecho positivo (Bergbohm, Bierling, Somló). Nota común a estas concepciones es su carácter formal y conceptualista, al haber centrado su interés en la estructura lógica de las normas e instituciones más que en su contenido o función.

En los últimos años se ha difundido ampliamente la denominación «**Teoría del Derecho**» (*Legal Theory, Rechtstheorie, Teoria del diritto o Theorie du droit*) como marco genérico de referencia de las diferentes formas y ámbitos de reflexión fundamental sobre el Derecho. Consciente o inconscientemente con la nueva terminología se ha tendido a sustituir otras formas tradicionales de reflexión teórica sobre el Derecho. Así, frente a la inspiración inequívocamente positivista de la *Teoría General del Derecho*, la actual Teoría del Derecho pretende superar el angosto reduccionismo de una teorización jurídica circunscrita al análisis normativo ampliándola con indagaciones sociológicas, antropológicas, lingüísticas, lógicas e incluso tec-

⁽³⁰⁾ *Dogmatica giuridica*, cit., pp. 698-699.

nológicas. También se distancia de la *Dogmática jurídica* por haber tenido uno de sus cauces de conformación y expresión en las denominadas «Teorías críticas del Derecho», las más de las veces de inspiración marxista, que frente a la admisión «dogmática» de los postulados normativos del legislador y las instituciones propugnan la revisión crítica de sus presupuestos ideológicos y sus funciones sociales. Se plantea como alternativa del rótulo *Ciencia jurídica* en la medida en que pretende evitar los equívocos, reiterados en el siglo XIX y principios del nuestro, sobre una identificación entre las formas de cientificidad físico-matemática y la cientificidad jurídica, y pretende articular la relación entre ésta y la Teoría de la Ciencia según las exigencias de nuestro tiempo. Esa dimensión científica la hace distinguirse de la *Filosofía del Derecho*, en cuanto teoría de la justicia y de los criterios axiológicos de legitimación del Derecho adscritos tradicionalmente a la doctrina del Derecho natural. Ahora bien, la Teoría del Derecho dista mucho de presentarse como un concepto claro y unívoco. La diversidad de presupuestos teóricos y políticos desde los que viene utilizada y abordada esta nueva denominación; la propia amplitud e indeterminación de su objeto, hacen difícil precisar su concepto, estructura temática y, consecuentemente, su relación con las disciplinas jurídicas y filosófico-jurídicas. Baste, como ejemplo, aludir a dos significativas versiones institucionales del uso de esta terminología. En 1970 se crea en Alemania la revista *Rechtstheorie*, pionera en el uso de la nueva denominación y a la que en buena parte se debe su ulterior fortuna, cuyo subtítulo precisa que se trata de una publicación dedicada a la Lógica, Metodología, Cibernética y Sociología del Derecho. Se trata, por tanto, de los presupuestos teórico científicos del Derecho. Mientras que en España el RD 1424/1990 de 26 de octubre, en el que se establecen las Directrices generales de los Planes de Estudios conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho, introduce la Teoría del Derecho como materia troncal de Primer ciclo con el siguiente contenido: «El Derecho como forma de organización y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: La norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho». Se trata, por tanto, de un rótulo que, junto a la problemática general de la Ciencia jurídica, entraña una aproximación tridimensional al Derecho en cuanto: *hecho* y forma de organización social; *norma* y sistema normativo; y *valor* encarnado en la justicia. Pese a esos contornos excesi-

vamente vagos y difusos, o quizás en virtud de ellos, la nueva denominación «Teoría del Derecho» puede servir de marco general de referencia para los distintos enfoques científicos y filosóficos de la investigación jurídica básica.

3. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO COMPARADO

El proceso de sistematización del material normativo de los ordenamientos positivos puede no hallarse limitado en el espacio por la referencia a un sólo ordenamiento. La Ciencia del Derecho puede proyectar su aparato conceptual a diversos ordenamientos vigentes en una misma época para establecer los nexos y divergencias que pueden darse entre los mismos, asumiendo el carácter del Derecho Comparado. La comparación jurídica es por tanto, una forma de la experiencia jurídica caracterizada por alcanzar un ámbito más vasto que el que corresponde a la soberanía de los diversos Derechos nacionales⁽³¹⁾.

La comparación jurídica parte de los mismos materiales empírico-normativos que la Dogmática, y, en principio, utiliza las construcciones que ésta le proporciona para establecer las ulteriores «comparaciones» entre sistemas o elementos de tales sistemas jurídicos. En esta actividad confrontadora de elementos extrasistemáticos descansa la peculiaridad de la actitud jurídico-comparativa, que la distingue de la mera actitud dogmática.

Las relaciones entre la Ciencia jurídica comparatista y la Filosofía del Derecho poseen un marcado abolengo histórico. Ya en la Grecia clásica el sofista Critias, que fue uno de los treinta tiranos, realizó bajo el título de *Las Constituciones*, un estudio comparatista sobre los ordenamientos de diversos Estados. Y Aristóteles concluye su *Ética a Nicómaco* expresando su deseo de realizar un estudio sobre las constituciones de varios Estados bárbaros y helenos, propósito que llevó a cabo estudiando 158, de las que sólo nos han llegado el realizado sobre la de Atenas. Probablemente también tenían por título *Dikaiómata póleon* y *Nómima barbariká*⁽³²⁾.

(31) Cfr. T. Ascarelli, Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, en «Rivista del diritto commerciale», 1954, p. 172.

(32) Cfr. G. Fassò, Un'amicizia pericolosa: diritto comparato e filosofia del diritto, en «Rivista di Diritto Civile», 1966, I, p. 549.

El recurso a la comparación jurídica se halló históricamente en la base de numerosas construcciones de la Filosofía del Derecho, de orientación empírica, orientación a la que no eran ajenos los presupuestos filosóficos de las obras, ya reseñadas, de Critias y Aristóteles, y cuando el empirismo jurídico adquiere su apogeo en las construcciones positivistas decimonónicas, se pretende sustituir la Filosofía del Derecho por la Ciencia del Derecho Comparado. Así, por ejemplo, Austin equiparaba su Jurisprudencia general, dirigida a revelar lo común y dispar de los principios de los diversos sistemas de Derecho positivo, a la Filosofía del Derecho⁽³³⁾.

Hoy, sin embargo, las relaciones entre Filosofía del Derecho y el Derecho Comparado no se plantean en términos de exclusión o antagonismo, sino que como en el caso de la Dogmática, se abre paso el reconocimiento de la complementariedad de ambos enfoques de la experiencia jurídica.

Son motivos salientes de tal complementariedad:

a) La coincidencia de resultados a que en determinado momento de sus investigaciones suelen llegar iusfilósofos y comparatistas, si bien, por distintos derroteros. Así el filósofo del Derecho halla en los materiales de la comparación jurídica la confirmación de su concepto general del Derecho, al advertir como una gran parte de los principios e institutos jurídicos constituye patrimonio común de toda la humanidad⁽³⁴⁾.

El Derecho Comparado, por su parte, se nutre de una aspiración que es tanto más evidente cuanto más ambiciosa se plantea: la unificación del Derecho como presupuesto para una unidad jurídica supranacional.

Ahora bien, la diferencia reside en que mientras el Derecho Comparado aspira a conseguir como máximo un Derecho común a todos, un Derecho general; la Filosofía del Derecho cuando se plantea este problema concluye siempre en el Derecho universal, en el Derecho absoluto o verdadero⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ *Lectures on Jurisprudence*, Ed. Campbell, London, 5ª. ed., 1885, I, p. 32.

⁽³⁴⁾ Cfr. G. Del Vecchio, Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1908, pp. 173 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. G. Fassò, Un'amicizia pericolosa: diritto comparato e filosofia del diritto, cit., p. 555.

b) En segundo lugar, como ha puesto de relieve Del Vecchio, una comparación entre cosas por completo heterogéneas no es posible, ya que ésta estriba en la observación de lo que es semejante y desemejante dentro de una misma clase o especie de objetos. «De esta suerte —escribía Del Vecchio— no cabe dudar de que la comparación jurídica presupone las ideas del Derecho, aun cuando no la contemple *sub specie aeterni* ni la analice tampoco en abstracto, ya que, antes bien, ha de considerarla en concreto, en su realización múltiple en los datos y hechos de la experiencia»⁽³⁶⁾.

A su vez señala Del Vecchio cómo esa idea del Derecho reposa, necesariamente, en la unidad del espíritu humano, presupuesto implícito y lógico, fundamento de todas las indagaciones comparativas⁽³⁷⁾.

El fundamento de la comparación jurídica descansa en la Filosofía del Derecho, y es la propia Filosofía del Derecho la que nos muestra en su devenir histórico el riesgo que entraña la búsqueda de la unidad del Derecho en un sistema de valores absolutos y universales, dado de una vez para siempre, y existente por sí como una abstracción. «El Derecho —ha escrito Fassò— puede ser considerado uno en su esencia profunda, en cuanto es una la naturaleza humana que lo genera. He dicho la naturaleza, pero conviene no olvidar que la *naturaleza* del hombre es la historia; y la historia no es de un hombre sólo, sino del hombre que se realiza en la multiplicidad evolutiva de los individuos y de los pueblos»⁽³⁸⁾.

c) En tercer lugar Filosofía del Derecho y Derecho Comparado se encuentran en la experiencia personal del comparatista. En efecto, Legaz Lacambra ha puesto de relieve cómo el ámbito y los límites de la comparación jurídica se hallan condicionados por la concepción del mundo que el comparatista, explícita o implícitamente, profese. Aparte de las coincidencias sobre el concepto, el método, y la función del Derecho Comparado, se añadirá siempre algo personal e irreductible a concepción científica, en sentido estricto. Estos factores se ponen especialmente de manifiesto cuando con la comparación se auspicia un Derecho común a toda la humanidad,

⁽³⁶⁾ *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, trad. cast. de E. Galán y Gutiérrez, Reus, Madrid, 1953, p. 4.

⁽³⁷⁾ Op. ult. cit., pp. 3-4.

⁽³⁸⁾ Un'amicizia pericolosa: diritto comparato e filosofia del diritto, cit., p. 558.

profesando con ello un sincero universalismo jurídico, o, por el contrario, el comparatista desea mantenerse en una posición de rígido nacionalismo. En todo caso, existe un *quid* intransferible y personal que caracteriza la concepción que cada comparatista se forja de la disciplina⁽³⁹⁾.

d) Y por último, la Filosofía del Derecho halla presente a la hora de hacer inventario de los resultados de la comparación jurídica no tan solo en cuanto puede servirse de todo el material empírico obtenido del examen y confrontación de todos los ordenamientos jurídicos dados⁽⁴⁰⁾; actividad posterior y, por tanto, ya ajena al proceso comparativo; sino hallándose implícita en el propio quehacer del comparatista. «La Ciencia del Derecho universal comparado —escribe Del Vecchio— ni es, ni puede ser un simple catálogo o inventario de las leyes o de las instituciones, que de cualquier forma o en cualquier lugar han existido o existen. Dicha ciencia recopila ciertamente todos los datos históricos que, por decirlo así, llevan como la impronta de lo jurídico, pero a diferencia de la historia asignada a cada cual el puesto y el rango que le corresponden en un orden general de desenvolvimiento que no es en substancia otra cosa que un orden de valores»⁽⁴¹⁾.

El comparatista no puede limitar su labor al mero acopio o yuxtaposición de datos, ni a la pura enumeración de conceptos. Para la cabal realización de su cometido, debe acudir a una apreciación crítica de los resultados de su labor de cotejo, buscando por la reflexión la ordenación más adecuada de los resultados, y cifrando su alcance en el ámbito de la experiencia jurídica en el que haya desarrollado su trabajo⁽⁴²⁾. Bien es verdad que la tarea de profundizar en el justiprecio de esas calificaciones corresponde al filósofo del Derecho, pero éste trabaja ya sobre calificaciones lo que ya es algo distinto de una masa informe de materiales, y para cuya realización ha sido precisa una actividad reflexiva y crítica que siendo previa la Filosofía

(39) Comparación jurídica y Filosofía del Derecho, en «Revista del Instituto de Derecho Comparado», 1953, pp. 36 ss.

(40) Legaz y Lacambra, op. ult. cit., p. 39.

(41) *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, cit., p. 10.

(42) Cfr. K. Zweigert, *Methodologie du droit comparé*, en *Mélanges Maury*, p. 579; vid. también nuestro trabajo, *El problema del Derecho Comparado en la Filosofía del Derecho*, en el vol. col. XLIII día universal del ahorro, Fondo cultural de la Caja de Ahorros Provincial de la Diputación de Barcelona, Barcelona, 1968, pp. 67-68.

del Derecho, propiamente dicha, es ya una forma de pensamiento iusfilosófico.

3.1. Un programa actual de comparación jurídica: el Derecho Constitucional Común Europeo

Entre las iniciativas comparatistas actuales destacan las dirigidas a elaborar un marco integrador del constitucionalismo y las libertades en el ámbito europeo. En aparente paradoja el término «Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)», supone una expresión nueva de vieja rai-gambre jurídica. Se trata de una expresión nueva en cuanto ha sido acuñada en fecha reciente por el Profesor Peter Häberle, Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Público en las Universidades de Bayreuth y St. Gallen, pero su modelo inspirador se remonta al *ius commune*. El DCCE se halla integrado por «un conjunto de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no»⁽⁴³⁾. Dichos «principios comunes» proceden de las constituciones de los Estados de Derecho europeos, del Derecho Constitucional consuetudinario de esos Estados, así como del «Derecho europeo» surgido de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

Esos principios integradores del DCCE están destinados a cumplir en el ámbito del Derecho público un papel análogo al desempeñado por el *ius commune* como fundamento de las instituciones del Derecho privado; conformándose como un auténtico *ius commune constitutionale*⁽⁴⁴⁾.

3.2. Elementos conformadores del DCCE

Compendiada en sus elementos básicos la concepción del DCCE que dimana de las tesis de Häberle se puede cifrar en:

a) Un *método*: la comparación jurídica de las normas, principios e instituciones que conforman los Derechos nacionales de los Estados europeos. Peter Häberle considera al Derecho comparado como el «quinto método»

⁽⁴³⁾ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, trad. cast. de E. Mikunda, en «Revista de Estudios Políticos», 1993, n.º. 79, p. 11. Trabajo que se halla también recogido en el vol. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer milenio*, ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 36.

de interpretación (*fünfte Auslegungsmethode*) que se añade a las cuatro posturas hermenéuticas clásicas (gramatical, lógica, histórica y sistemática) elaboradas por Savigny⁽⁴⁵⁾. La comparación jurídica «aparece así como la «clave común europea», como el método de elaboración del contexto europeo por excelencia»⁽⁴⁶⁾.

Conviene advertir que para Peter Häberle el «quinto método», que obliga a elaborar lo afín y lo desigual, no tan sólo ayuda a conocer los sistemas jurídicos ajenos, sino a comprender mejor el propio. El profesor de Bayreuth entiende que el postulado de Goethe a cuyo tenor quien no conoce ningún idioma extranjero, tampoco conoce el suyo, es plenamente aplicable a los juristas respecto a su ordenamiento jurídico nacional⁽⁴⁷⁾.

No parece ocioso recordar, en este punto, que la comparación jurídica puede tener por objeto normas, instituciones y sistemas jurídicos en su conjunto y que a medida que su ámbito se amplía se hacen más estrechas sus relaciones con la Filosofía del Derecho. Una comparación entre cosas por completo heterogéneas no es posible, ya que ésta estriba en la observación de lo que es semejante y desemejante dentro de una misma clase o especie de objetos. «De esta suerte —escribía Del Vecchio— no cabe dudar de que la comparación jurídica presupone la idea del Derecho, aun cuando no la contemple *sub specie aeterni* ni la analice tampoco en abstracto, ya que, antes bien, ha de considerarla en concreto, en su realización múltiple en los datos y hechos de la experiencia»⁽⁴⁸⁾.

(45) *Ibid.*, pp. 27 ss. Vid. también sobre este punto sus trabajos: *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, en «Juristen Zeitung», 1989, pp. 913 ss., reed. en el vol. col. a cargo de A. López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 260 ss.; *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, en «Juristen Zeitung», 1992, pp. 1033 ss. (trabajo cuya trad. cast. se ha incluido en este volumen); y *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung*, en «Europäische Grundrechte Zeitschrift», 1992, pp. 429 ss. Algunos de los trabajos más significativos de Peter Häberle relativos a la cultura jurídica europea han sido recogidos en su obra, *Europäische Rechtskultur*, Nomos, Baden-Baden, 1994.

(46) *Ibid.*, p. 43.

(47) P. Häberle, «El concepto de los derechos fundamentales», Ponencia presentada al *Seminario Internacional sobre Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid 1-4 de Junio, 1993, cito por el texto del paper presentado al Congreso, p. 110.

(48) G. Del Vecchio, *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, trad. cast. de E. Galán y Gutiérrez, Reus, Madrid, 1953, p. 4.

El método comparativo cuando se propone impulsar procesos de unificación jurídica, como en el supuesto del DCCE, no puede reducirse a un catálogo o inventario de coincidencias y diferencias entre las leyes e instituciones vigentes en un mismo periodo en distintos ordenamientos jurídicos. Cualquier movimiento unificador en el Derecho, conduce a indagar los rasgos jurídicos comunes que integran el patrimonio de valores universales de la humanidad, o el patrimonio cultural de determinadas áreas geográficas. La comparación jurídica desemboca en la Filosofía del Derecho porque, en definitiva, se fundamenta en la unidad del género humano⁽⁴⁹⁾.

b) Acorde con las exigencias de esa actitud metódica, el *fundamento* del nuevo Derecho se construye sobre «la unidad cultural de Europa, cuya raigambre forma el substrato del DCCE»⁽⁵⁰⁾. El Derecho es, para Häberle, una manifestación cultural forjada sobre experiencias positivas y negativas de la historia. Por ello, el DCCE aparece, al mismo tiempo, como *consecuencia* de la propia identidad cultural de los pueblos de Europa; y como un *estímulo* para la «europeización de Europa» (*Europäisierung Europas*)⁽⁵¹⁾.

Estas tesis enlazan y prolongan las diversas concepciones de Europa como expresión de cultura. En este punto resulta todavía elocuente el testimonio doctrinal de Paul Koschaker, que afirmó con rotundidad: «Europa es, ante todo, un fenómeno cultural, una mezcla de elementos culturales clásicos y germánicos con preponderancia del factor romano, y en la que no es posible prescindir del elemento cristiano». De ahí desprende la convicción de que Europa no es «un producto natural, un supuesto geográfico espontáneo, sino que es una creación de la historia»⁽⁵²⁾. Es decir, Europa es una realidad de fronteras geográficas móviles y contingentes que, por ello, cifra su identidad en la cultura. Esa misma idea ha sido expresada, entre nosotros, con ejemplar nitidez por Antonio Truyol y Serra en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre *La integración europea*, texto en tantos aspectos premonitorio⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ *Ibíd.*, *passim*. Cfr. mis *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla, 4ª. ed., 1992, pp. 135 ss.

⁽⁵⁰⁾ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., p. 27.

⁽⁵¹⁾ P. Häberle, *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung*, cit., p. 429.

⁽⁵²⁾ P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, trad. cast. de J. Santa Cruz, Edersa, Madrid, 1955, pp. 18 y 21.

⁽⁵³⁾ A. Truyol y Serra, *La integración europea: idea y realidad*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1972.

La comunicación del Derecho se plantea, en definitiva, como un aspecto del fenómeno más amplio y general de la comunicación de la cultura. La Ciencia jurídica y los sistemas normativos se integran en el ámbito de manifestaciones culturales a las que siempre se ha hallado vinculado⁽⁵⁴⁾.

c) Al DCCE se le asigna como *objetivo* o *fin* prioritario el contribuir a forjar una Constitución común para Europa. En reiteradas ocasiones, con referencia expresa a la CEE, se ha denunciado que se trata de una organización institucional económica y política que carece de Constitución. El DCCE vendría a colmar esa carencia e incluso a rebasarla, ya que la auspiciada Constitución europea lo sería de toda la Europa cultural y no sólo de la comunitaria. La Constitución europea representaría la casa constitucional común europea (*das gemeinsame europäische Verfassungsbaus*), con múltiples alcobas hacia el interior y el exterior, pero con autoconsciencia de que sus cimientos son comunes⁽⁵⁵⁾.

Entre esos cimientos comunes del DCCE se debe hacer hincapié en el relevante papel jurídico que, como guía de actuación y fuente de obligaciones de comportamiento, desempeñan los principios, concretados en los derechos fundamentales que dimanar de las constituciones de los Estados miembros y del Convenio europeo de Derechos humanos. La expresión feliz de Karl-Peter Sommermann cuando alude a una «*Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*», es decir, una amistad o afectación de la Ley fundamental germana hacia los derechos humanos⁽⁵⁶⁾, es

(54) P. Häberle, *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, cit., p. 1033. Aunque no pueda hablarse de una adscripción estricta de Häberle a los planteamientos de la Filosofía del Derecho de la cultura, dirección que en las primeras décadas de nuestro siglo contó en Alemania con figuras tan representativas como las de Emil Lask, Max Ernst Mayer, Fritz Münch y el propio Gustav Radbruch, existen numerosos puntos de coincidencia de su obra respecto a la de aquellos pensadores. Son especialmente significativos para calibrar su orientación jurídica culturalista los trabajos de Häberle sobre: *Zeit und Verfassungskultur* en: *Die Zeit*, (Schriften der Carl-Friedrich-von Siemens-Stiftung), 1983, 289 ss.; id., *Feiertagsgarantien im Verfassungsleben*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981; id., *Klassikertexte als Kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

(55) P. Häberle, *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, cit., pp. 1033 ss.; id., *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung*, cit., pp. 430 ss.

(56) K.P. Sommermann, *Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Massstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 1989, pp. 391 ss.

plenamente predicable del DCCE que cifra su aparato normativo en los principios básicamente integrados por derechos fundamentales.

La Constitución común europea implicaría la culminación del método comparativo y el fundamento cultural del DCCE. Sería el producto de la estrecha y profunda colaboración, por vía comparativa, de las distintas culturas europeas. Peter Häberle muestra cómo en distintas disciplinas como la historia, la literatura y el arte existen antecedentes de una puesta en común del acervo cultural europeo. Esos modelos obligan a que los juristas se pregunten si ha llegado ya el tiempo de un trabajo en común para la elaboración de una Constitución europea. El ambicioso designio de Häberle ha venido a llenar un vacío doctrinal en una época en la que se han sucedido acontecimientos y mutaciones políticas y jurídicas en Europa, con mucha mayor celeridad que la reflexión tendente no ya a predecirlos, sino incluso a explicarlos. El prestigio de determinadas ciencias sociales se cifraba en su pretendida capacidad para predecir el curso de los comportamientos colectivos. Por ello, sucesos, que están muy próximos a nuestras experiencias más decisivas de estos últimos años, tales como la caída del «muro» de Berlín y la subsiguiente reunificación alemana, el desmoronamiento del bloque socialista del Este, las guerras balcánicas, han venido a comprometer, con la prueba irrefutable de los hechos, la supuesta capacidad de previsión de las ciencias sociales. De ahí el interés de los esfuerzos teóricos que, como el que propone Häberle, se proponen no sólo dar cuenta del Derecho Constitucional europeo vigente, sino a programar el previsible para un futuro que se está haciendo presente.

3.3. Aporías y opciones del DCCE

No obstante los méritos incuestionables de la propuesta formulada por Häberle, a la misma se le plantean encrucijadas que no es posible soslayar, y de las que el propio Häberle es, de forma implícita, consciente.

3.3.1.- En primer término, surge la duda de si *hic et nunc*, el DCCE constituye un *tipo ideal*, una hipótesis teórica de trabajo, o representa ya una *realidad verificable* y operativa. Determinadas afirmaciones del profesor Häberle parecen abonar la dimensión ideal de DCCE. Así cuando enfatiza el protagonismo de la Ciencia jurídica en la conformación de ese nuevo Derecho, que vendría a ser como una renovada versión de un

Juristenrecht ⁽⁵⁷⁾; y especialmente cuando reconoce que la esfera teórica de elaboración del DCCE no puede evitar «ciertas dosis de osadía, ya que la propia Europa jamás avanzaría un paso en su desarrollo sin unas gotas de utopía»⁽⁵⁸⁾.

Pero, en otros momentos el DCCE deja de presentarse como una hipótesis de *lege ferenda* o un proyecto de *ius condendum*. Así, cuando recuerda que existen un conjunto de principios europeos comunes que se hallan ya vigentes. Entre ellos cabría aludir al Estado constitucional, que implica el respeto a la dignidad humana, la democracia pluralista, los derechos fundamentales, el Estado de Derecho que asegura el imperio de la ley, la justicia social, la autogestión administrativa a nivel municipal, la subsidiariedad, la tolerancia y el respeto de las minorías así como el regionalismo y federalismo; asimismo se están haciendo comunes fines constitucionales europeos en materia de desarrollo cultural, protección del medioambiente y Estado social⁽⁵⁹⁾.

El DCCE se manifiesta, por tanto, como una categoría ambivalente conformado por principios e instituciones que operan en los distintos sistemas jurídicos europeos (aunque conviene recordar que tales principios no son sólo los del Derecho positivo). Pero, al propio tiempo, es una tarea abierta a los distintos operadores jurídicos: legisladores, jueces, y especialmente, científicos del Derecho, tendente a elucidar, desarrollar, y elaborar principios jurídicos comunes para el logro de una Constitución europea común.

3.3.2.- La tesis de Häberle plantea también una disyuntiva sobre el sentido *horizontal* o *vertical* de los procesos conformadores del DCCE. Reitera Häberle que debe excluirse cualquier apresuramiento en la construcción del nuevo orden jurídico europeo. Tal Derecho no debe convertirse en un instrumento «de allanamiento o nivelación uniforme ni de igualamiento forzoso de todo Derecho Constitucional nacional, en una Europa unida puramente imaginaria o en una que lo pretenda llegar a ser»⁽⁶⁰⁾. El

⁽⁵⁷⁾ Cfr. P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., p. 44; id., *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, cit., pp. 1042 ss.

⁽⁵⁸⁾ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., p. 11.

⁽⁵⁹⁾ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., pp. 22 ss.; id., *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung*, cit., pp. 432 ss.

⁽⁶⁰⁾ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., p. 38.

DCCE debe ser el resultado de una actuación armónica y paralela de los operadores del Derecho (legisladores jueces y juristas) de las distintas culturas jurídicas europeas.

Ese propósito de construcción horizontal, es decir, basado en la simetría y equilibrio de principios de las distintas culturas jurídicas europeas, parece avenirse poco con la teoría de la «voz cantante» a la que alude el propio Häberle como factor creativo del DCCE. Peter Häberle establece una sugerente analogía entre los procesos formativos del DCCE y un concierto musical en el que muchas naciones unas veces lleven la «voz cantante» y otras operen como mero «acompañamiento». Entiende Häberle que la historia constitucional enseña cuales han sido las aportaciones nacionales de mayor éxito en los procesos de producción y recepción de principios jurídicos comunes europeos. Así, entre los ejemplos clásicos, cabría citar al parlamentarismo británico, a las declaraciones de derechos humanos francesas, y a la división de poderes de Montesquieu. En época más reciente se pueden citar, entre otros ejemplos, la aportación de Alemania al acervo europeo de la doctrina y la jurisprudencia de los derechos fundamentales, o el art. 24 de la Constitución griega de 1975 que ha servido de modelo para la protección del medio ambiente; la doctrina francesa de la discrecionalidad tan aplicada en el Derecho comunitario, etc.⁽⁶¹⁾

Para salvar el escollo de una contraposición entre un planteamiento pluralista u horizontal del DCCE, que sería el producto de una «masa coral» y su teoría vertical y dirigista de «la voz cantante», Häberle señala una vía de mediación. Mediante ella trata de evitar la unilateralidad de ambas polaridades. «No existen directores de orquesta en la conformación de DCCE se trata más bien de una «partitura» integrada por notas procedentes de las diferentes naciones europeas. En esa partitura contrapuntística no hay lugar para «directores de orquesta», lo más que se permite es llevar «la voz cantante» durante un periodo de tiempo limitado»⁽⁶²⁾.

3.3.3.- Estas alternativas se prolongan y desembocan en el planteamiento de una opción entre *eurocentrismo* y *multiculturalismo*. Cabría reputar las tesis de Häberle para la conformación del DCCE como una iniciativa

⁽⁶¹⁾ P. Häberle, *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, cit., p. 1042.

⁽⁶²⁾ *Ibíd.*

jurídica y política de inequívoco signo eurocentrista. Desde estas coordenadas cabría pensar que su teoría representa una renovada legitimación ideológica de la superioridad del genio cultural y jurídico europeo. En el pensamiento jurídico europeo de los siglos XVIII y XIX y en la primera mitad del nuestro existía la convicción, más o menos consciente, de que entre las distintas culturas jurídicas, se daba una jerarquía en la que Europa ocupaba el primer rango. Por eso, cuando se apelaba a valores propios de los países civilizados, en realidad, se quería aludir a los pertenecientes a la cultura jurídica europea. Las referencias a la cultura jurídica de la humanidad hipostasiaban lo que, de hecho, eran apelaciones a los modelos jurídicos europeos. El progreso jurídico, en ocasiones avalado por una determinada concepción del Derecho comparado, consistía en promover el que las otras culturas «salieran» de su barbarie o subdesarrollo y se acomodaran al marco jurídico institucional europeo, lo que se consideraba que redundaría en un beneficio para ellas.

Esa fase de colonialismo jurídico eurocéntrico sufrió una profunda crisis con el movimiento descolonizador que sigue al fin de la Segunda Guerra Mundial. Hoy, por contra, se asiste a un fenómeno que tiende a enfatizar la peculiaridad de las distintas civilizaciones y el consiguiente multiculturalismo jurídico. Pero, a su vez, este fenómeno puede encubar el riesgo de un relativismo jurídico cultural con la consiguiente pérdida del horizonte universalista y cosmopolita de las libertades y el constitucionalismo.

Peter Häberle que es un pensador singularmente bien dotado para captar los signos definitorios de nuestra época no podía dejar de ser sensible a estas circunstancias. Quizás se deba a ello su deliberado afán por evitar que pueda acusarse al DCCE de ser un instrumento solapado para absorber y fagocitar otras culturas jurídicas y los distintos Derechos nacionales europeos. Para evitar ese recelo indica, de forma recurrente, que el DCCE no ha nacido para negar ni abolir «el Derecho Constitucional *sui generis* de cada nación, sino, al contrario, pretende ante todo colaborar en su fundamentación, asumirlo y, simultáneamente, potenciarlo»⁽⁶³⁾. Asimismo, al exponer los límites y riesgos del DCCE explicita que el vigor y la

⁽⁶³⁾ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., p. 13.

fuerza del DCCE dependen de su riqueza, incluyendo el sentido particular y las peculiaridades de cada uno de los tipos de derechos contenidos en sus constituciones nacionales⁽⁶⁴⁾.

Parece desprenderse de estos asertos que la formación del DCCE debería ser el resultado de una comparación por vía inductiva de los distintos sistemas constitucionales nacionales europeos. Pero esta conclusión sería engañosa. Es cierto que en la elaboración del DCCE concurren las experiencias legislativas, judiciales y doctrinales de las distintas naciones de Europa, pero el DCCE no es la mera suma de esos elementos. El DCCE constituye una categoría cultural previa a esos elementos particulares y, por tanto, en su elaboración se debe operar también por vía deductiva, a partir de la idea de una comunidad de valores y principios jurídicos europeos que actúan como elemento conformador, aglutinante y orientador del proceso. Si no existiese la convicción de un tipo ideal de DCCE sería imposible enjuiciar y valorar la aproximación o alejamiento de las distintas experiencias jurídicas europeas respecto a ese ideal superior que, tal como se ha indicado, actúa como moto «utópico» del proceso de convergencia jurídica europeo.

Häberle concibe el devenir de los derechos fundamentales como una trayectoria dirigida a culminar en el *status mundialis hominis* del que se deriva, en el plano de la fundamentación teórica, el *status civilis y culturalis* nacional. Los derechos fundamentales universales deben penetrar en la teoría y en la práctica de los derechos fundamentales nacionales. Ello exige un concierto multinacional y multicultural de muchas, o, más bien, casi de todas las culturas y doctrinas de derechos fundamentales⁽⁶⁵⁾.

La garantía de los derechos fundamentales, en su dimensión operativa práctica, debe comenzar a implantarse a nivel de los Estados nacionales para posteriormente universalizarse, pero los derechos fundamentales nacionales no pueden interpretarse sino a partir de los derechos humanos universales; y en ello el art. 10.2 de la Constitución española ofrece un estimulante ejemplo. En definitiva, el DCCE no puede abdicar de su voca-

(64) P. Häberle, *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung*, cit., pp. 430 ss.

(65) P. Häberle, *El concepto de los derechos fundamentales*, cit., pp. 94 ss.

ción supranacionalista y de su papel de estadio en la conformación de un Derecho Constitucional en el que tenga plena vigencia el *status mundialis hominis* como derecho fundamental universal⁽⁶⁶⁾.

Es evidente que la construcción de un DCCE, por fuerza, debe presentarse con inequívoca vocación universalista y multicultural de signo humanista y cosmopolita, máxime cuando se plantea como en el caso de Häberle desde una filosofía de la cultura. Sensible a esta exigencia, la construcción del profesor de Bayreuth concibe el *ius commune constitutionale europeum* como un estadio, o aspecto parcial, del desarrollo jurídico de la humanidad mientras llega la hora del «Estado constitucional a nivel planetario»⁽⁶⁷⁾. La penetración de los presupuestos del Estado constitucional en la Europa del Este y, a través de ella, en grandes zonas de Asia, su paulatina presencia en los países africanos en vías de desarrollo, así como el influjo del constitucionalismo hispano-luso en Iberoamérica son hitos dirigidos hacia ese logro.

Constituiría, por tanto, una grave incompreensión del DCCE diseñado por Häberle el entenderlo como un alegato eurocentrista encubridor de un renovado colonialismo jurídico-constitucional. Pero esa sensibilidad a las exigencias jurídicas del multiculturalismo no le hace ser un relativista. Uno de sus últimos trabajos se refiere, precisamente, al desafío que representa el fundamentalismo para el Estado constitucional. En opinión de Häberle la mejor defensa de la sociedad abierta contra los peligros de los fundamentalismos de todo signo será la garantía real de tres libertades básicas inherentes al Estado de Derecho: la libertad en materia de creencias (tolerancia), la libertad del arte y la libertad de la ciencia⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, p. 126.

⁽⁶⁷⁾ P. Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo*, cit., p. 46. Häberle atribuye a un déficit de tolerancia y a falta de entrenamiento en la vivencia de una cultura universal de los derechos fundamentales, la eclosión de los «nuevos nacionalismos» surgidos en la Europa del Este para llenar el vacío ideológico dejado por la quiebra del marxismo-leninismo. Ello ha provocado las funestas consecuencias, especialmente trágicas en la antigua Yugoslavia, de Estados integrados por diversos pueblos que se desmoronan entre guerras civiles en pequeños Estados que, a su vez, siguen teniendo problemas con sus minorías. *El concepto de los derechos fundamentales*, cit., p. 118.

⁽⁶⁸⁾ J. Häberle, *Der Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsstaates: rechts, bzw. kulturwissenschaftlich betrachtet*, en la obra col. *Liber Amicorum Josef Esser*, ed. a cargo de E. Schmidt y H. L. Weyers, Heidelberg, 1995, pp. 50 ss.

Retomando el hilo conductor de la argumentación de Häberle podría compendiarse su actitud, respecto a las tres alternativas básicas aquí enjuiciadas, en los siguientes términos.

1ª) En lo que atañe al significado ideal o empírico del DCCE, se infiere de sus tesis que ese nuevo Derecho no es una entelequia, sino una realidad operativa que cuenta con un soporte de experiencias jurídicas concretas y operativas en Europa. Pero se trata de una realidad abierta e *in fieri*, que recibe su orientación y su impulso de un modelo ideal o, si se quiere, utópico, que estimula y dinamiza su proceso conformador. Como se ha tenido ocasión de advertir, el alcance del DCCE es más amplio y ambicioso que la proyectada Constitución limitada al ámbito de la Unión Europea. Viceversa, los autores de ese Proyecto pueden encontrar en los trabajos de Häberle un ilustrado y valioso estímulo. Se ha firmado, por la autorizada voz de Rudolf Bernhardt que: «la Constitución comunitaria en su conjunto no depende de los detalles, sino del futuro desarrollo hacia una auténtica Unión Europea»⁽⁶⁹⁾. Pero, al propio tiempo, el parlamentario Fernand Herman, ponente del Proyecto de Constitución de la Unión Europea elaborado por el Parlamento Europeo en 1993, recordaba en la sesión plenaria de dicho Parlamento celebrada en Estrasburgo en Febrero de 1994, que la elaboración de una Constitución Europea permitiría «poner fin a la actual etapa de crisis y confusión en relación con la construcción europea», y añadía que: «el Tratado de Maastricht ha complicado, en lugar de simplificar, la construcción europea y un texto constitucional permitiría corregir este extremo»⁽⁷⁰⁾. Todo ello significa que si la Constitución Europea no puede sustraerse a los avatares del proceso de construcción de la Unión, ésta, a su vez, tendrá uno de sus principales mecanismos impulsores, ordenadores y clarificadores en su Constitución.

(69) R. Bernhardt, *Las fuentes del Derecho comunitario: la «Constitución» de la Comunidad*, en la obra col., *Treinta Años de Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1994, p. 86. Sobre el Proyecto de Constitución Europea, vid. el trabajo de Francesc de Carreras Serra *Por una Constitución Europea*, en el vol. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer milenio*, cit., pp. 225 ss.

(70) Vid. Actividad de la Unión Europea: Parlamento Europeo, en «Europa Junta», 1994, n.º. 24, pp. 33-34.

2ª) Sobre el sentido horizontal o vertical del DCCE propugna una solución mediadora. El nuevo Derecho debe ser fruto de la concurrencia plural y equilibrada de las distintas culturas nacionales. En la construcción del DCCE no es admisible partir de hegemonías jurídicas (en la metáfora musical de Häberle, «directores de orquesta») corolario de las económicas o políticas, pero sí reconocer protagonismos culturales (en expresión de Häberle «voces cantantes») episódicos, que indiquen la pauta a seguir en el «concierto» de la unidad jurídica europea.

3ª) En la renovada tensión entre eurocentrismo y multiculturalismo el DCCE se alinea inequívocamente en la órbita de las concepciones culturales jurídicas de signo multiculturalista y cosmopolita: se presenta, en definitiva, como un estadio en la construcción del Derecho Constitucional común de la humanidad.

4. FILOSOFÍA DEL DERECHO E HISTORIA DEL DERECHO

La Ciencia Jurídica proyecta el aparato conceptual de la Dogmática no tan sólo en sentido sincrónico, que como se ha visto, constituye el objeto principal de la comparación jurídica, sino que a la vez, se propone la investigación diacrónica de sus presupuestos. La Historia del Derecho como parte de la Ciencia Jurídica se nos presenta dirigida a indagar el Derecho positivo en su dimensión genético-evolutiva, sus conexiones con el Derecho en épocas precedentes, y el origen histórico de las instituciones jurídicas, intentando elucidar sus formas estilísticas y sus leyes de desarrollo⁽⁷¹⁾.

La insoslayable dimensión histórica del Derecho sugiere la tesis de si las tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica pudieran ser completadas por una *cuarta dimensión: la historia*. En el Derecho pudiera hablarse, en efecto, de un *tetradimensionalismo*, es decir, de una experiencia jurídica integrada por tres (sociedad, norma, valor) más una (historia) dimensiones. Esta dimensión permite «temporalizar» a las otras tres, contextualizándolas históricamente. Desde una perspectiva puramente teórica o metodológica es posible una concepción «sincrónica» del tridimensionalismo jurídico, pero la imagen real y concreta de la experiencia jurídica es necesariamente «diacrónica» y, por ello tetradimensional.

⁽⁷¹⁾ Cfr. E. Wolf, *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft*, cit., p. 21.

Como toda actividad humana, la experiencia jurídica se desarrolla en el tiempo. El tiempo es un factor que gravita de forma inexorable en los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho.

La dimensión histórica de la experiencia jurídica plantea una serie de cuestiones que inciden conjuntamente en la Historia y en la Filosofía del Derecho, de entre ellas se abordan aquí tres, referidas respectivamente a: 1) los presupuestos historiográficos de la perspectiva histórica de la Filosofía del Derecho; 2) la cuestionable historicidad del método jurídico de la Escuela Histórica del Derecho; 3) la relevancia histórica de la actitud metodológica de la filosofía de la experiencia jurídica.

4.1. Historiografía jurídica y Filosofía del Derecho

La historicidad del Derecho plantea un arduo y siempre abierto problema historiográfico, que incide en la Historia de la Filosofía del Derecho: ¿hasta qué punto y en que forma pueden proyectarse los intereses y los métodos del presente sobre una realidad pasada sin deformarla? Esta preocupación late en la reciente tentativa emprendida por Anthony Pagden de contribuir a reevaluar las perspectivas doctrinales e ideológicas de los clásicos del iusnaturalismo hispano en relación con la conquista de América. En ese intento juzga «sutilmente propagandística y descaradamente anacrónica» la orientación de algunas de las principales reconstrucciones históricas de la colonización americana realizadas durante el régimen de Franco⁽⁷²⁾. Lo primero, porque se trataba de estudios dirigidos a legitimar el pasado imperial español, intentando sostener que la empresa colonizadora redundó en el interés cultural de los amerindios y de la Cristiandad universal. En cuanto al anacronismo se revela en su forma de tratar a los autores del siglo XVI como si se hubieran enfrentado a los problemas actuales, transformando a un grupo de teólogos tomistas en modernos filósofos del Derecho Internacional⁽⁷³⁾.

(72) A. Pagden, *The Fall of Natural man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge University Press, 1982; cito por la ver. esp. de B. Urrutia, *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 16, donde se refiere expresamente a Angel Losada, Venancio Carro y Teodoro Andrés Marcos como principales exponentes de esta visión histórica ideológicamente comprometida con el franquismo.

(73) *Ibíd.*, pp. 16-17.

Su alternativa historiográfica se cifra en la tesis de que sólo es posible comprender un texto del pasado cuando se conoce del *lenguaje* y contexto social en el que se elaboró. En relación con el arsenal teórico desde el que los clásicos hispanos abordan los problemas de América, Pagden entiende que debe ser estudiado desde premisas metódicas contextuales. Esa pretensión, que reconoce difícil e imperfecta, tendente a contextualizar los textos de los teólogos españoles del siglo XVI, debe llevarse a cabo desde los presupuestos internos de discursos intelectuales muy estructurados por tradiciones y convenciones lingüísticas definidas temporalmente.

Estas consideraciones historiográficas no constituyen una novedad y entiendo que deben ser puntualizadas. La primera representa una denuncia sobre la manipulación ideológica de los clásicos hispanos. En este punto conviene recordar las hoy consabidas tesis de Jürgen Habermas sobre la imposibilidad de una concepción «pura», en cuanto desligada de intereses prácticos de la historia. Las ciencias histórico-hermenéuticas, en cuanto dirigidas a la comprensión y orientación del actuar humano, no pueden concebirse al margen de un interés práctico. Todo tipo de conocimiento, sea técnico o práctico, posee carácter interesado o conducido por el interés (*Erkenntnisleitende Interesse*). Ello no implica relegar el saber práctico al terreno del decisionismo o del irracionalismo, sino situarlo en el plano de la teoría social, como forma de conocimiento basado en la comunicación intersubjetiva. Para Habermas esos intereses podrán estar guiados por una razón autorreflexiva dirigida a la emancipación humana, en cuyo caso el interés será, a la vez, una categoría explicativa y justificativa⁽⁷⁴⁾; pero pueden hallarse inspirados y responder a otras motivaciones sociales o políticas menos plausibles. En definitiva, la sociología del conocimiento (*Erkenntnissoziologie*) será la encargada de desvelar esos intereses que pueden avalar o deformar ideológicamente el saber histórico.

La segunda incide en la actitud metódica que debe presidir el estudio de las interrelaciones que enlazan la historia y el presente. Como punto de partida no está de más recordar la penetrante observación de Xavier Zubiri

⁽⁷⁴⁾ J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1968, pp. 235 ss. (existe trad. cast., Taurus, Madrid, 1982); id. «Erkenntnis und Interesse» en su obra *Technik und Wissenschaft als «Ideologie»*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 11^a. ed., 1981, pp. 146 ss. (existe trad. cast., Tecnos, Madrid, 1986).

de que: «el pasado, es, por lo pronto, algo que sólo puede ser entendido desde un presente. El pasado, precisamente por serlo, no tiene más realidad que la de su actuación sobre un presente. De suerte que nuestra actitud ante el pasado depende pura y simplemente de la respuesta que se dé a la pregunta: ¿Cómo actúa sobre el presente?»⁽⁷⁵⁾.

En el ámbito jurídico es bien conocida la polémica de los romanistas sobre si es legítimo proyectar los instrumentos conceptuales y metódicos del presente al estudio de la experiencia jurídica de la Roma clásica; o si, por contra, la reconstrucción histórica debe realizarse no sólo sobre las categorías normativas e institucionales romanas, sino especialmente sobre el modo en que dichas categorías fueron elaboradas, aplicadas y sentidas por los juristas y el pueblo de Roma⁽⁷⁶⁾.

La controversia, entiendo, que no versa tanto sobre la posibilidad y legitimidad de aplicar instrumentos metódicos del presente a una realidad pretérita, sino al modo en que dichos instrumentos deben proyectarse. El empleo de las categorías conceptuales del presente para la comprensión de categorías pasadas resulta inevitable porque, aunque el objeto de estudio sea un fenómeno distanciado en el tiempo, se le asume desde el presente y a partir de los esquemas conceptuales que pertenecen a nuestro actual sistema de conocimientos y métodos. Pero lo que puede resultar anacrónico o ucrónico es la utilización de categorías históricas, aquellas que nacen y adquieren su sentido peculiar en ámbitos temporales bien determinados, fuera de su contexto. El uso históricamente riguroso de los conceptos filosóficos, políticos y jurídicos debe prevenir de las deformaciones en que se incurre cuando se sitúan en el pretérito categorías que son producto de nuestro actual sistema de saberes e inquietudes; o cuando se ignoran los límites temporales en que se forjaron las ideas del pasado para acomodarlas a nuestras conveniencias presentes.

⁽⁷⁵⁾ X. Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editora Nacional, Madrid, 1959, p. 286.

⁽⁷⁶⁾ Me he referido a ello, con alusión expresa a la polémica entre Betti y De Francisci, así como a las tesis de Capograssi, Ascarelli, Orestano y Giuliani, en mi libro *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1971, pp. 18 ss.

El propio Pagden, tras sus advertencias metódicas frente al anacronismo y a la ideologización en la reconstrucción histórica de las tesis de los clásicos hispanos sobre Indias, reconoce que en el «mundo post-wittgensteiniano, post-heideggeriano y post-foucauliano del presente ningún análisis histórico puede evitar un cierto anacronismo. De ello se infiere que la idea de un «archivo» estrictamente histórico que espera ser descubierto por el paciente historiador, o la imagen del historiador que relata los hechos «tal y como son» deben permanecer para siempre en el olvido». Lo que le lleva a admitir, de forma expresa, que: «La historia que interesa tiene que estar implicada con el presente y tener compromisos directos, aunque leves, con el propio mundo del historiador»⁽⁷⁷⁾.

La tarea de reconstruir los textos de los clásicos, tal como fueron concebidos, o de la atmósfera del auditorio en que fueron escuchados, es imposible. Para realizarla tendríamos que recurrir a unas introspecciones psicológicas y/o a unos viajes a través del tunel del tiempo sólo asequibles a los impulsos de la imaginación. Pero además ese esfuerzo, puramente retrospectivo, resultaría mucho menos fértil que el prospectivo dirigido a medir la operatividad de esos textos en las inquietudes del presente; evitando, en lo posible, descontextualizaciones y deformaciones de las categorías históricas.

4.2. Método Histórico y Escuela Histórica del Derecho

Es notorio, al menos debiera serlo para los juristas españoles, que el art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil prescribe que la interpretación de las normas habrá de tener presente sus «antecedentes históricos» y «la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas». Si descartamos que ese texto sea una mera cláusula programática falta de fuerza vinculante y le reconocemos plena eficacia normativa, será necesario aplicar lo previsto en el citado artículo 3.1 a la interpretación de su propio contenido. Esa operación conduce a plantear la incidencia de los planteamientos de la Escuela Histórica del Derecho en la conformación de una actitud metódica historicista en la elaboración del Derecho.

⁽⁷⁷⁾ A. Pagden, op. cit., p. 17.

El énfasis por la dimensión histórica del Derecho va a caracterizar alguno de los movimientos más significativos de la teoría jurídica en los inicios del siglo XIX. La temática de la contribución de la Escuela Histórica al descubrimiento de la historicidad del Derecho, sigue constituyendo un punto clave para la inteligencia del discurrir de las ideas jurídicas y filosóficas en el pasado siglo. El interés de la cuestión, lejos de ser meramente retrospectivo, incide de lleno en una serie de problemas que presentan estrecha vinculación con las inquietudes teóricas y prácticas de la filosofía jurídica de nuestro tiempo. A la vez, sus repercusiones socio-políticas son tan amplias que, sin duda, afectan también al planteamiento general de algunos debates actuales sobre el significado práctico de la historiografía jurídica.

En el plano **metodológico** es mérito incuestionable de la Escuela Histórica el haber reivindicado enfáticamente la dimensión histórica del Derecho y, consiguientemente, la necesidad de interpretarlo en función de sus presupuestos temporales. Desde su monografía juvenil dedicada a la *Metodología jurídica* (1802-1803), Savigny tuvo el acierto de formular los métodos básicos de la interpretación jurídica. Si bien, en esa primera exposición alude a tres posturas metódicas: la filológica o gramatical; la histórica y la sistemático-filosófica. Luego, en su gran obra sistemática de madurez, esta última será desglosada en dos métodos: el lógico y el sistemático (*Sistema del Derecho romano actual*, 1840-1849). Tuvo además el acierto de no considerar esos métodos como compartimentos estancos, o como instancias excluyentes, sino como instrumentos hermenéuticos complementarios. No se trataba de cuatro métodos de los que se debiera optar por uno, sino de cuatro posturas metódicas que debían operar conjuntamente en la interpretación de cada norma.

A partir de entonces ese paradigma de interpretación jurídica halló eco en una serie ininterrumpida de elaboraciones doctrinales y textos normativos. Nuestro art. 3.1 del vigente Código Civil prueba esa continuidad del modelo hermenéutico auspiciado por Savigny. No obstante, y una vez más se debe subrayar la paradoja de que fueran los «germanistas» y no los «historicistas» quienes realizaran auténticas investigaciones históricas del Derecho consuetudinario germano. Por contra, la principal aportación de Savigny y Puchta al desarrollo de la Metodología jurídica se halla representada por su decisivo impulso de la actitud formalista, centrada en la elabo-

ración conceptual («genealogía de conceptos») lógico-sistemática de unas normas que no eran germanas, sino extranjeras (el Derecho Romano) y que no eran históricas, sino vigentes en la Alemania de entonces. De esa actitud metódica surgieron la «pandectística», la Dogmática jurídica y la Jurisprudencia de conceptos, direcciones todas ellas de claro sesgo formalista, positivista y anti-histórico.

Por eso, no sería correcto considerar que el mandato hermeneúatico-histórico que dimana del art. 3.1 de nuestro vigente Código Civil puede ser plenamente satisfecho desde los presupuestos doctrinales de la Escuela Histórica. Se debe, por tanto insistir en que la autenticidad histórica del método jurídico propugnado por la Escuela Histórica del derecho es harto cuestionable. No parece ocioso recordar que la Historia de la Filosofía y de la Ciencia del Derecho registra numerosos episodios paradójicos, en los que la voluntad de autores y escuelas se ha visto contrariada por un conjunto de avatares e interpretaciones posteriores de signo inverso. Algo de ello se puede predicar respecto al legado de la Escuela Histórica, (la paradoja que parece haber sido el sino de la vida y obra de Savigny no podía dejar de extenderse a sus proyecciones) que pretendió elaborar una doctrina jurídica plena de sentido histórico, sin que sus presupuestos teóricos, metodológicos y axiológicos se hayan mostrado adecuados para el logro de ese objetivo. En cambio, la más viva herencia de la Escuela Histórica se ha revelado como aquello que no ocupó un lugar preferente en sus polémicas y que, en cierto modo, es la cara opuesta de la Historia: el sistema; es decir, su contribución al desarrollo del formalismo jurídico y a la consiguiente elaboración conceptual y lógica de las normas⁽⁷⁸⁾.

4.3. Historicidad del Derecho y Filosofía de la experiencia jurídica

La experiencia jurídica no es ajena a la historia, antes bien, se trata de una forma necesaria de la historia en la que desenvuelve sus manifestaciones y en la que termina por resolverse⁽⁷⁹⁾. Los sistemas normativos en que

⁽⁷⁸⁾ Vid., A. E. Pérez Luño, *Historiografía Jurídica del Siglo XIX. Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho*, en curso de publicación en el «Boletín de la Facultad de Derecho» (UNED).

⁽⁷⁹⁾ Cfr. G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 5-12 y 144-151.

la experiencia jurídica se revela no representan sino fases en el desarrollo histórico de la humanidad, por ello no tan sólo tienen historia, sino que ellos mismos son historia⁽⁸⁰⁾.

Ahora bien, desde el momento en que la Historia del Derecho deja de ser un repertorio, exterior a la experiencia, de datos y noticias sobre sistemas jurídicos pretéritos, para convertirse en Historia de la experiencia jurídica; esto es, en cuanto se presenta como «la historia en cuanto vida, la historia precisamente como tradición que explica y da un significado a las nuevas formas constituyentes en las que se va plasmando la vida del Derecho»⁽⁸¹⁾, se convierte, necesariamente, en una verdadera Filosofía de la Historia del Derecho. El estudio histórico del Derecho elevado a estudio del aspecto constitutivo de la experiencia jurídica adquiere la dignidad de auténtico estudio filosófico del Derecho. Con razón ha podido escribir Capogrossi que: «la Ciencia del Derecho lleva implícita en sí misma una auténtica y no simulada Filosofía de la historia del Derecho»⁽⁸²⁾.

La experiencia jurídica entraña, no tan sólo el estudio de las instituciones y sistemas jurídicos, sino que se proyecta también sobre las mutaciones de los principios y los problemas de la Ciencia jurídica y sobre el significado cultural de la obra de los grandes juristas. Filosofía, Historia y Derecho se presentan así en su sentido plenario cuando los englobamos en el estudio integral de la experiencia jurídica. Cuyo punto de partida pudiera venir constituido por aquella profunda intuición de Battaglia cuando se refería a «una Historia que sea Filosofía, o una Filosofía que sea Historia, consciente de que en el fenómeno se manifiesta la universalidad y que ésta se realiza en aquél»⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ «Jedes Rechtssystem –ha escrito Gerhart Husserl– repräsentiert eine bestimmte Phase in der Geschichte der Menschheit. Rechtsordnungen haben eine Geschichte und sind selbst Geschichte» *Recht und Zeit*, Fünf rechtsphilosophische Essays; Klostermann, Frankfurt a.M., 1955, p. 10.

⁽⁸¹⁾ G. Capogrossi, Il problema della scienza del diritto, en *Opere*, cit., vol. II, pp. 596-597. Cfr. también G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, cit., p. 9; A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, p. 197.

⁽⁸²⁾ *Op. ult. cit.*, p. 607.

⁽⁸³⁾ *Corso di filosofia del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1942, vol. III, p. 169.

Sólo a través de la Filosofía del Derecho es posible dar un verdadero sentido a la historia jurídica, superador de las series casuísticas de datos empíricos; y sólo a través de la Historia, la Filosofía adquiere la autoconsciencia de sus propias fuentes y la necesaria concreción fundamentadora de sus planteamientos.

5. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La Ciencia del Derecho se interroga, también, acerca de aquellos fines que persiguen las instituciones jurídicas, y de cómo las normas positivas contribuyen a su alcance; se interroga, a la vez, por las relaciones sociales, reguladas, protegidas y determinadas por el ordenamiento jurídico. A estas preguntas viene a responder la Sociología del Derecho, que toma como punto de partida la idea de que el Derecho es, ante que nada, un fenómeno social, y que, en base a tal característica, debe elaborarse cualquier consideración teórica sobre el mismo que no pretenda pecar de abstracción.

El término Sociología tiene un origen próximo, fue utilizado por vez primera por Augusto Comte en su *Cours de Philosophie positive* (1830-1842). Se trata de un vocablo poco afortunado desde el punto de vista filológico, híbrido del término latino *societas* con el griego *logia*, evoca la idea de un estudio científico de la sociedad.

Lo mismo en las obras de Comte y Spencer que en las del italiano Ardigò, el Derecho venía considerado como un mero aspecto del fenómeno social, y lo mismo que la moral, la religión, y la economía, debía ser, si no suprimido, si considerado unitariamente con los otros aspectos del fenómeno social estudiados por la Sociología. Esta asumía el carácter de ciencia general o explicación total de los fenómenos sociales. A finales de siglo entró en crisis esta concepción de la Sociología, la cual consciente entonces de sus propias limitaciones, renunció al ambicioso proyecto de encerrar en una sola ley el sentido del devenir social, y se orientó hacia investigaciones de tipo particular y concreto. El mérito de haber abandonado aquella inicial aspiración integradora, considerada luego como un residuo metafísico, se debe, en especial, a Emil Durkheim y a Max Weber.

Este último contribuyó a la emancipación de la Sociología jurídica a través de su *Rechtssoziologie*, que constituía el Cap. VII de su obra *Wirtschaft und Gesellschaft* (1925), si bien años antes Eugen Ehrlich había publicado su *Grundlegung der Soziologies des Rechts* (1913).

Objeto principal de la Sociología del Derecho es, a juicio de Gurvitch, la descripción de los contenidos positivos de la experiencia jurídica en la variedad de sus aspectos, en cuanto tales contenidos se han expresado en hechos sensibles de conducta afectiva y en instituciones. A la vez, la Sociología jurídica pone en relación estas conductas e instituciones con otros fenómenos sociales, investigando, por último las causas de su génesis, de su desarrollo, y de su crisis⁽⁸⁴⁾.

La Sociología jurídica en cuanto estudia las normas positivas y las instituciones de la experiencia jurídica inmediata, se proyecta sobre el mismo objeto que la Dogmática, dirigida a la sistematización de esos materiales en un medio social y una época determinados. Por otra parte, como ha puesto de relieve Capograssi, los conceptos de Sociología jurídica son conceptos ya suministrados por la Ciencia dogmática del Derecho, que aquella pretende reelaborar presentándolos como expresiones de la realidad⁽⁸⁵⁾. Existe pues un flujo recíproco entre ambas disciplinas, pues si la Dogmática realiza una tarea de formalización de la experiencia social, sirviéndose para ello de las aportaciones sociológicas, suministra, a su vez, los sistemas conceptuales y las sistematizaciones normativas de las que la Sociología no puede prescindir.

Pero la Sociología, no proyecta sus instrumentos de estudio tan sólo a las normas e instituciones jurídicas, sino que tiene por principal objeto las conductas efectivas en masa, y para hallar el auténtico sentido de esas conductas debe proceder a una interpretación de su carácter en cuanto formas de la experiencia; debe poseer, por tanto un criterio que sólo la Filosofía del Derecho puede suministrarle. En otras palabras, que la Sociología del Derecho para penetrar en el profundo sentido de las conductas jurídicas efectivas, debe tener en cuenta las creencias, ideales, aspiraciones, etc., que forman el substrato de la experiencia jurídica inmediata, y para cuya comprensión la Filosofía del Derecho puede prestarle una colaboración inestimable. Esto no impide el que luego sean los materiales obtenidos en la

⁽⁸⁴⁾ L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit, cit., pp. 83-84. Sobre la postura de G. Gurvitch, cfr. R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, 2ª. ed., 1980, pp. 79 ss. (De la 1ª. ed. de esta obra existe una trad. cast. con nota preliminar de M. Atienza, Taurus, Madrid, 1978.

⁽⁸⁵⁾ *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 418, nota 1.

investigación sociológica, los que sirvan a la Filosofía del Derecho para la más sólida fundamentación de su análisis⁽⁸⁶⁾.

La temática de las investigaciones sociológico-jurídicas es amplia y variada, como muestra se exponen dos campos de estudio actuales⁽⁸⁷⁾.

5.1. El análisis sociológico de la jurisprudencia

No es necesario suscribir sin reservas, o al menos sin matices, la concluyente tesis de Roland Gray de que: «all the Law is judge-made law»⁽⁸⁸⁾, para captar el peso decisivo que corresponde a la judicatura en cualquier ordenamiento jurídico. De ahí que no deja de producir cierta sensación de extrañeza la parquedad de la documentación bibliográfica sobre el comportamiento y actitudes de nuestra magistratura, en comparación con la existente sobre otros aspectos de la experiencia jurídica de trascendencia notablemente menor.

Se debe al célebre juez de la Corte Suprema norteamericana Oliver W. Holmes la penetrante observación de que el estudio del Derecho no supone el descubrimiento de algo misterioso, sino de una realidad bien conocida, es decir, de la actuación de los jueces⁽⁸⁹⁾. Por ello, el análisis del comportamiento judicial aparece como una condición necesaria para trasladar desde la penumbra y el misterio a la transparencia y la claridad el sistema jurídico de nuestro inmediato pasado político.

En los países anglosajones, especialmente en los EE.UU., la tesis de Oliver W. Holmes de que el Derecho no es lógica, sino experiencia («The life of the law has not been logic: it has been experience»)⁽⁹⁰⁾, y el entendi-

⁽⁸⁶⁾ Cfr. G. Gurvitch, op. ult. cit., p. 84. Vid. también sobre el tema: E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2ª. ed., 1980, pp. 201 ss.

⁽⁸⁷⁾ Sobre los programas actuales de investigación y docencia de la Sociología jurídica, con especial referencia a España, vid., A. E. Pérez Luño, *La Sociología del Derecho y la formación de los juristas en España*, en el vol. col. a cargo de R. Bergalli, *El Desarrollo y las Aplicaciones de la Sociología Jurídica en España*, Publicaciones del Instituto Internacional de Sociología del Derecho, Oñati, 1995, pp. 131 ss.

⁽⁸⁸⁾ R. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, se cita por la reimp. sobre la 2ª. ed. (1921) de Peter Smith, Gloucester, Mass., 1972, p. 125.

⁽⁸⁹⁾ O. W. Holmes, *The Path of the Law* en *Collected Legal Papers*. Harcourt, New York, 1920, p. 167.

⁽⁹⁰⁾ O. W. Holmes. *The Common Law*, se cita por la ed. de M. W. Howe sobre la de 1881, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1957, p. 1.

miento de esa experiencia como práctica de los tribunales, condujo desde hace tiempo a promover el estudio sociológico de la función judicial. Este tipo de investigaciones tuvieron como uno de sus más estimulantes y principales objetivos la averiguación de las motivaciones éticas y políticas que influyen sobre las decisiones de los tribunales, a partir del análisis cuantitativo del comportamiento judicial.

Un ejemplo pionero de estos estudios se encuentra en las obras de Herman C. Pritchett⁽⁹¹⁾, cuya huella fue seguida y ampliada por Glendon Schubert. Objetivo principal de los trabajos sociológicos de Schubert ha sido el análisis de la influencia del sistema de valores asumidos por los jueces norteamericanos, especialmente los integrantes de la Corte Suprema, en sus decisiones. De sus investigaciones se desprende la posibilidad de reducir a un pequeño número de variables el conjunto de elementos que condicionan el comportamiento judicial (al igual que ocurre con el comportamiento de cualquier otro organismo vivo complejo)⁽⁹²⁾.

La fijación temática de la doctrina jurídica norteamericana por la incidencia de los valores ético-políticos en las decisiones judiciales, rebasa el ámbito de la Sociología del derecho para afectar prácticamente a todos los aspectos de la teoría jurídica. Baste citar aquí dos ejemplos relevantes de actualidad: en la doctrina constitucional la obra de John H. Ely, *Democracy and Distrust* que supone una excelente exposición de las distintas teorías sobre la significación de los valores fundamentales (*Fundamental values*) a que apelan las argumentaciones de los jueces que deciden las cuestiones constitucionales⁽⁹³⁾; y en el plano de la filosofía jurídica el reciente libro de Ronald Dworkin *A Matter of Principle*, investigación que básicamente se propone rechazar a un tiempo la tesis de quienes niegan la influencia de las convicciones de los jueces en sus decisiones, por estimar que el Derecho y

(91) C.H. Pritchett, *Division of opinion among Justices of the United States Supreme Court*, en «American Political Science Review», 1941, n.º. 35, pp. 990 ss.; *The Roosevelt Court: A study in Judicial Politics and Values*, Macmillan, New York, 1948.

(92) G. Schubert, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, The Free Press of Glencoe, New York, 1959; *The Judicial Mind: the Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*, Northwestern University Press, Chicago, 1965.

(93) J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1980, esp. pp. 43 ss.

la política representan «different and independent worlds», así como la de quienes sostienen que los jueces que deciden los casos constitucionales más arduos lo hacen apelando simplemente a sus convicciones personales como si fueran legisladores o miembros de una asamblea constituyente⁽⁹⁴⁾.

Sería, sin embargo, engañoso circunscribir al ámbito jurídico norteamericano, o incluso al de los sistemas de *Common Law*, el interés por el análisis sociológico del aparato judicial y especialmente en lo que hace referencia a la ideología política de los jueces. Así, en la Europa continental han aparecido valiosas aportaciones entre las que merece citarse la obra de Hubert Schorn *Der Richter im Dritten Reich*. Se trata de un imponente testimonio sobre la atmósfera de presiones y amenazas que supuso el Nazismo para la judicatura alemana. Hitler vió en los jueces, en cuanto custodios de los principios del Estado de Derecho y de los derechos de la persona, un obstáculo para sus proyectos políticos. De ahí que, según Schorn, la judicatura sufrió más que cualquier otro estamento los embates manipuladores de Hitler («... denn kein anderer Stand ist von Hitler in dieser Form behandelt worden wie der Richterstand»)⁽⁹⁵⁾.

En la propia República Federal de Alemania se han publicado con posterioridad al libro de Schorn otros trabajos referidos a la extracción social de los magistrados y sobre sus actitudes ideológicas. Mención especial merece en este capítulo la obra de Ralf Dahrendorf *Deutsche Richter*⁽⁹⁶⁾. En Francia debe reseñarse al respecto el estudio de André-Jean Arnaud sobre *La Justice*⁽⁹⁷⁾; mientras que en Italia, a parte de otras aportaciones destacables, reviste singular relieve el volumen de Renato Treves, director de la revista «Sociología del diritto», titulado *Giustizia e giudici nella società italiana*⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁴⁾ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., and London, 1985, pp. 2-3 y 9 ss.

⁽⁹⁵⁾ H. Schorn, *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1959, p. 13; vid. también pp. 187 ss.

⁽⁹⁶⁾ R. Dahrendorf, *Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht*. Gesellschaft und Freiheit, München, 1961.

⁽⁹⁷⁾ A.-J. Arnaud, *La justice*, Seghers, París, 1977.

⁽⁹⁸⁾ R. Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*. Laterza. Bari, 1970 (existe trad. cast. de F. Laporta y A. Zaragoza, revisada y anotada por L. Mosquera, con Prólogo de E. Díaz, Edicusa, Madrid, 1974).

En nuestro país contamos con un amplio análisis sociológico sobre el origen y orientaciones políticas de nuestra magistratura elaborado por José-Juan Toharia⁽⁹⁹⁾. En fecha reciente, se han publicado una monografía de Francisco-José Bastida en la que se traza una panorámica general sobre las actitudes ideológicas de nuestro Tribunal Supremo en la etapa del franquismo⁽¹⁰⁰⁾; y una interesante exposición sobre las argumentaciones morales de dicho Tribunal en aquella época de dictadura, realizada por Carlos Pérez Ruíz⁽¹⁰¹⁾.

5.2. Método sociológico y antiformalismo jurídico

De las muchas concepciones que registran la historia y el presente del pensamiento jurídico, tal vez la más arraigada y divulgada en la cultura anglosajona sea la sociológica. Desde hace años la reflexión británica y norteamericana sobre el Derecho ha privilegiado los enfoques sociológicos. En los sistemas del *Common Law* la autoridad del precedente (*stare decisis*) potenció la relevancia de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Esa peculiaridad ha contribuido a incentivar el estudio del comportamiento de los jueces, y ha propiciado también una visión del Derecho menos circunscrita a la norma legal y, por ello, menos formalista que algunas de las que han alcanzado mayor difusión en los sistemas jurídicos europeos continentales.

La difusión del sociologismo en la cultura jurídica anglosajona ha corrido pareja y, en cierto modo, ha sido consecuencia de la denominada *Revolt Against Formalism*. Al abrigo de tal divisa se reivindicó una mayor adherencia del pensamiento jurídico a la realidad social concreta. Ello condujo a reputar la aplicación judicial del Derecho, como el momento más decisivo de la experiencia jurídica. Como alternativa al modelo de **jurista dogmático** que centra su labor en el conocimiento y elaboración de nor-

⁽⁹⁹⁾ J. J. Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico*, Tecnos, Madrid, 1975; vid., también R. Soriano, A. Ruiz de la Cuesta y R. González-Tablas, *Los abogados andaluces: análisis sociológico*, Instituto de Desarrollo Regional de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1987; R. Soriano, *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 419 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ F. J. Bastida, *Jueces y franquismo: el pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, con Prólogo de J. A. González Casanova, Ariel, Barcelona, 1986.

⁽¹⁰¹⁾ C. Pérez Ruíz, *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 1987.

mas formales y conceptos técnicos, se diseña una imagen de **jurista sociólogo** que inscribe el estudio del Derecho en el contexto de sus presupuestos sociales.

La Dogmática jurídica tradicional ha sido incriminada, desde esas premisas sociológicas, de falta de «cientificidad». Con ello se pretende aludir a su incapacidad para explicar el comportamiento efectivo de los operadores jurídicos, con lo que a la postre oculta o distorsiona la realidad práctica del Derecho y su conocimiento teórico. El arsenal metódico de la dogmática es juzgado como mera elaboración de estructuras verbales de segundo grado (descripciones de normas), con escaso o nulo anclaje en la experiencia jurídica inmediata. Los conceptos y categorías dogmáticas no se elaboran en base a datos verificables. Son, más bien, entidades metafísicas particulares («voluntad», «causa», «acción», «facultad»...), que se organizan sistemáticamente en función de otras entidades metafísicas generales («soberanía», «*rule of law*», «jurisdicción», «orden público»). De ahí, que esa actitud metodológica deba ser reemplazada por instrumentos de análisis sociológico que permitan identificar los actos y hechos jurídicamente relevantes y, en consecuencia, prever el comportamiento de los jueces. Dicho comportamiento no consiste en la aplicación mecánica de normas o precedentes, sino en una actividad que tiende a satisfacer determinados intereses sociales.

La perspectiva sociológica va a permitir captar en su plenitud, mediante categorías firmemente asentadas en pautas de científicidad social, la insoslayable interacción Derecho/sociedad. Esa confluencia contribuye a hacer inteligible el influjo de las exigencias sociales en la actividad de los operadores jurídicos, la eficacia social de las normas, así como los factores que inciden en la evolución del Derecho; y, correlativamente, elucida la función del Derecho como instrumento de **ingeniería social** dirigido a satisfacer, redefinir o controlar las aspiraciones de la sociedad.

Exceso de prolijidad sería enumerar aquí el conjunto temático y problemático que conforma y se deriva de esos enfoques sociológicos del Derecho. Baste indicar que su incidencia en la cultura jurídica anglosajona ha sido extensa e intensa. No produce, por tanto, sorpresa comprobar que, desde hace tiempo, sea frecuente la presencia de la *Sociology of Law* en la formación jurídica de los estudiantes; si bien, en las Universidades norteamericanas la denominación más extendida sea la de *Law and Society* o *Law*

and Social Science. Rótulos que hacen referencia a aproximaciones empíricas e interdisciplinarias al Derecho, entendido como institución y sistema (o subsistema) social.

No parece razonable dudar del interés de ese filón de pensamiento jurídico contemporáneo, con independencia del juicio de adhesión o disconformidad que pueda suscitar. No obstante la bibliografía en versión castellana de estudios representativos de las corrientes sociológico-jurídicas anglosajonas del presente son muy escasos. La mayor parte de estas doctrinas se han divulgado por vía indirecta. En ocasiones, a través de referencias contenidas en nuestros textos generales de Sociología del Derecho. Otras veces, a partir de las traducciones de obras francesas, italianas y germanas que se hacen eco, con mayor o menos holgura, de esas posturas. Sin que tampoco quepa silenciar la contribución de los estudios actuales de Teoría y Filosofía del Derecho de autores anglosajones, traducidos a nuestro idioma, a difundir investigaciones jurídico-sociológicas de su medio cultural. En cualquier caso, resulta apremiante contar con el testimonio directo de obras representativas de la Sociología jurídica anglosajona contemporánea.

A colmar esa oquedad bibliográfica se dirige precisamente la traducción de la obra de Roger Cotterrell, que ahora se presenta vertida a la lengua castellana. Roger Cotterrell actualmente catedrático de Teoría del Derecho en el Queen Mary and Westfield College de la Universidad de Londres traza aquí un panorama completo de los principales problemas hoy planteados a la Sociología del Derecho. Constituye su libro un síntoma ejemplar de los modos anglosajones de tratar sociológicamente el Derecho. Es, sobre todo, obra especialmente indicada para iniciar en las grandes rutas de la investigación sociológico jurídica a quienes, en más voluminosas y complicadas exposiciones, fácilmente se perderían⁽¹⁰²⁾.

Con ser su rasgo propedéutico importante, la utilidad de la aportación de Cotterrell se funda en razones más amplias y profundas. Su *Introducción a la Sociología del Derecho* viene a ser como una *summa* compendiada de la nueva Sociología jurídica anglosajona. En ella se traza una síntesis

⁽¹⁰²⁾ R. Cotterrell, *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. cast. de C. Pérez Ruiz, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Ariel, Barcelona, 1991.

simplificadora, inevitable en una obra que pretende ser un instrumento de aprendizaje, pero también una sugerente sistematización y balance general de los resultados obtenidos y los problemas pendientes en esta parcela de la cultura jurídica del presente. La obra es, por eso, un sólido aparato de documentación; pero de documentación crítica. De ahí que la exposición de las corrientes más actuales de pensamiento sociológico jurídico, corra pareja a la expresión de las propias convicciones de Roger Cottarrell; aunque ésta se haga, a veces, de forma tácita y casi subrepticia.

La amplitud y problematismo de las cuestiones abordadas en esta obra, el hecho de que su autor incluya dos Prefacios que suponen la interpretación «auténtica» de su contenido, dificultan, incluso disuaden, de convertir estas líneas de presentación en un resumen pormenorizado o una crítica. Lo que no impide que avance algunas consideraciones marginales sobre aquellos aspectos que mayormente han suscitado mi interés.

Un testimonio revelador del equilibrio perseguido por Cottarrell entre la descripción de tesis ajenas, explicadas con ejemplar concisión, y la mesurada propuesta de las propias, constituye su modo de abordar la delimitación conceptual de la Sociología jurídica. Muestra, en este punto, su talante pragmático al orillar, tras su alusión con la máxima economía expositiva, las abiertas polémicas sobre la configuración disciplinar de esta materia. Es sabedor de la insoslayable discrepancia que medía entre quienes conciben la Sociología jurídica como un sector de la investigación sociológica caracterizado por la peculiaridad de su objeto; quienes la reputan el marco genérico de estudio de la interacción entre la sociedad y el Derecho; quienes la circunscriben al ámbito de los análisis empíricos de actitudes o comportamientos jurídicos; o quienes la extienden hasta abarcar cuanto atañe a las funciones del Derecho, así como a sus mecanismos de producción y aplicación. Pero lejos de decantarse por alguna posición sectorial, de ese archipiélago de opiniones, rompe el nudo gordiano de la controversia al indicar que la Sociología del Derecho ni constituye, ni debe constituir, un compartimento intelectual y disciplinar cerrado.

La propuesta definitoria de la Sociología jurídica auspiciada por Roger Cotterrell posee fronteras flexibles y móviles; en definitiva, acota y alude a toda indagación científica del Derecho como fenómeno social. Hostil a cualquier tipo de *actiones finium regundorum*, rígidas y apriorísticas, que reputa obstáculos para el desarrollo de esta especialidad, propende hacia una

conceptuación que aloje la inmensa variedad de preocupaciones, teorías y métodos que, en el curso de sus investigaciones, utilizan quienes analizan desde premisas científicas el Derecho como un fenómeno social. Se trata, por tanto, de una definición descriptiva, antes que preceptiva.

Cotterrell no es ajeno al peligro que dimana de configurar la Sociología del Derecho bajo las pautas de holgura conceptual por las que apuesta. No obstante, no comparte el pesimismo de quienes denuncian el riesgo de que esa flexibilidad definatoria deba pagar el precio de conformar una disciplina imprecisa, fragmentaria, falta de consistencia teórica y de coherencia interna. Paradójicamente, entiende Cotterrell, que ese margen de indeterminación permite a la Sociología jurídica eludir los condicionamientos de otras disciplinas jurídicas establecidas y desarrollarse con cierta independencia.

El concepto de la Sociología del Derecho depende de la acepción metódica en que se asuma la proyección de los instrumentos de análisis propios de la ciencias sociales al Derecho, pero depende también, en análoga proporción, de lo que se entienda por éste. Toda investigación sociológico jurídica tiene que plantearse, explícita o implícitamente, cuál es el sentido del «Derecho», que conforma su objeto de estudio. Cotterrell distingue tres caracterizaciones sociológicas básicas del Derecho: la *estatal coercitiva*, que concibe el Derecho como un orden de mandatos procedentes del poder del Estado (marxismo, en la actualidad, p. ej., Althusser), y que se hacen valer mediante el monopolio del uso de la fuerza (Weber, Hoebel), que tiene su principal escollo en que deja indeterminado el concepto del Derecho hasta que no se establezca el de Estado; la pluralista según la cual el Derecho es la expresión de las diversas formas de vida social (Ehrlich, Gurvitch, Carbonnier...), que corre el riesgo de disolver el Derecho en categorías vagas y nebulosas como la noción de «Derecho viviente» (Ehrlich); la institucional, punto de mediación de las anteriores, que entiende el Derecho como conjunto de normas (no exclusiva, aunque sí básicamente estatales) que son interpretadas desde parámetros institucionales⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰³⁾ op. cit., pp. 38 ss. y 93 ss.

Para Roger Cotterrell, que se inclina por la tesis institucional, los procedimientos y la doctrina juegan un importante papel como factores institucionales que permiten matizar el reconocimiento de la primacía del Derecho del Estado con la aceptación de determinados presupuestos del pluralismo jurídico. Desde esas premisas sociológicas institucionales se puede proceder a una crítica de la ideología jurídica y la doctrina, entendidas como conjunto de ideas y actitudes ante el Derecho que denuncian las conductas de los juristas, los jueces y los ciudadanos. La doctrina deja así de aparecer como un mundo independiente de ideas autosuficientes. Se construye en la acción social manifestada a través de conflictos sociales o políticos, de la práctica de los jueces y de los abogados, y de su invocación por los ciudadanos en favor de sus intereses. La doctrina, desde un análisis sociológico, sólo adquiere sentido en relación con las condiciones sociales en que se desarrolla, interpreta y aplica.

La aproximación sociológico-jurídica auspiciada por Cotterrell se despliega a través del análisis de tres cuestiones nodales, sucesivamente abordadas: la eficacia del Derecho como instrumento de cambio social; su función como mecanismo de integración y cohesión de la sociedad; y su relevancia como manifestación simbólica del poder. Asimismo, indaga los factores que condicionan la aceptación social del derecho, lo que le lleva a plantear las tensiones entre los polos de la dicotomía clásica legalidad/legitimidad.

Las diversas concepciones sociológicas del Derecho potencian distintos focos de atención preferente referidos a: las normas/doctrina, a los procedimientos, o a las sanciones. A su vez, esas ópticas se corresponden con los tres grupos institucionales típicos del Derecho contemporáneo occidental: profesionalismo (juristas), adjudicación (tribunales) y ejecución (administración/policía). Cotterrell dedica sendos Capítulos de su obra al estudio pormenorizado de esa triple estructura institucional que compendia las funciones básicas de los operadores jurídicos en las sociedades contemporáneas. La obra concluye con un Capítulo referido a la prognosis jurídica, en el que se afronta la problemática de la democratización del Derecho⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ op. cit., pp. 123 ss. y 209 ss.

Valoro como logro decisivo de la obra de Cotterrell, asumida en su conjunto, su contribución insistente en ratificar la inexorable dimensión social de lo jurídico. La Sociología del Derecho no se concibe, por eso, como un *approach* extrínseco a la experiencia jurídica, sino como dato ineludible de esa misma experiencia. El punto de vista sociológico no resulta de la proyección externa y adjetiva de métodos importados de disciplinas científicas, sino una perspectiva exigida, desde dentro, para la comprensión rigurosa del Derecho. El análisis sociológico tiende, de este modo, a depurar el conocimiento del Derecho de determinadas hipotecas ideológicas que tradicionalmente lo habían enturbiado.

6. LA FILOSOFÍA DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA COMO INTEGRACIÓN DE LOS SABERES FILOSÓFICOS Y CIENTÍFICOS EN TORNO AL DERECHO

Para precisar la noción de Filosofía del Derecho, he intentado fijar los temas que constituyen el objeto de su investigación, y a la vez, presentarla en la dimensión dinámica en la que se desenvuelve en relación constante con la Ciencia del Derecho con la que comparte el estudio de la experiencia jurídica. La referencia a la experiencia jurídica debe servir de criterio unificador de esta pluralidad de perspectivas de enfoque, de forma que las mismas no deformen el estudio de una única realidad desde diversos puntos de acceso, en el estudio de realidades diversas. Urge que la perspectiva de la Filosofía del Derecho en sus aspectos gnoseológico, ontológico y deontológico, así como la Ciencia del Derecho en su versión dogmática, comparatista, histórica y sociológica, se encuentren en la experiencia jurídica que constituye su razón de ser. Es preciso corregir esas visiones deformadoras del fenómeno jurídico que a fuerza de insistir en la peculiaridad de alguno de sus aspectos acaban por hacerlo irreconocible. Debe desterrarse ya esa sensación de paradójica perplejidad que produce el advertir cómo, en ocasiones, el enfoque filosófico, sociológico, histórico o dogmático, del material jurídico, produce obras que parece tratan de temas completamente dispares; cuando lo que legitima esas perspectivas es, precisamente, el grado en que contribuyen a evidenciar el genuino sentido de la experiencia jurídica.

La Filosofía del Derecho en su variedad temática, y la Ciencia jurídica en su estructura pluralista, deben coincidir, necesariamente, si son cultivadas con autenticidad, en las concretas determinaciones de la experiencia

jurídica. La pluralidad de accesos al fenómeno jurídico debe, en todo caso, «superarse en la consideración del Derecho como realidad social y de la realidad social como realidad humana»⁽¹⁰⁵⁾.

La Filosofía del Derecho, planteada como Filosofía de la experiencia jurídica, cumple la función básica de aunar la reflexión racional sobre el Derecho con la vida humana, de la que y para la que se produce el Derecho y contribuye, asimismo, a reintegrar al Derecho su radical unidad. Esa unidad aparece frágil e incluso disuelta en la multiplicidad de fenómenos parciales, a través de los enfoques científicos que tienden a contemplar el Derecho desde perspectivas fragmentarias y/o unilaterales. La experiencia jurídica desde su génesis en los comportamientos y/o hechos sociales, a su formalización normativa, sus procesos de aplicación, su estudio teórico y los valores que la fundamentan, debe ser contemplada en su entero desenvolvimiento. Esa es la tarea que, precisamente, está llamada a cumplir una Filosofía de la experiencia jurídica que, en cuanto discurso racional, crítico y globalizador supere las ópticas particulares de las ciencias jurídicas, o de aquellas perspectivas filosóficas (idealistas, neopositivistas, sistémicas...) que se traducen en aproximaciones reductivistas y unilaterales al Derecho.

La tarea primordial de la Filosofía de la experiencia jurídica consiste, en definitiva, en contribuir a diseñar el marco racional, crítico y global de los problemas referentes al conocimiento, la comprensión y la valoración del Derecho.

⁽¹⁰⁵⁾ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 33; vid., también, M. Reale, *O Direito como Experiência*, Saraiva, São Paulo, 1968, p. 24.

CAPÍTULO VI

EL DERECHO NATURAL

SUMARIO: 1. Derecho natural y definiciones; 2. Sentimiento del Derecho natural y teoría del Derecho natural; 3. Univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo; 4. El Derecho natural como problema; 5. Derecho natural crítico y Derecho natural dogmático.

1. DERECHO NATURAL Y DEFINICIONES

Es probable que existan pocas expresiones en el ámbito de los estudios jurídico-filosóficos que ofrezcan tan amplia y variada gama de sentidos como el término Derecho natural. De ahí, que quizás en pocas esferas pueda resultar tan oportuno como en ésta, el proyectar los instrumentos operativos del análisis del lenguaje para perfilar los usos lingüísticos de tal denominación.

El análisis del lenguaje ha cifrado como una de sus principales metas en el ámbito jurídico el dotar a la Ciencia y a la Filosofía del Derecho de un lenguaje riguroso. Para ello, se ha dirigido a esclarecer el significado de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico. Su principal preocupación metódica ha sido la de purificar los dominios del Derecho de conceptos inútiles o equívocos desde el punto de vista teórico o de nociones destinadas a enmascarar la realidad desde el plano ideológico⁽¹⁾.

(1) Cfr., entre otros, los trabajos de: L. Bagolini, «Analisi del linguaggio e definizioni generali del diritto», en su vol. *Visioni della giustizia e senso comune*. Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 127 ss.; «Positivismo giuridico e analisi del linguaggio», *Ibid.*, pp. 273 ss.; H. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1953; *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961; D. Horn, *Rechtssprache und Kommunikation*, Duncker und Humblot, Berlín, 1966; E. J. Lampe, *Juristische Semantik*, Gehlen, Bad Homburg-Berlin-Zurich, 1970; K. Olivecrona, «Legal Language and Reality», en el vol. *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs Merrill Co., Indianapolis, 1962, pp. 151 ss.; A. Ross, «Definition in Legal Language», en *Logique et Analyse*, 1956, pp. 139 ss.; U. ScarPELLI, *Il problema*

Tal actitud puede así contribuir a elucidar el verdadero sentido del problema del Derecho natural en la medida en que propicie el tránsito de un mero enfoque especulativo sobre las esencias que tras tal denominación se esconden, a una visión pragmática destinada a aclarar inicialmente lo que con ella se pretende designar.

El Derecho natural, en efecto, es un término que a lo largo de su dilatada trayectoria histórica ha recibido una profusa variedad de significados; de ahí nace su tantas veces aludida multivocidad conceptual. Pero es que además entre esa multiplicidad de concepciones del Derecho natural existen numerosas contradicciones lo que da lugar a la radical equivocidad de la expresión. Con referencia a esa pluralidad de versiones antitéticas del Derecho natural se ha señalado que un elenco completo de las concepciones iusnaturalistas podría constituir un nuevo elogio de la locura. «Non vi è nessuna affermazione di corrispondenza a la natura di questo o quel diritto a cui non si possa contraporre —nos dice Bobbio— il riconoscimento della corrispondenza a la natura del diritto contrario»⁽²⁾. No debe extrañarnos, por tanto, que incluso uno de los máximos exponentes del iusnaturalismo católico italiano haya reconocido el equívoco que suscitan las concepciones iusnaturalistas en su milenaria historia. A su juicio, los apelativos más heterogéneos, e incluso contradictorios han servido para defender o combatir, para esconder o desenmascarar lo que era considerado como Derecho natural. Verdadero y justo, equitativo y moral, óptimo e ideal, intuitivo y racional, filosófico y científico, humano y divino, individualista y social, tradi-

della definizione e il concetto di diritto, Nuvoletti, Milano, 1955; *Cos' il positivismo giuridico*, Ed. di Comunit, Milano, 1965; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974; G. L. Williams, «The Controversy Concerning the Word 'Law'» en *Archiv fr Rechts-und Sozialphilosophie*, 1949-50, pp. 50 ss.

(2) N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunit, Milano, 1965, p. 169. Con referencia a la pluralidad de versiones del Derecho natural se ha aludido, en ocasiones, a la frase de Jean Paul según el cual surgen nuevas concepciones iusnaturalistas de cada feria y de cada guerra: «deren jede Messe und jeder Krieg neue liefert». Blumen-Frucht-und Dornenstecke... des Armenadvokaten Siebenks, en *Werke*, ed. a cargo de N. Miller y G. Lohmann, Hanser, Munchen, 2ª. ed., 1959-63, vol. II, p. 16. Cfr. sobre este texto: F. González Vicen, «Sobre el positivismo jurídico», en el vol. col. *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*, Universidad de Sevilla, 1967, vol. II, p. 30, E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch einer Orientierung*, Miller, Karlsruhe, 3ª. ed., 1964, p. 195.

cional y revolucionario, aristocrático y democrático, han sido adjetivos que han servido de bandera en las polémicas desarrolladas en torno a esa realidad histórica que se debate bajo la denominación de Derecho natural⁽³⁾.

La variedad de concepción del Derecho natural es hasta tal punto numerosa que Erik Wolf ha podido distinguir doce formas distintas de concebir la noción de naturaleza en el término Derecho natural, y diez acepciones diferentes de la noción de Derecho en la formación de aquel concepto⁽⁴⁾. Y, entre nosotros, Enrique Luño Peña enumeraba hasta dieciocho definiciones clásicas del Derecho natural, muchas de las cuales aparecen como abiertamente incompatibles entre sí⁽⁵⁾.

Los métodos de análisis del lenguaje pueden limitarse en un primer *approach* a tomar constancia del uso de la polimorfa nomenclatura «Derecho natural» en la praxis lingüística de los filósofos, de los juristas o incluso en el lenguaje común. En tal caso, el análisis lingüístico se lleva a cabo en términos de definiciones lexicales, destinadas a poner de relieve el significado usual de ciertas palabras o expresiones revelando, en su caso, su grado de univocidad o equívocidad⁽⁶⁾. Desde este ángulo y acudiendo a efectos puramente taxonómicos a la teoría aristotélica de la causa, pueden ordenarse las diferentes definiciones del Derecho natural, empleadas en diferentes ámbitos históricos o culturales, en función de su respectiva causa material, formal, eficiente y final de acuerdo con el siguiente cuadro:

1. Causa material naturaleza.
2. Causa formal histórica o inmutable.
3. Causa eficiente razón o voluntad.
4. Causa final teológica o laica.

⁽³⁾ G. Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, SEI, Torino, 1949, pp. 71-72.

⁽⁴⁾ E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, cit.

⁽⁵⁾ E. Luo, *Derecho natural*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 4ª. ed., 1961, pp. 64-66; Vid. también la referencia de J. Corts Grau a las «objeciones y equívocos en torno al Derecho natural», en su *Curso de Derecho natural*, Editora Nacional, Madrid, 5ª. ed., 1974, pp. 264 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. mis trabajos: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1971, pp. 27 y ss.; «Concepto del Derecho y experiencia jurídica», en curso de publicación en el Homenaje al Prof. Recaséns Siches.

- 1') La expresión Derecho natural con referencia a su causa material alude, de una u otra forma, a la idea de naturaleza; si bien, este concepto tampoco viene empleado con sentido unívoco pudiendo venir entendido, fundamentalmente, como: *a)* naturaleza del ser supremo en su proyección mundanal y de la que el hombre participa; *b)* naturaleza racional del hombre con independencia de la idea de la divinidad; *c)* naturaleza del mundo físico de la que el hombre participa por hallarse ínsito en él.
- 2') A tenor de su causa formal el término Derecho natural puede presentarse bien como el recurso a un orden absoluto e inmutable de principios válidos *semper et ubique*, o bien como la apelación a un conjunto de reglas que se acomodan a las concretas exigencias de lugar y de tiempo.
- 3') En consideración a su causa eficiente los principios del Derecho natural se entenderán como derivados de la razón o de la voluntad, sea divina o de los hombres.
- 4') Por último en lo que atañe a su causa final el Derecho natural puede aludir bien al cumplimiento del plan divino en las relaciones interhumanas, bien a posibilitar esas relaciones de acuerdo con una concepción inmanente de la justicia.

Este esquema es, como se ha apuntado, de carácter empírico-descriptivo, recogiendo los principales *topoi* históricamente elaborados sobre la denominación Derecho natural. Por ello, conviene advertir que no todas estas concepciones gozan o gozaron de idéntico grado de aceptación, ni se hallan igualmente fundamentadas. Pero aludiendo a este punto se pasa del terreno descriptivo al plano de la valoración, haciéndose preciso proponer la propia concepción del término y justificando, en lo posible, la elección por su fidelidad y coherencia respecto al discurso en el que viene postulada. Debe tenerse presente que el análisis del lenguaje puede ser también de tipo prescriptivo, y hallarse encaminado bien a proponer definiciones estipulativas, esto es, convenciones en torno a usos futuros de un término; bien a establecer definiciones explicativas, que parten de los significados de uso de una expresión, pero reelabora dichos usos lingüísticos para convertirlos en un instrumento semántico, preciso y eficaz, capaz de ofrecer en la situación cultural en que deba ser empleados claridad y rigor. El gra-

do de arbitrariedad inherente a las definiciones estipulativas limita su utilidad. De ahí, que sea conveniente para esta investigación orientarse hacia una definición de tipo explicativo, que asuma en forma crítica el hilo conductor de aquellas concepciones y expresiones que más decisivamente puedan contribuir a elucidar el significado del Derecho natural⁽⁷⁾.

2. SENTIMIENTO DEL DERECHO NATURAL Y TEORÍA DEL DERECHO NATURAL

Hace algunos años el profesor italiano Pietro Piovani tomaba como punto de partida para un sugestivo trabajo sobre la dimensión ética del iusnaturalismo, la distinción entre teoría y sentimiento del Derecho natural. En los usos lingüístico-doctrinales corrientes se entiende por sentimiento del Derecho natural una llamada emocional a la idea de la justicia existente en la consciencia de cada individuo. En tanto que, generalmente, suele considerarse que con el término iusnaturalismo se alude a la teoría (o conjunto de construcciones teóricas) que afirma, defiende y explica la existencia del Derecho natural. Piovani, sin embargo, no otorgaba al iusnaturalismo esta significación genérica, sino que lo identificaba con una determinada visión del mundo y concepción de la vida, que corresponde con una ética heterónoma, cosmopolita y ahistórica. Por lo que aceptando el sentimiento del Derecho natural, rechazaba el iusnaturalismo por considerarlo incompatible con las formas éticas de nuestro tiempo⁽⁸⁾.

La actitud de Piovani nos sitúa ante un problema arduamente polemizado por los partidarios e impugnadores del Derecho natural, que enfocan la cuestión del fundamento y alcance del sentimiento del Derecho natural desde perspectivas diametralmente opuestas.

Para el positivismo jurídico o teoría impugnadora del Derecho natural al mantener la exclusividad del Derecho positivo, el sentimiento jurídico o no existe o es irrelevante. En cualquier caso, la pretensión de teorizar y construir un sistema sobre tal sentimiento es arbitraria y no puede conducir a ningún resultado científico. Con ello, el positivismo jurídico procede a rechazar *a limine* la fundamentación antropológica iusnaturalista.

(7) Cfr. mi trabajo *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, cit., pp. 28-29.

(8) P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari, 1961, pp. 8-15 y 72-73.

Así, Hans Kelsen afirmaba que el llamado sentimiento de la justicia no era más que un autoengaño; pura ideología. A su juicio, no existían valores absolutos y, por tanto, el sentimiento de la justicia es un ideal irracional, no accesible al conocimiento empírico y verificable. En opinión de Kelsen el sentimiento de la justicia responde a impulsos vitales incontrolados e irreflexivos encubridores de ambiciones o instintos de dominio⁽⁹⁾.

Para el italiano Giacomo Gavazzi el sentimiento de la justicia es pura arbitrariedad. Tal sentimiento sólo estaría justificado en el caso de que se admitiera la existencia de un Dios legislador o la posibilidad de la razón para dictar normas de conducta concretas. Gavazzi rechaza ambas posibilidades y mantiene que las normas emanadas del pretendido sentimiento jurídico son producto de una actividad que declara ser cognocitiva pero que, en realidad, es volitiva; el llamado descubrimiento de normas de conducta a través del sentimiento del Derecho natural no es más que la imposición voluntaria de tales normas⁽¹⁰⁾.

A similares conclusiones llega el también profesor italiano Goffredo Quadri cuando señala que con la expresión «Derecho justo» no se hace sino una manifestación glotológica con la que se designa el estado personal de satisfacción o insatisfacción psicológica ante una determinada norma o instituto del Derecho vigente⁽¹¹⁾.

Pero seguramente la postura más radical sobre el particular es la mantenida por Alf Ross quien considera al sentimiento de la justicia como un impedimento para cualquier tipo de discusión racional y acuerdo en el ámbito de las relaciones sociales. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, ya que invocar a la justicia es algo así como golpear sobre la mesa: una expresión emocional que convierte el interés propio en un postulado absoluto. La ideología de la justicia es, por ello, una actitud biológico-emocional con la que se defienden ciega e implacablemente ciertos

⁽⁹⁾ H. Kelsen, «Das Problem der Gerechtigkeit, en su *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 2ª. ed., 1960, pp. 357 ss.

⁽¹⁰⁾ G. Gavazzi, «Le buone ragioni del positivismo giuridico», en *Il Foro Italiano*, 1961, fas. IV, col. 307-308.

⁽¹¹⁾ G. Quadri, «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1963, p. 377.

intereses. «It is so easy to believe in the illusions which excite the emotions by stimulating the suprarenal glands», concluye Ross⁽¹²⁾.

Si se toman en examen las significaciones del uso del término sentimiento de la justicia en el seno del iusnaturalismo se advierte, de inmediato, que para los sustentadores de esta postura, aún sin llegar a un acuerdo general sobre su fundamento, existe una valoración positiva de su significación.

En la dirección iusnaturalista se inserta la postura doctrinal del jesuita P. Salvatore Lener para quien el sentimiento de lo justo constituye la base real y el inicio cognoscitivo del Derecho natural, y, a la vez, el dato elemental y básico de toda la teoría iusnaturalista. A juicio de Lener si se rechaza la existencia del sentimiento de la justicia el iusnaturalismo se convierte en un edificio sin base. El sentimiento del Derecho natural no es uniforme, en el hombre primitivo aparece en forma elemental y emocional, pero a través del análisis y la reflexión se descubren sus procesos internos dando lugar a formulaciones racionales⁽¹³⁾.

En este punto ha insistido también Erik Wolf quien tras recordar que el propio Bergbohm reconocía que «Alle Menschen sind geborene Naturrechtsjuristen»⁽¹⁴⁾, por poseer un íntimo sentimiento de lo justo, señala que tal sentimiento indeterminado debe verificarse, porque en otro caso puede resultar engañoso. Ningún jurista —nos recuerda Wolf— puede olvidar que un sentimiento pasional del Derecho puede ser también expresión de una viva consciencia jurídica. La inteligencia jurídica es, por otra parte, más eficaz cuando se asienta sobre las fuerzas del sentimiento. Ahora bien, la misión del jurista consiste en clarificar y explicar estas fuerzas depurándolas de lo que pueden tener de arbitrario, pero sin llegar nunca a sofocarlas⁽¹⁵⁾.

También comparte esta opinión Henrich Hubmann para quien el sentimiento jurídico constituye el itinerario ineludible para arribar al conoci-

(12) A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, pp. 274-275.

(13) S. Lener, «Il Diritto naturale appoggiato sul fatto' del P. Taparelli e l'antigiustinaturalismo contemporaneo», en *La Civiltà Cattolica*, 1963, fas. IV, pp. 354 ss.

(14) K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cito de la rep. anastática sobre la ed. de Leipzig de 1892, de Detlev Auvermann, Glashtten im Taunus, 1973, p. 122.

(15) E. Wolf, *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2ª. ed., 1965, p. 29.

miento del Derecho natural. A la vez, tal sentimiento supone el punto de conexión entre el universo de los valores y el mundo jurídico. En este sentido, el sentimiento del Derecho natural representa, como se desprende de su trayectoria en el devenir histórico de Occidente, una perenne tentativa por servir de orientación y punto de referencia de un orden material, objetivo y generalizado de valores, con lo que se rebate su pretendido carácter arbitrario⁽¹⁶⁾.

Conviene destacar el hecho ya apuntado de que incluso entre quienes admiten el sentimiento del Derecho natural como fundamento inicial de la teoría iusnaturalista, el término viene empleado en ocasiones con distintas significaciones. Prueba de ello ofrecen la disparidad de concepciones sobre el particular de Riezler y Henkel. Ya que mientras para el primero el sentimiento jurídico posee un momento intelectual a parte de su momento emocional y descansa sobre bases cognoscitivas, ya que el pensamiento cognoscitivo es causal para el sentimiento jurídico⁽¹⁷⁾; para el segundo el sentimiento jurídico actúa como una fuerza motriz hacia el Derecho correcto, pero no encierra en sí, un valor cognoscitivo apto para sustentar una regulación normativa. Por ello, la reacción primaria del sentimiento jurídico precisa el proceso cognoscitivo que, de manera simultánea o subsiguiente, se presenta de forma secundaria y al que el sentimiento jurídico sigue de cerca controlando, aprobando o advirtiendo e incluso corrigiendo⁽¹⁸⁾.

Por último y por su originalidad debe reseñarse entre las tesis de quienes sustentan el valor del sentimiento jurídico la postura mantenida por Vittorio Frosini. Para el profesor de Roma el fundamento del Derecho natural antes que referirlo a una razón superior metajurídica debe buscarse en una instancia infrajurídica; la esfera emocional de los sentimientos del hombre común sobre la que el Derecho se produce y afirma. El Derecho natural es así entendido por Frosini como un momento pre-lógico del Derecho positivo, producido por la mayoría de los hombres, no por vía de

(16) H. Hubmann, «*Naturrecht und Rechtsgeföhl*», en el vol. col. a cargo de W. Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962, pp. 339 ss.

(17) E. Riezler, *Das Rechtsgeföhl*, C. H. Beck, München, 2ª. ed., 1946, pp. 30 ss. y 83 ss.

(18) H. Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. cast. de E. Gimbernat, Taurus, Madrid, 1968, pp. 706-707.

un conocimiento teórico, sino a partir de una fuerza interior que instintivamente guía la acción humana⁽¹⁹⁾.

Al intentar hallar una explicación a esta disparidad de valores del sentimiento de lo justo por autores iusnaturalistas y positivistas, quizás pueda ser oportuno recurrir a las categorías psicológicas freudianas, que pueden ayudar a la comprensión de este problema. En efecto, es sabido como Freud distinguía tres esferas en la psicología individual:

- 1ª. La del Yo (Ich) referida a la estructura psicológica consciente;
- 2ª. La del ello (das es), estructura psicológica constituida por una serie de experiencias psíquicas desagradables sobre las que se proyecta la represión, y por los impulsos incontrolados;
- 3ª. La del super Yo (über Ich), constituida por los procesos ideales que cada individuo se cifra como proyecto existencial; como meta de sí mismo⁽²⁰⁾.

Partiendo de estas categorías puede afirmarse en términos generales que mientras para el positivismo jurídico el sentimiento del Derecho natural es un producto del ello, de tendencias malsanas y egoístas del individuo mal reprimidas; para el iusnaturalismo dicho sentimiento supone un tránsito del Yo al super-Yo, de la estructura consciente al proyecto de perfeccionamiento proyectado aquí no sólo a nivel individual sino también social.

En principio no parece que el sentimiento de la justicia deba ser absolutamente descartado⁽²¹⁾. La pretensión del positivismo jurídico de presen-

⁽¹⁹⁾ V. Frosini, *La estructura del Derecho*, ed. cast. a cargo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pp. 148 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. S. Freud, El «Yo» y el «Ello», en *Obras Completas*, trad. cast. de L. López-Ballesteros, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1948, vol. I, pp. 1213 ss. Sobre el alcance de estas categorías en el pensamiento de S. Freud, vid., entre otros muchos, los trabajos de: S. Hook y otros, *Psycho-Analysis, Scientific Method and Philosophy*, New York University Institute of Philosophy, 1959; P. Madison, *Freud's Concept of Repression and Defense*, University of Minnesota Press, 1961, y el vol. col. a cargo de S. G. M. Lee y M. Herbert, *Freud and Psychology*, Penguin Books, Baltimore, 1970. Sobre la proyección del psicoanálisis al Derecho vid.: J. Katz, J. Goldstein, A. M. Dershowitz, *Psychoanalysis, Psychiatry and Law*, The Free Press New York, 1967; A. Ehrenzweig, *Psychoanalytic Jurisprudence*, Sijhoff, Leiden, 1971.

⁽²¹⁾ Cfr. la conocida obra de E. N. Cahn, *The sense of injustice*, New York University Press, 1949.

tarlo como un producto irracional incompatible con cualquier tipo de racionalización teórica es infundada. El sentimiento del Derecho natural conserva íntegro, pese a esos ataques, su valor directamente vinculado a la propia estructura de la personalidad humana. El sentimiento del Derecho natural es, por tanto, un auténtico problema de la filosofía jurídica y, por decirlo con palabras de Legaz, no puede ser relegado a la condición de puro pensamiento mágico⁽²²⁾.

Es significativo que uno de los principales exponentes de la filosofía de la ciencia en nuestro tiempo, Bertand Russell, haya escrito en las últimas páginas de uno de sus trabajos más divulgados, que existe un amplio campo en la filosofía para el cual los métodos científicos son inadecuados. Este campo comprende cuestiones de fundamental importancia. Así, la sola ciencia no puede, por ejemplo, demostrar que sea una cosa mala el gozar con la imposición de penas corporales. Todo lo que se puede saber —nos dice Russell— se puede saber por medio de la ciencia, pero lo que es legítimamente materia del sentimiento queda fuera de su terreno. La filosofía en el decurso de su historia se ha considerado formada por dos partes: de un lado, por una teoría en torno a la naturaleza del mundo; de otro, por una doctrina ética y política sobre la mejor manera de vivir⁽²³⁾.

Pues bien, el iusnaturalismo en su larga proyección histórica no ha podido sustraerse a las repercusiones del desarrollo científico; es más, en muchos momentos ha sido el cauce de penetración de lo científico en los dominios de lo jurídico, aunque su sensibilidad hacia la ciencia ha variado según la distintas escuelas y situaciones culturales. Pero el Derecho natural tradicionalmente ha añadido algo más a la estricta reflexión científica sobre lo jurídico. Se trata de su dimensión ético-política referida a los valores que, en las diversas concepciones iusnaturalistas, deben presidir la convivencia social. En esta esfera es en la que el sentimiento de la justicia se presenta como un elemento importante para perfilar el alcance significativo de la expresión Derecho natural.

(22) L. Legaz Lacambra, «Il diritto naturale: sapere scientifico o pensiero magico?», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, pp. 381 ss.

(23) B. Russell, *History of Western Philosophy*, Allen & Unwin, London, 2ª. ed., 1961, pp. 786-788.

3. UNIVOCIDAD HISTÓRICO-FUNCIONAL DEL IUSNATURALISMO

Puesto de relieve la multivocidad y equívocidad del término Derecho natural, y vista su dependencia respecto a la noción del sentimiento de los justos procede ahora abordar un intento de análisis que ponga de relieve si entre las distintas acepciones del Derecho natural existen unos aspectos comunes que justifiquen el empleo de un rótulo genérico a todas ellas.

Ahora bien, la tarea de reducir a un esquema unitario la pluralidad de concepciones iusnaturalistas no está exenta de dificultades. Tanto es así que pudiera adoptarse en este terreno la actitud que Herbert Hart ha mantenido en el ámbito de un análisis de la definición general del Derecho. Señala el profesor de Oxford cómo puede resultar tan absurda la búsqueda de un nexo común a las diversas reglas y expresiones en las que aparece el término Derecho, como la pretensión de elucidar el principio según el cual hombres distintos son llamados Tom⁽²⁴⁾. Así, en el terreno del Derecho natural cabría la posibilidad de renunciar a la búsqueda de un fundamento unitario de la expresión, ya que acertadamente se ha insistido en los riesgos que entraña el incluir bajo la nomenclatura genérica de iusnaturalismo a pensadores tan diversos y, en ocasiones, tan opuestos entre sí como los sofistas, Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, Suárez, Grocio, Spinoza, Rousseau, Kant, Hegel e incluso Marx⁽²⁵⁾.

No resulta extraño que ante tal variedad de concepciones se haya recalcado la necesidad de que, en cada caso, se especifique el sentido que se otorga a los términos iusnaturalismo y Derecho natural⁽²⁶⁾. Ahora bien, estas dificultades no deben entenderse como un obstáculo insalvable para los esfuerzos encaminados a ofrecer una definición explicativa del Derecho natural, intentando descubrir el hilo conductor que subyace a esa constante terminológica.

Téngase presente, de otra parte, que incluso por aludir al ejemplo reseñado de Hart, no carecería de sentido el preguntarse por las circuns-

(24) H. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, cit., p. 5.

(25) Cfr. G. Fassò, «Introduzione» al vol. de H. Grocio, *Prolegomeni al diritto delle guerra e della pace*, Zanichelli, Bologna, 1961, p. 4.

(26) G. Fassò, «Che cosa intendiamo con 'diritto naturale'», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961, pp. 168 ss.

tancias histórico-culturales que han contribuido a que en el seno de una colectividad, y no en otras, una pluralidad de personas respondan al nombre de Tom. Porque en un análisis lingüístico no se trata, como se ha advertido, de hallar una vinculación entre el *Wesen* de las diferentes concepciones del Derecho natural, sino de precisar los significados de uso que históricamente se han otorgado al término, como punto de partida para elucidar «explicativamente, su significado».

En un trabajo anterior aludía a la ayuda que podía ofrecer en la resolución de este problema el recurso al término homología, tan ligado al pensamiento filosófico de Xavier Zubiri. En efecto, Zubiri enseña que cada estructura posee un significado proporcionado por sus elementos constitutivos, y a la vez un sentido específico en base a su dinámica relacional. Un cambio en el significado de sus elementos no siempre va acompañado de un cambio en su sentido, al seguir la estructura en la misma tendencia. Cuando esto ocurre nos encontramos ante estructuras que son homólogas, en las cuales «la realidad será la misma, aunque no lo mismo»⁽²⁷⁾. Es, en última instancia, en la distinción entre significado entendido como contenido, y sentido entendido como función⁽²⁸⁾, donde puede hallarse una explicación coherente y satisfactoria para una elaboración unitaria de la noción del Derecho natural.

En las diversas formulaciones iusnaturalistas se observa, pese a las consabidas divergencias de contenido, una cierta identidad funcional constituida por la exigencia repetidamente sostenida de que el Derecho constituye el fundamento y la regla de valoración legitimadora del ordenamiento positivo: en ello reside precisamente la univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo.

Es cierto que la idea de función histórica ha sido considerada por Alessandro Passerin d'Entrèves como contradictoria con el orden de valo-

(27) X. Zubiri, *Sobre la esencia*, Sociedad de estudios y publicaciones, Madrid, 1962, p. 258. Sobre la aplicación de la noción de homología a la delimitación conceptual del Derecho natural, cfr. mi trabajo *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, cit., pp. 36 ss.

(28) Cfr. sobre esta distinción L. Bagolini, «'Sensi' e 'significati' del discorsi ideologici attraverso la critica di una prospettiva neopositivistica», en su vol. *Mito, potere e dialogo*, Il Mulino, Bologna, 1967, pp. 65 ss.

res permanentes implícitos en la idea del Derecho natural⁽²⁹⁾, pero esta objeción puede soslayarse si se especifica que lo que el iusnaturalismo defiende como valor permanente es la exigencia histórica de ser fundamento y límite de todo Derecho positivo. Por esta razón, el propio Passerin d'Entreves ha reconocido que lo que primordialmente llama la atención del estudioso moderno es la función del Derecho natural, más que la doctrina en sí misma; son los problemas que ella encierra, más que las controversias en torno a su esencia⁽³⁰⁾.

No resulta así sorprendente el interés del pensamiento jurídico contemporáneo por el problema de la continuidad histórico-funcional del iusnaturalismo. El propio Guido Fassò, reconsiderando la postura mantenida en trabajos anteriores, afirma en las primeras páginas de *La legge della ragione* que con su estudio intenta mostrar lo que hay de unitario y continuo en la multiforme y cambiante realidad iusnaturalista. Esa continuidad no siempre es evidente, pero pese a ello constituye una de las más valiosas herencias transmitidas a través del Medievo, desde el pensamiento clásico greco-romano al moderno⁽³¹⁾. Fassò ve concretarse la continuidad iusnaturalista en el papel «che ha avuto nella sotira questa funzione di educare gli uomini ad organizzare razionalmente, cioè umanamente, la loro convivenza»⁽³²⁾.

Para Erik Wolf el Derecho natural es una realidad que «praktisch-ethisch alles Recht notwendig begründet und begrenzt»⁽³³⁾. Esta función unívoca de fundamento y límite de todo Derecho la realiza desde las propias exigencias de la persona humana, por lo que su ámbito no se reduce a la esfera del pensamiento reflexivo, sino que abarca también el sentimiento y la voluntad. No puede, por tanto, hablarse del Derecho natural y su problematismo desde una posición neutral, de un modo que no obligue emotiva y éticamente. Así, la multivocidad de la idea iusnaturalista, recono-

(29) A. Passerin d'Entreves, *La dottrina del diritto naturale*, Ed. di Comunità, Milano, 2ª. ed., 1962, p. 147. (De esta obra existe trad. cast. de M. Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972).

(30) *Ibid.*, pp. 27-28.

(31) G. Fassò, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 1964, p. 6.

(32) *Ibid.*, p. 251.

(33) E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, cit., p. 196.

cida desde antiguo, no ha convencido a nadie de que la cuestión del Derecho natural, su problematicidad, sea innecesaria⁽³⁴⁾.

El Derecho natural se presenta así evocando unos principios emanados de la naturaleza humana en su radical integridad que sirven de criterio inspirador y límite crítico a todo Derecho positivo. Al aludir a la naturaleza humana en su radical integridad se superan los antagonismos entre la consideración racionalista, naturalística y teológica de la naturaleza, ya que cuando la naturaleza humana se toma en su plenitud es necesariamente naturaleza racional, que no ignora la pertenencia del hombre al cosmos, ni es incompatible con aquellas posturas confesionales que sitúan el problema de la naturaleza en el orden de la creación.

En cuanto a la función histórica iusnaturalista, la experiencia muestra que se ha concretado siempre en la proposición de un modelo en el que inspirar y fundamentar los ordenamientos jurídicos; y, a la vez, en un instrumento crítico limitador del contenido de esos ordenamientos. El Derecho natural en cuanto sistema de legitimidad se proyecta sobre la legalidad como un elemento renovador de las formas normativas que se estimen caducas o anacrónicas para las necesidades históricas de la sociedad, y, en ocasiones, opera también como elemento mantenedor de la tradición jurídica en aquellos casos en que las nuevas normas carecen de arraigo popular, por no ajustarse a los ideales y aspiraciones históricas de las formas de convivencia en que se promulgan. En todo caso, debe aspirar a ser fuerza de progreso jurídico, acomodándolo a las auténticas exigencias del ser humano en la regulación, repitámoslo una vez más, histórica de su vida social.

4. EL DERECHO NATURAL COMO PROBLEMA

Se ha aludido reiteradamente a lo largo de esta exposición a la problemática que el Derecho natural comporta, lo que hace preciso dedicar un comentario a los distintos aspectos en que tal problemática se concreta.

1) Desde un punto de vista genérico se puede afirmar que el problema del Derecho natural interesa a todos los hombres, porque de la respuesta que al mismo den, depende su peculiar inserción en la vida jurídica. La dependencia de la teoría con respecto al sentimiento del Derecho natural

⁽³⁴⁾ Ibid., p. 197.

hace que cada hombre, cuando tal problema sale a debate, lo considere como algo propio; como un aspecto de su propia realidad esencial y existencial. Por ello, en las controversias sobre el Derecho natural se han visto implicados no tan sólo los juristas, sino también los moralistas, los políticos, los historiadores y los sociológicos; y en última instancia todos los hombres, pues sus cuestiones afectan a toda persona que participa de la vida comunitaria. Es más, a juicio de Arthur Kaufmann, muchas veces han sido los juristas quienes han sentido un horror más acusado hacia el Derecho natural, procurando resolver las controversias de forma técnica y sin tener que apelar a consideraciones de tipo iusnaturalista⁽³⁵⁾. El hecho de que nadie sepa lo que en realidad es el Derecho natural y todos creen poseerlo en su interior significa, según Erik Wolf, que esta cuestión se halla previamente inserta en el hombre. Es esta predisposición la que capacita al hombre para pensar en Derecho (*sich ins Rechte zu denken*) como dice Goethe, aún sin poseer educación jurídica. De esta fundamental disposición surgen las fuentes del Derecho natural que se nos ofrecen en las obras de los poetas y artistas, en la leyenda y en profecía⁽³⁶⁾.

II) Ahora bien, pese a la opinión de Kaufmann, no cabe duda de que el problema del Derecho natural afecta de forma específica a los juristas, en los diversos planos que puede asumir su actuación tal como ésta se desenvuelve en la totalidad de la experiencia jurídica.

a) Así, para el jurista que actúa como legislador el Derecho natural supone un límite en su potestad de creación normativa, al recordarle la necesidad de que la dimensión teleológica de su actividad se identifique con el bien común. Le impone también un límite material que se concreta en la exigencia de intrínseca racionalidad respecto de las manifestaciones de su potestad legislativa. De otra parte, le ofrece un modelo en el que inspirar su labor, que caso de ser tomado en cuenta constituye el fundamento legitimador de su obra legislativa.

De este modo, el Derecho natural presta un importante servicio a la política legislativa, que, como es sabido, tiene como principal cometido el

⁽³⁵⁾ A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Mohr & Siebeck, Tübingen, 1957, p. 5.

⁽³⁶⁾ E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, cit., p. 3.

establecimiento de los fines que en cada circunstancia se estima debe perseguir el ordenamiento jurídico, así como los medios más adecuados para alcanzarlos. Estos fines en buena política legislativa deben hallarse en íntima consonancia con las exigencias prácticas sociales y éticas de cada momento histórico, en cuya determinación el Derecho natural juega un importante cometido.

b) En el plano jurisdiccional el iusnaturalismo supone una exigencia de valoración de la norma por parte del juez, impulsándole a confrontar su contenido con los postulados del sistema de legitimidad que el Derecho natural comporta.

El positivismo jurídico había difundido la tesis del carácter mecánico de la función judicial. Según sus premisas el juez debía interpretar con el menor subjetivismo posible la norma y aplicarla en su integridad, dejando al margen cualquier consideración de legitimidad sobre su contenido. El juez fruto del modelo metodológico del iuspositivismo debía reducir su función a la de mero traductor jurídico de la voluntad política del poder. Los jueces se convierten en la «bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur», según la conocida fórmula acuñada por Montesquieu⁽³⁷⁾.

Hoy domina la tendencia hacia la ampliación de los medios hermenéuticos y consiguientemente hacia la afirmación de la autonomía del intérprete y del aplicador del Derecho. El positivismo jurídico olvidaba que el Derecho tal como es promulgado por el legislador y tal como de éste lo recibe el jurista constituye tan sólo una materia prima, por lo que al juez le corresponde adaptarla a las exigencias concretas de la vida jurídica.

De otra parte, una serie de publicaciones recientes han puesto de relieve la incontestable presencia de elementos ideológicos en los procesos de interpretación del Derecho. La llamada «pureza del método» ha sido impugnada en nuestros días, y de este modo se ha revelado la participación del intérprete en la elaboración del Derecho y en la formación de las sentencias, al quedar al descubierto los elementos psicológicos e ideológicos

⁽³⁷⁾ *Esprit des Lois*, XI, 6.

que inciden en la labor de los magistrados. De ahí que la problemática suscitada por el iusnaturalismo en este sector sea de enorme actualidad⁽³⁸⁾.

c) El tercer plano en que se refleja la influencia del Derecho natural en la actividad del jurista se refiere a las exigencias que aquél le impone cuando éste actúa como funcionario administrativo.

Debe tenerse presente que el funcionario administrativo no es solamente ejecutor servil de la ley, sino que en virtud de la potestad discrecional es también un órgano creador de Derecho. Así, cuando para regular su actuación falta toda referencia a un orden legal positivo, como el que encauza la potestad reglada, ha de buscar por el recto ejercicio de su potestad discrecional, el entronque directo e inmediato con las normas del Derecho natural que inspiren en el servicio al interés general, y, en base a ello legitimen, sus actuaciones.

Cuando el funcionario administrativo se halla en el caso de realizar un acto creador de Derecho en uso de sus facultades discrecionales debe recurrir a criterios de justicia material. Entonces, el Derecho natural se positiviza no a través de la ley, sino a través del acto administrativo.

Ajustándose en su proceder a un sistema de legitimidad que responde a las exigencias históricamente conectadas con la praxis social, el funcionario administrativo evita que su facultad discrecional degenera en poder arbitrario.

d) Por último, la problemática del Derecho natural influye y se refleja en el proceder del jurista teórico y práctico, mostrándole cómo el ámbito de la juridicidad no se agota en la instancia positiva, y exigiéndole que lo mismo en el desarrollo de sus investigaciones que en el desempeño de sus

⁽³⁸⁾ Cfr. entre otros muchos los trabajos de: L. Bagolini, «Fedelt al diritto e interpretazione», en *Annali della Facolt di Giurisprudenza dell'Universit degli Studi di Genova*, 1973, pp. 299 ss.; L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954; H. Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Westdeutscher Verlag, Kln-Opladen, 1959; G. Fassò, Il giudice e la realtà sociale, en su vol. *Societ, legge e ragione*, Ed. di Comunit, Milano, 1974, pp. 89 ss.; E. Forsthoff, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964; G. Tarello, «Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete», en su vol. *Diritto, enunciati, usi*, cit., pp. 475 ss.

funciones como abogado tenga como criterio inspirador y crítico sus principios.

El iusnaturalismo se traduce en este plano en una invitación al jurista para que no autolimita su gestión a la mera exégesis de los preceptos legales, sino que proyecte sobre ellos toda la capacidad crítico-valorativa de su razón. En este nivel, el iusnaturalismo supone una llamada de atención sobre la contingencia de los diversos ordenamientos positivos, lo que lejos de traducirse en una invitación al pesimismo, debe entenderse como una aspiración de progreso y de perfeccionamiento de la vida jurídica. Para ello se precisa una actitud crítica por parte de los juristas, que al llevarla a cabo se convierten en elementos dinámicos del sistema.

Si la exigencia de una postura crítica ante el fenómeno jurídico fue siempre necesaria, hoy en presencia de la revolución tecnológica que transforma desde sus cimientos la entera estructura de la sociedad, debe considerarse perentoria. El iuspositivismo con su concepción de una ciencia jurídica estrictamente dirigida a la sistematización formalista de las normas vigentes había, por largo tiempo, soslayado que el Derecho como fenómeno social se halla plenariamente inmerso en las transformaciones históricas. Ninguna actitud sería más peligrosa en la vida jurídica moderna que la del jurista que pretendiendo ser fiel al dogma intangible del positivismo jurídico autolimitase su labor al *dicere legem*, encerrándose en un caparazón de neutralidad acrítica. En la hora presente, el jurista se enfrenta a un conjunto de instituciones carentes de significación social, inadecuadas para la consecución de sus fines, o dirigidas a la prosecución de metas obsoletas. De ahí, que el jurista consciente no pueda dejar de hacer un balance crítico de lo que está o no vigente en las estructuras institucionales de la comunidad en que desarrolla su existencia. Su labor, sin embargo, no sería completa si junto a esa crítica el jurista no advirtiera las nuevas necesidades sociales y no proyectara los instrumentos jurídicos adecuados para su más eficaz reglamentación. Así junto a su lenta labor tradicional de comprensión del *ius conditum*, no puede desentenderse de la proyección del *ius condendum*⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 175.

A través de su actividad de programación, así como de la crítica de los materiales legislativos y jurisprudenciales el jurista, consciente o inconscientemente, penetra en la problemática planteada por el Derecho natural y la desarrolla y concreta en las diversas etapas en que se despliega la experiencia jurídica⁽⁴⁰⁾.

5. DERECHO NATURAL CRÍTICO Y DERECHO NATURAL DOGMÁTICO

Uno de los errores que, en mayor medida, ha contribuido a desacreditar la función histórica iusnaturalista reside en un anacronismo interpretativo por el cual se consideraba necesario lo que había sido en una época conveniente. Este defecto, en el que no acostumbraron a incurrir los principales exponentes del iusnaturalismo, fue común entre autores de menor importancia, y determinó el progresivo anquilosamiento del Derecho natural, bajo cuyo epígrafe especialmente con el declinar del siglo XVIII se trataron problemas que nada tenían que ver con las inquietudes ético-jurídicas del momento. Muchos de los tratados de la época se reducían a unos códigos de casuística moral en los que se presentaban como derechos naturales las opiniones más arbitrarias e infundadas⁽⁴¹⁾.

En otras ocasiones, al amparo de la rúbrica del Derecho natural se presentaban unos sistemas completos reguladores de la vida jurídica cuya principal limitación residía en haber sido elaborados al margen de cualquier fundamento empírico con lo que no pasaban de ser pura abstracción. Por último, el Derecho natural sirvió también de marco para áridas recopilaciones de controversias clásicas sobre argumentos que habían perdido ya su primitiva actualidad, convirtiéndose en catálogos de vana erudición.

El iusnaturalismo debe evitar incurrir de nuevo en estos errores que abonaron el campo para la crítica positivista del siglo XIX y principios del actual. Si, como ha escrito Wolf, la teoría del Derecho natural es conse-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. Angeloni, «Giurista cattolico, magistrato cattolico», en el vol. col. *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma, 1951, pp. 51 ss.; V. Chieppa, «Il giurista nell'unit di vita del cattolico», ibid., pp. 81 ss.; Ch. Eisenmann, «Le juriste et le Droit naturel», en el vol. col. *Le Droit naturel*, cit., pp. 205 ss.; M. Sancho Izquierdo, «Materias fundamentales para la formación del jurista y que deben estudiarse en los primeros años de la carrera», en *Temis*, 1959, n.º. 6, pp. 111 ss. Vid. también mi trabajo «El iusnaturalismo ante los años 70», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1970, pp. 295 ss. y la bibliografía allí citada.

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. Fassò, *La legge della ragione*, cit., pp. 202 ss.

cuencia de las cuestiones fundamentales del ser: «Die Naturrechtslehre folgt den Grundfragen des Seins»⁽⁴²⁾, es preciso que tal doctrina se halle en perpetua tensión histórica respecto a las exigencias del momento y lugar en que se produce.

Existen dos peligros que pueden comprometer el desarrollo de la función histórica iusnaturalista. Consiste el primero en limitar esa función a la mera invocación de doctrinas pretéritas; en tanto que el segundo reside en la tentación de construir sistemas abstractos, intemporales y perfectos realizados al margen de la experiencia. Lo que no debe interpretarse como una propuesta de relegar al olvido la tradición doctrinal iusnaturalista. Ahora bien, ese acervo doctrinal en el que el pensador iusnaturalista puede hallar un sólido fundamento para plantear y resolver muchos de los problemas de su disciplina, no debe entenderse jamás como una disculpa que le releve de un enfoque personal de las cuestiones y de la actualización que, tantas veces, la tradición doctrinal exige. Urge también evitar el otro peligro de signo contrapuesto, y que se traduce en la construcción de sistemas abstractos que, por decirlo con palabras de Aristóteles, sólo tienen existencia en la mente de algunos y parecen perfectos⁽⁴³⁾. No se niega la saludable iniciativa personal en el proceso secular de enriquecimiento y adaptación de la doctrina iusnaturalista, pero se recuerda que tal esfuerzo puede ser baldío, cuando se realiza al margen de la tradición cultural y sin tener en cuenta los problemas planteados por la experiencia concreta.

Huyendo de estas actitudes dogmáticas es preciso que el Derecho natural se oriente en un sentido abiertamente crítico, en el que cada pensador iusnaturalista tenga bien presentes las reglas que Descartes consagrara en su *Discurso del método*. Especialmente, en lo que se desprende de sus reglas primera y cuarta. Aquélla insistiendo en la necesidad de no aceptar ninguna cosa de la que no conste su evidencia, evitando así la precipitación y falta de fundamento de los juicios; ésta prescribiendo la revisión constante de la tarea realizada, para evitar omisiones y dejar abierta siempre la posibilidad de perfeccionar la propia investigación⁽⁴⁴⁾.

(42) E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, cit., p. 199.

(43) *Política*, II, I., 1260 b.

(44) R. Descartes, *Discurso del método*, ed. cast. a cargo de J. C. Garca Borrín, Bruguera, Barcelona, 1968, pp. 89-90.

También Renato Treves nos ha brindado una precisa caracterización del espíritu crítico, entendiéndolo como aquel impulso que conduce al hombre de ciencia y de cultura a rechazar cualquier afirmación dogmáticamente impuesta o arbitraria, así como cualquier conclusión precipitada, y lo conduce a no considerar nunca como definitivos e irrefutables los resultados de la propia investigación «rimanendo sempre disposto ad accogliere ogni critica e ogni teoria diversa dalla propria quando sia solidamente fondata»⁽⁴⁵⁾.

Esta actitud crítica respecto a las propias construcciones y abierta a las exigencias de la historia es la más adecuada para un Derecho natural que sin renunciar a su denominada dimensión «utópica», referida a su función renovadora de la vida jurídica en su lucha por la dignidad humana, eluda caer en la deformación ideológica. Se trata de evitar que las tesis iusnaturalistas se conviertan en meras superestructuras enmascaradoras de la praxis social y encaminadas a legitimar, consciente o inconscientemente, intereses de determinadas personas o grupos, según la conocida versión peyorativa del término ideología. Es preciso que las teorías iusnaturalistas eludan los peligros del dogmatismo y de la ideologización para, mediante la reflexión crítica, perfilar cada vez con mayor nitidez su estatuto teórico⁽⁴⁶⁾.

En esta tarea las aportaciones filosóficas del análisis del lenguaje pueden ser un instrumento de inapreciable valor, no sólo por lo que pueden contribuir a elucidar el sentido de la expresión Derecho natural, a partir de sus significados de uso, sino también, tal como se ha puesto de relieve al aludir a los diversos planos en que se manifiesta la problemática iusnaturalista, a propiciar el estudio de las actitudes jurídico-filosóficas que se mueven tras ese enunciado. Si bien al hacerlo así se precisa poner en

⁽⁴⁵⁾ R. Treves, *Spirito critico e spirito dogmatico*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1954, p. 15.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. A. Trayol y Serra, «Esbozo de una Sociología del Derecho natural», en *Revista de Estudios Políticos*, 1948, n.º 44. Vid. también los trabajos de: E. Díaz, «Sentido político del iusnaturalismo», en *Revista de Estudios Políticos*, 1962, n.º 124; «Introducción a la Sociología del Derecho natural», en el vol. *Crítica del Derecho natural*, ed. a cargo de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 9 ss.; L. García San Miguel, «El Derecho natural y la política», en *Revista de Estudios Políticos*, 1964, n.º 134, «Consideraciones sobre el Derecho natural en la sociedad industrial», en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, 1967, n.º 60; el vol. col. a cargo de W. Maihofer, *Ideologie und Recht*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1969; y mi trabajo «El iusnaturalismo ante los años 70», cit., y la bibliografía allí citada.

relación la perspectiva lógica en la que preferentemente se sitúa el análisis lingüístico, con el substrato histórico y sociológico de la experiencia jurídica, en cuyo seno se debate el Derecho natural como uno de sus más caracterizados problemas.

CAPÍTULO VII

**IUSNATURALISMO Y
POSITIVISMO JURÍDICO**

SUMARIO: 1. Precisiones terminológicas: 1.1. Derecho natural; 1.2. Derecho positivo; 1.3. Modalidades de articulación de la relaciones entre Derecho natural y Derecho positivo; 1.4. Iusnaturalismo; 1.5. Positivismo jurídico; 2. La situación espiritual de la moderna Ciencia del Derecho europea y la crisis del positivismo jurídico; 3. El Derecho natural y la moderna Teoría General del Derecho; 3.1. El Derecho natural y definición del Derecho; 3.2. Derecho natural y sistema de fuentes jurídicas; 3.3. Derecho natural y Ordenamiento jurídico; 4. Derecho natural y Metodología del Derecho; 4.1. Derecho natural y «crítica de las leyes»; 4.2. Derecho natural y Metodología de la interpretación y aplicación del Derecho; 5. Derecho natural e ideología; 5.1. Derecho natural y Derecho de resistencia; 5.2. Derecho natural y derechos humanos; 5.3. Derecho natural e historia; 5.3.1. Posibilidad de una función histórica iusnaturalista; 5.3.2. Sentido en que cabe calificar de «ideológica» la función histórica del Derecho natural; 5.3.3. Trascendencia práctica de la función histórica iusnaturalista; 6. Conclusión: Ante una nueva etapa en la multiseccular tradición iusnaturalista.

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El iusnaturalismo y el positivismo jurídico son dos formas teóricas contrapuestas de plantear las relaciones entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Por eso, si se desea evitar equívocos y planteamientos confusos es conveniente: clarificar el significado de los términos Derecho natural y Derecho positivo; y precisar cuál de las diversas actitudes posibles de articular las relaciones entre Derecho natural y positivo es la que respectivamente defienden el iusnaturalismo y positivismo jurídico.

1.1. Derecho natural

El Derecho natural, como se ha tenido ocasión de exponer en el Capítulo anterior, se halla integrado por el conjunto de valores previos al Derecho positivo, que deben fundamentar, orientar y limitar críticamente

el Derecho positivo en cuanto puesto o impuesto con fuerza vinculante por quien ejerce el poder en la sociedad. Se trata de «derechos» con un significado y un *status* deóntico diverso (el Derecho positivo entraña obligaciones exigibles coactivamente por el poder estatal, lo que no ocurre con las que dimanen del Derecho natural, cuya fuerza vinculante se halla supe- ditada a su arraigo en el *ethos* social), pero no necesariamente incompatible o independiente; porque todo Derecho natural tiende a positivizarse, y todo Derecho positivo, en la medida en pretenda ser justo, debe ser conforme al Derecho natural.

El principal motivo de las confusiones, controversias y ambigüedades que se han producido en el devenir histórico de las teorías defensoras del Derecho natural (iusnaturalismo), es la forma de entender la idea de naturaleza que subyace al concepto de Derecho natural. Porque en la historia de las doctrinas iusnaturalistas la noción de naturaleza y, en función de ella, la propia definición del Derecho natural se han plasmado en distintas concepciones, que pueden reconducirse a tres fundamentales: 1) La idea de naturaleza como *creación divina* y del Derecho natural como expresión revelada de la *voluntad* del Creador en el ámbito de las relaciones sociales; 2) La naturaleza como *cosmos*, es decir, como las leyes que rigen el *mundo físico* del que forman parte los hombres, que se hallan sujetos a su legalidad a través de sus *instintos* y *necesidades naturales*; 3) La naturaleza como *razón*, como cualidad específica del ser humano que le permite establecer «autónomamente» sus normas básicas de convivencia. Estas «formas» de Derecho natural se han sucedido, en versiones más o menos puras o sincréticas, pero todas ellas han coincidido en una idea básica: la de subordinar la obediencia al Derecho positivo, y al poder del que éste emana, a su conformidad con el Derecho natural.

1.2. Derecho positivo

Con la expresión «Derecho positivo» se designa el *ius in civitate positum*, es decir, el Derecho puesto o impuesto por quien ejerce el poder en una determinada sociedad, y por ello, válido en su ámbito. La idea de una distinción entre el Derecho establecido o puesto a través de las normas que expresan la voluntad de la autoridad (*nómos*) y las leyes que expresan la justicia de la naturaleza (*physis*), aparece ya en la Grecia clásica a través de los sofistas. Esta dicotomía se prolonga en las obras de Platón, Aristóteles

y los Estoicos, así como reformulada en la filosofía y la jurisprudencia romana. Así, en el *Digesto* se utilizan los términos de *ius naturale* (en muchas ocasiones identificado con el *ius gentium*), que hace referencia a las normas que expresan exigencias éticas de justicia, necesarias, universales, emanadas en la naturaleza y la razón; y de *ius civile*, cuyas normas tienen por objeto lo que es útil o conveniente, son contingentes, particulares de cada pueblo y prescritas por quienes los gobiernan. La distinción será una constante en la trayectoria histórica de las teorías iusnaturalistas; mientras que tal dicotomía es negada por el positivismo jurídico, que no admite otro Derecho que el positivo, impugnando la juridicidad del Derecho natural.

Aunque la idea del Derecho positivo, en nuestra cultura jurídica, se remonta al pensamiento clásico greco-romano, su expresión terminológica como *ius positivum* aparece en el siglo XII utilizado por Abelardo (Kuttner). A partir de entonces los términos «Derecho positivo», o «ley positiva» serán frecuentemente utilizados para designar las normas prescritas como válidas en cada sociedad. En la actualidad las distintas concepciones del Derecho positivo pueden reconducirse a tres: 1) La *iusnaturalista*, que lo considera necesario para concretar, clarificar o determinar y garantizar el cumplimiento de las exigencias de justicia encarnadas en el Derecho natural; éste actuará como fundamento y límite de los contenidos normativos del Derecho positivo. 2) La *positivista*, identificadora del Derecho *in genere* con el Derecho positivo y que cifra su validez en la adecuada producción formal de sus normas por el Estado con arreglo a procedimientos previstos por las normas superiores del propio ordenamiento jurídico positivo, lo que permite identificar las normas que le pertenecen y asegura la unidad, jerarquía, coherencia y plenitud de dicho ordenamiento. 3) La *realista*, que pone el énfasis en el poder capaz de asegurar la eficacia del Derecho positivo, y considera sus normas como imperativos sancionados por la coacción en la medida en que de hecho son aplicados por los tribunales y cumplidos por sus destinatarios.

1.3. Modalidades de articulación de la relaciones entre Derecho natural y Derecho positivo

Tras el análisis del significado respectivo del Derecho natural y del Derecho positivo es posible distinguir diversas actitudes teóricas, o modos de articulación de las relaciones entre ambos conceptos.

- i) La primera afirma que sólo existe una modalidad de Derecho: el Derecho positivo; se trata de la tesis monista que corresponde a la postura del positivismo jurídico.
- ii) La segunda es la tesis que sostiene la existencia de la dicotomía Derecho natural/Derecho positivo, pero estima que el Derecho positivo está subordinado al Derecho natural, que actúa como fundamento y límite crítico de la normatividad positiva. Esta es la posición tradicionalmente defendida por las doctrinas iusnaturalistas.
- iii) La tercera tesis admite también la existencia de ambas modalidades de Derecho, pero, las considera categorías independientes que obedecen a una dinámica distinta y que se desarrollan en planos, asimismo, distintos sin que exista una relación entre ellos. Las diversas teorías escépticas y relativistas en el plano jurídico pueden simbolizar esta actitud.
- iv) La cuarta posición postula que sólo existe el Derecho natural. Los autores contractualistas al aludir a un «estado de naturaleza» de carácter presocial (sea como un hecho histórico: Hobbes, Pufendorf, Spinoza...; sea como una hipótesis explicativa: Locke, Rousseau, Kant...), conciben esa situación como una fase regida únicamente por las leyes de la naturales.
- v) La quinta tesis afirma la posibilidad de existencia del Derecho natural y del Derecho positivo, pero, a diferencia de las teorías iusnaturalistas supedita el primero al segundo. Responden a esta actitud aquellas concepciones jurídicas que sólo admiten un contenido mínimo del Derecho natural, cuya función sería la de servir de última instancia legitimadora de todo el orden jurídico positivo, o de cauce para colmar las excepcionales lagunas de la normatividad positiva.
- vi) La sexta postura sería aquella que niega conjuntamente al Derecho natural y al Derecho positivo, esta tesis ha tenido su expresión en las versiones más radicales de las posturas ácratas⁽¹⁾.

(1) N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Turín, 1961; id. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 127 ss.; A.E. Pérez Luño, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Real Colegio de España, Bolonia, 1971, pp. 25 ss.

1.4. Iusnaturalismo

El iusnaturalismo, en cuanto teoría jurídica *dualista*, distingue dos sistemas normativos: el Derecho natural integrado por el conjunto de valores previos al Derecho positivo, que deben fundamentar, orientar y limitar críticamente todas las normas jurídicas; y el Derecho positivo en cuanto puesto o impuesto con fuerza vinculante por quien ejerce el poder en la sociedad. Conviene distinguir dos grandes versiones del iusnaturalismo: 1) el iusnaturalismo *ontológico, dogmático o radical*, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretenden derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier Derecho digno de serlo (Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, la Escuela Española del Derecho Natural, el último Radbruch...); 2) y el iusnaturalismo *deontológico, crítico o moderado*, que no niega la juridicidad del Derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo (Kant, Stammler, Bloch, Fassò, Recaséns, Truyol Serra, Welzel, Erik Wolf...).

En las sociedades abiertas y pluralistas actuales parece más sostenible un iusnaturalismo racionalista y deontológico o crítico, que las versiones ontológicas que, no obstante, se sigue defendiendo desde posiciones confesionales especialmente neo-tomistas (Cotta, Fernández Galiano, Finnis, Galán, Luño Peña, Villey...). Pero incluso, el iusnaturalismo racionalista y deontológico no ha quedado a salvo de la crítica contemporánea. Se ha objetado a esta actitud que es posible admitir la existencia de valores previos al Derecho positivo sin necesidad de hacer profesión de iusnaturalismo, a condición de mantenerlos en el plano de los sistemas normativos morales o sociales, pero no jurídicos. No deja de suscitar perplejidad que juristas del pasado y del presente sostuvieran y sostengan que los criterios que permiten discernir el Derecho correcto, no son jurídicos. Esta actitud no halla parangón en la teoría del conocimiento, donde no se discute el carácter lógico de los criterios que distinguen la verdad de la falsedad; como no se cuestiona el carácter estético de los criterios que deslindan la belleza de la fealdad; ni se polemiza sobre la naturaleza moral de los postulados que distinguen el bien del mal. Mantiene aquí plena vigencia la célebre advertencia kantiana de que una definición general del Derecho debe entrañar un criterio de delimitación de lo justo de lo injusto; pues una doctrina jurí-

dica empírica, limitada a dar cuenta de las leyes positivas de un determinado lugar y tiempo, podría ser (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) hermosa, pero lamentablemente carecería de seso.

La razón de ser del iusnaturalismo deontológico reside, precisamente, en ofrecer un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del Derecho realmente existente sino de las pautas axiológicas que deben informar el Derecho positivo y, cuando no lo son, legitiman su denuncia. Ambos planos no se confunden, pero tampoco pueden concebirse como compartimentos estancos separados por una fractura epistemológica insalvable. En este punto se ha intentado conjugar esta versión del iusnaturalismo con la teoría de la experiencia jurídica, en cuanto tentativa de captar el Derecho en su entero desenvolvimiento tridimensional: desde su génesis en las conductas sociales, a su formalización normativa y su legitimación axiológica.

1.5. Positivismo jurídico

El positivismo jurídico es una concepción doctrinal del Derecho monista, en el sentido de que sólo admite la existencia de un único Derecho: el Derecho positivo. Para esta teoría jurídica la propia noción general del Derecho se identifica con el Derecho positivo, impugnando el carácter jurídico del Derecho natural que queda relegado al ámbito de las exigencias morales, de las convenciones sociales o de las ideologías políticas. En el plano *gnoseológico o metodológico*, el positivismo jurídico se ha manifestado como un modo de conocimiento del Derecho tal como es, prescindiendo de cómo debería ser, para contribuir a una concepción de la Ciencia jurídica que describa, complete y sistematice el ordenamiento jurídico positivo; en el *ontológico o de la Teoría del Derecho*, tiende hacia una definición de las normas en función de su coactividad, de la posibilidad de asegurar su cumplimiento a través del recurso a la fuerza monopolizada por el Estado, la supremacía de la ley como fuente del Derecho y la concepción mecánica de la interpretación y aplicación de las normas positivas; mientras que en el *deontológico o ético-político*, ha supuesto, en algunas de sus versiones, la defensa de la separación entre moral y Derecho y una ideología de la justicia según la cual se debe prestar obediencia a las normas del Derecho positivo con independencia de su contenido. Estos tres planos de consideración no se implican necesariamente, de forma que las diversas concepciones del posi-

tivismo jurídico que se han sucedido en el pasado siglo y en el actual, propenden a privilegiar alguno o algunos de ellos. Así, la orientación *metodológica* prevalece en las versiones positivistas actuales ligadas a la filosofía analítica, el neopositivismo o positivismo lógico. Desde sus premisas se coincide en reivindicar el carácter científico del conocimiento del Derecho, para lo que consideran necesario operar con instrumentos de análisis lingüístico que permitan depurar los conceptos y categorías jurídicos de expresiones inútiles o equívocas, así como de cualquier pretensión metafísica. Con ello, se pretende contribuir a una clarificación del lenguaje normativo, a definir y completar sus reglas de transformación, así como a sistematizarlo de forma coherente (Bobbio, Hart...). La elaboración de una *Teoría del Derecho* como sistema de normas coactivas e imperativas (mandatos) garantizadas por el Estado estuvo presente en las principales corrientes positivistas del siglo XIX (Austin, Ihering, Thon...). Estas tesis incurrían en el riesgo de comprometer el significado normativo del Derecho en función del hecho del poder. Para purificar el positivismo de estos condicionamientos fácticos aparece, ya en nuestro siglo, la Teoría pura del Derecho (Kelsen) como concepción rigurosamente formalista que concibe la norma jurídica positiva como estructura lógica a partir de la cual a un determinado comportamiento «debe» imputársele una determinada sanción. La validez de las normas no depende de su contenido, ni del poder que la respalda, sino de su conformidad con las normas superiores que autorizan su producción. El sistema jurídico reposa en una «norma fundamental» de la que todas las normas inferiores reciben su validez. Esta norma no es una norma «puesta» (en cuyo caso se comprometería su carácter formal), sino «presupuesta», constituye una ficción que permite una explicación intrasistemática del Derecho positivo. En los últimos años esta tesis ha hallado una prolongación en teorías positivistas «sistémicas» o «autopoiéticas», tendentes a concebir el Derecho positivo como sistemas de autoreferencias inmanentes al propio ordenamiento jurídico (Luhmann, Teubner...). La dimensión *ideológica* del positivismo jurídico ha prevalecido en los juristas defensores de los sistemas políticos totalitarios, que han sustentado el dogma de la obediencia incondicional al Derecho positivo y el culto acrítico a la legalidad (Rocco, Schmitt, Vychinski...).

La diversidad de planos desde los que puede venir asumido el positivismo jurídico, así como las diferentes versiones en los que en cada uno de

ellos se manifiesta, hace necesario precisar aquel que se toma como punto de referencia cuando se pretende enjuiciar su significado e implicaciones. Queda siempre a salvo, como principio aglutinador de las distintas modalidades y expresiones del positivismo jurídico, su negación de cualquier forma de Derecho natural y su consiguiente identificación de la noción general de juridicidad con el Derecho positivo.

2. LA SITUACIÓN ESPIRITUAL DE LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO EUROPEA Y LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Tras la conclusión de la segunda guerra mundial surge con poderosísimo empuje lo que Recaséns Siches ha calificado de segundo renacimiento iusnaturalista. El primero se había producido desde principios de nuestro siglo como superación de los esquemas teóricos del positivismo jurídico⁽²⁾, pero ha sido, sin duda, el segundo al superar la dimensión práctica en que el positivismo jurídico había cristalizado, el que ha revestido mayor intensidad y difusión. En efecto, el dilatado eco suscitado por la problemática iusnaturalista⁽³⁾ va ligado a lo que se ha dado en llamar la *reductio ad Hitlerum*;

(2) L. Recaséns Siches, «Otra vez, y con renovado vigor: Derecho natural», en ACFS, 1965-1966, pp. 5 ss. Sobre el primer renacimiento iusnaturalista, vid., las obras de: I. Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Spoerri, Pisa, 1895; J. Bonnacase, *La notion de Droit en France au dix-neuvième siècle*, de Boccard, París, 1919; E. Landdsberg, «Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts», en ARWP, 1925, pp. 348-76; M. Le Fur, *La théorie du Droit naturel depuis le XVIIIe siècle et la doctrine moderne*, Hachette, París, 1928; Q. Saldaña, *La última fase del positivismo jurídico en Italia*, Reus, Madrid, 1935; E. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Hegner, München, 2ª. edic., 1947 (la primera edición databa de 1936).

(3) El problema del Derecho natural sigue siendo uno de los temas centrales de la moderna literatura jurídica como acreditan los apéndices bibliográficos de numerosas publicaciones, entre las que pueden citarse: J. Ruíz-Giménez, *Introducción a la Filosofía jurídica*, EPESA, Madrid, 2ª. ed., 1960, pp. 480-484; E. Luño Peña, *Derecho natural*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 5ª. ed. 1965, pp. 539-574; *Historia de la Filosofía del Derecho*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 2ª. ed., 1955, pp. 14-58; W. Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962, pp. 580-622; H. Dieter Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland*, Bachem, Köln, 1968, pp. 361-378; E. Serrano Vilafañé, *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Editora Nacional, Madrid, 1967, pp. 317-334. Sobre la bibliografía italiana en el particular, vid. nuestro trabajo *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, publicación en Studia Albornotiana, (Bolonia)... Vid. también los artículos de H. P. Schneider en la revista NLF: «Books and Articles on Natural Law and related areas. A Bibliography of material published in Germany,

esto es, a la responsabilización del positivo jurídico, como teoría antagónica del Derecho natural, del advenimiento y ulterior desarrollo de los totalitarismos nazi y fascista.

Era natural que tras la catástrofe, que en el terreno jurídico como en todos los demás órdenes de la vida esos sistemas comportaron, un sinnúmero de profesores y juriconsultos de Italia y Alemania, y siguiendo su ejemplo de otras latitudes, se replantearan la vuelta a la meditación iusnaturalista. En años sucesivos la persistencia en gran parte del mundo de sistemas que encarnan la negación radical de todos los valores jurídicos y garantías del Estado de Derecho, así como la acuciante aspiración universalmente compartida de eliminar la incertidumbre de la vida internacional cimentando ésta en los principios de una paz justa, han sido estímulos cuya contribución a ese vigoroso renacimiento de la idea del Derecho natural es apodíctica. Si se tiene esto presente no puede resultar extraño que a diferencia de otras épocas, la nuestra se caracterice por el denodado esfuerzo dirigido a plasmar en la praxis las consecuencias de la idea iusnaturalista. Dicho esfuerzo no viene circunscrito al pensamiento iusfilosófico, sino que se manifiesta con igual intensidad en las obras de carácter eminentemente teórico que en la práctica jurídica, teniendo así como protagonistas lo mismo a estudiosos de la Filosofía del Derecho que a especialistas de diversas disciplinas jurídicas o no jurídicas, y en última instancia al hombre que desenvuelve su existencia en el Derecho⁽⁴⁾. Ello exige a la hora de iniciar cualquier exposición de las modernas manifestaciones del iusnaturalismo, distinguir entre la variedad de planes en que las mismas se producen.

3. EL DERECHO NATURAL Y LA MODERNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

El positivismo jurídico había elaborado una Teoría del Derecho que se centraba en la monopolización del fenómeno jurídico por el Estado. Frente a esta tesis el iusnaturalismo de inspiración institucionalista ha rei-

Austria, Switzerland, and Italy, 1964», pp. 309-312; «A Bibliography of material published in Germany, Austria, France, Switzerland, and Italy, 1964 and 1965», pp. 150-154; «A Bibliography of material published in Germany, Austria, France, Switzerland, and Italy, 1965 and 1966», pp. 249-256.

(4) Sobre los diversos planos en que se manifiesta la instancia iusnaturalista, vid.: E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, Müller, Karlsruhe, 1955, pp. 1-5; Ch. Eisenmann, *Le juriste et le Droit naturel*, en el vol. col. *Le Droit naturel*, PUF, París, 1959, pp. 205-229.

vindicado la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, en base al reconocimiento de la capacidad autonormativa de los grupos sociales. Esta postura ha tenido una repercusión decisiva para las disciplinas jurídicas de fundamentación no estatal (Derecho canónico, Derecho internacional, Derecho sindical...) que han visto en sus premisas el más sólido apoyo para la sustentación teórica de su autonomía.

La Teoría del Derecho defendida por el positivismo jurídico venía, además, caracterizada por las siguientes notas, todas ellas objeto de una profunda crítica iusnaturalista:

3.1. El Derecho natural y definición del Derecho

Con respecto a la definición del Derecho la teoría de la coactividad, según la cual sólo debía entenderse por Derecho un sistema de normas respaldadas por la fuerza material. Frente a esta teoría que fundamenta el *ius* en el *iussum*, ha opuesto el iusnaturalismo actual, como el de siempre, la exigencia del *ius quia iustum*: el Derecho como expresión de la justicia. Frente a la norma concebida como *ratione imperii*, la necesidad de que ésta suponga un verdadero *imperium rationis* ha sido una de las constantes de la tradición iusnaturalista.

Si el Derecho fuese únicamente un fenómeno del poder político; de mera fuerza –tal como se desprende de las tesis iuspositivistas–, no habría en absoluto ningún fundamento jurídico para la crítica o protesta contra todos los desafueros llevados a cabo por los despotismos que, en todo tiempo, han ensombrecido el panorama político. «Sería insensato protestar –dice Recaséns– por el hecho de que el Estado totalitario intenta apoderarse no sólo de los cuerpos de sus súbditos, sino también de sus almas, de su pensamiento, de su conciencia. Todos estos hechos y otros de similar jaez podrían ser simplemente lamentados por sus víctimas, deplorando éstas el que en la lotería del juego de las fuerzas políticas tuvieron mala fortuna y les tocó estar abajo. Pero cualquier crítica o protesta no tendría base alguna sobre la que apoyarse. Quien sufre los efectos del rayo fulminador, de la inundación devastadora o del huracán que arruina, puede llorar su mala suerte; pero si está en uso cabal de sus funciones mentales, no tendrá la ocurrencia de «protestar» contra tales sucesos aciagos»⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Op. cit., p. 11.

Nada tiene de particular que el iusnaturalismo contemporáneo haya acogido la temática existencialista trasplantándola a los dominios del Derecho. La angustia del hombre —ser en situación— ante la perversión paulatina de algunos ordenamientos jurídicos ha encontrado amplio eco en la moderna iusfilosofía⁽⁶⁾. Tampoco puede olvidarse la importante corriente de pensadores que sobre las bases de la filosofía tradicional cristiana han elevado su voz para recordar la inescindible vinculación del Derecho a la justicia⁽⁷⁾.

3.2. Derecho natural y sistema de fuentes jurídicas

En segundo lugar, la Teoría del Derecho positivista se caracteriza por una concepción de las fuentes del Derecho que comportaba la absoluta supremacía de la ley estatal sobre todas las restantes fuentes. El Derecho consuetudinario, el Derecho científico y el derivado de la propia naturaleza de las cosas quedaban reducidos al papel de fuentes subsidiarias o aparentes.

La crítica de estos postulados se ha producido desde casi todas las ramas del Derecho y es hoy lugar común en los estudios sobre la materia.

Sobre la relevancia del Derecho consuetudinario, jurisprudencial y científico en la teoría y en la práctica de la experiencia jurídica hallamos una amplia y documentada bibliografía⁽⁸⁾ que pone en entredicho la pretendida validez de los dogmas iuspositivistas.

⁽⁶⁾ Sobre el problema de las relaciones entre el existencialismo y la doctrina del Derecho natural pueden consultarse, entre otros, los estudios de: F. A. F. von der Heydte, «Existentialphilosophie und Naturrecht», en *StdZ*, 1948-49, pp. 185-198; A. Quintano Ripollés, «Il diritto naturale nella prospettiva relativistico-esistenziale», *RIFD*, 1951, pp. 673-690; G. Quadri, «Giusnaturalismo e paradossia come problema per la filosofia dell'assistenza e per l'eudemonismo dei valori», en *RIFD*, 1955, pp. 327-343; E. Fechner, «Naturrecht und Existenz-philosophie», en *ARSP*, 1954-55, pp. 348-371; W. Maihofer, «El Derecho natural como derecho existencial», en *AFD*, 1962, pp. 9-34; publicado en alemán con el título *Naturrecht als Existenzrecht*, Klostermann, Frankfurt a. Main, 1963; H. Dieter Schelauke, *Naturrecht und Existentialismus*, en su vol. *Naturrechtsdiskussion in Deutschland*, cit., pp. 140-153; F. Elías de Tejada, «Echi existencialisti nella Filosofia del Diritto della Spagna attuale», en *RIFD*, 1950, pp. 1-24; J. Brufau, *Moral, vida social y derecho en Jean-Paul Sartre*, Universidad de Salamanca, 1967.

⁽⁷⁾ La doctrina pontificia más reciente sobre el particular es lo suficientemente elocuente como para hacer superfluo cualquier intento de enumeración exhaustiva de la abundante bibliografía sobre la cuestión.

⁽⁸⁾ Así, por ejemplo, las obras de: G. Abrosetti, *Contributi a una filosofia del costume*, Zanichelli, Bologna, 1959; N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam,

Especial relevancia ha adquirido en los últimos tiempos la teoría de la *Natur der Sache* elaborada originariamente por la doctrina mercantilista alemana, pero que ulteriormente ha merecido la atención de un amplio sector del pensamiento jurídico, en especial por parte de los especialistas de la Filosofía del Derecho. La acertada observación de Batiffol, para quien «rechercher dans l'observation des réalités la justification des règles de conduite, notamment juridiques, paraît répondre à une tendance profonde de l'esprit»⁽⁹⁾, se ha reflejado en una copiosa serie de trabajos sobre el particular⁽¹⁰⁾.

Padova, 1942, y «Consuetudine. Teoria generale» en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 426-443; O. Brussin, *Über das juristische Denken*, Akademische Buchhandlung, Helsingfors, 1951; J. Puig Brutau, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, S.a.; J. Castán Tobeñas, *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Reus, Madrid, 1953; J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1956; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 3ª. edic., 1964; K. Roth-Stielow, *Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz*, Ring-Verlag, Villingen, 1963; L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁽⁹⁾ *La Philosophie du Droit*, PUF, París, 2ª. ed., 1962, p. 55.

⁽¹⁰⁾ Vid., entre otros, los de: G. Radbruch, «La natura della cosa come forma giuridica di pensiero», en RIFD, 1941, pp. 145-156; W. Maihofer, «Die Natur der Sache», en ARSP, 1958, pp. 145-174; N. Bobbio, «Über den Begriff der Natur der Sache», en ARSP, 1958, pp. 305-321; A. Baratta, «Natura del fatto e diritto naturale», en RIFD, 1959, pp. 177-228; I. Tammelo, «La natura del fatti come topos giuridicos», en RIFD, 1963, pp. 655-683; G. Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, Mohr, Tübingen, 1957; O. Ballweg, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1960; H. Schambeck, *Der Begriff der Natur der Sache*, Springer, Wien, 1964; A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Müller, Karlsruhe, 1965; R. Dreier, *Zum Begriff der Natur der Sache*, de Gruyter, Berlín, 1965; N. Poulantzas, *Nature des choses et droit*, Pichon, París, 1965; M. Villey, «Historique de la nature des choses», en APD, 1965, pp. 267-283; J. Stone, «The Nature of Things on the Way to Positivism? Reflections on a Concrete Natural Law», en ARSP, pp. 145-168; J. Kim, *Methodenrationalismus und Natur der Sache im Denken Gustav Radbruchs*, Diss. iur. Universidad de Freiburg i. B., 1966; M. Diessel Horst, *Die Natur der Sache als aussergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, Mohr, Tübingen, 1968; vid. también el vol. col. *Droit et nature des choses*. Travaux du colloque de Philosophie du Droit Comparé, Dalloz, París, 1965; A. de Asís, «La naturaleza de la cosa y el Derecho natural», en su *Manual de Derecho natural*, vol. I., Rania, Granada, 1963, pp. 384 ss. M. Hurtado Bautista, «Droit et nature des choses dans la philosophie hispanique du Droit», en AFDT, 1964, pp. 177 y ss., recogido también en el vol. col. *Droit et nature des choses*, cit.; F. Puy, «El derecho y la naturaleza de las cosas», en AFD, 1966, pp. 75 ss.

3.3. Derecho natural y Ordenamiento jurídico

Por último, la teoría positivista del Derecho suponía, con referencia al Ordenamiento jurídico, la concepción de éste como un sistema cerrado y autosuficiente caracterizado por las notas de: plenitud o ausencia de lagunas, y de coherencia o ausencia de antinomias.

También en este punto el positivismo jurídico ha sido profundamente revisado por una abundante literatura jurídica encaminada a mostrar la constante e ineliminable presencia de lagunas y contradicciones en los sistemas legales⁽¹⁾.

Cuando en este campo se pretende eludir las objeciones al positivismo jurídico afirmando que la plenitud y coherencia no se predicán de la mera legislación positiva, sino del Ordenamiento jurídico en su conjunto, se está reconociendo la legitimidad de un sistema plural de fuentes del Derecho, y con ello, en última instancia, se da la razón al iusnaturalismo que durante siglos ha educado a los hombres en la idea de que la vida jurídica no se agota en los preceptos emanados de quien, en determinado momento, detenta el poder político.

4. DERECHO NATURAL Y METODOLOGÍA DEL DERECHO

La situación hasta aquí descrita ha tenido también amplia repercusión en el ámbito metodológico donde se advierte un progresivo abandono del método positivista. El propio Karl Larenz ha señalado como notas caracterizadoras de los esfuerzos metódicos actuales la vuelta a una jurisprudencia axiológica y a un Derecho natural de los valores experimentados históricamente. La parte histórico-crítica de su *Methodenlehre der*

(1) Vid. sobre el problema de las lagunas: T. Ascarelli, «Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. nel diritto privato», en *Studi di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 218 ss.; A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962, esp. pp. 92 ss.; K. Engisch, «Der Begriff der Rechtslücke», en *Festschrift für W. Sauer*, de Gruyter, Berlín, 1949, pp. 95 ss.; C. W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1964. Sobre las antinomias, vid.: G. Gavazzi, *Delle antonomie*, Giappichelli, Torino, 1959; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, esp. cap. III; Ch. Perelman, *Les Antinomies en Droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965, vol. col.; A. Martínez Sarrión, «Limitaciones del Derecho: las antinomias jurídicas», en *RdDPr*, 1967, pp. 489 ss.; A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano, 1963.

Rechtswissenschaft constituye un testimonio aleccionador que muestra la progresiva afirmación de las bases estimativas extralegales en la doctrina del método jurídico⁽¹²⁾.

El positivismo jurídico representaba en el plano metodológico la exigencia de realizar una aproximación al fenómeno jurídico limitada a un estudio acrítico del Derecho positivo. El positivismo conduce, de este modo, al formalismo jurídico al considerar únicamente como Derecho la norma emanada del Estado que respeta los cauces formales para su promulgación, y con independencia de que su contenido material responda o no a un determinado orden de valores.

En el método de la Ciencia Jurídica esto se traduce en la reducción de la actividad del jurista y del juez a un quehacer mecánico. El jurista fruto del modelo metodológico del iuspositivismo reduce su función a la de mero traductor jurídico de la voluntad política del poder. Los jueces se convierten en «la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur», según la conocida fórmula acuñada por Montesquieu⁽¹³⁾.

El positivismo jurídico olvidaba que el Derecho tal como es promulgado por el legislador y tal como de éste lo recibe el jurista, constituye tan sólo una materia prima. «La ciencia jurídica –son palabras de Recaséns Siches– debe «refinarlo», así como el petróleo es refinado para convertirlo en un combustible; así como el jugo de la remolacha es refinado para sacar de él azúcar. El Derecho reelaborado, preparado y sazonado, tal y como sale de las manos del jurista, no es exactamente el mismo que el que sale de las manos del legislador. El jurista le añade algo sin lo cual la ley resultaría inutilizable»⁽¹⁴⁾.

Hoy la tendencia hacia la ampliación de los medios hermenéuticos y consiguientemente hacia la afirmación de la autonomía del intérprete, cons-

(12) Op. cit., Springer, Berlín, Göttingen, Heidelberg, 1960, esp. parte I, capítulos IV-V, pp. 83 ss. (de esta obra existe una traducción castellana de E. Gimbernat, Ariel, Barcelona, 1966).

(13) *Esprit des Lois*, XI, 6.

(14) Op. cit., p. 36.

tituye uno de los aspectos más salientes de la moderna metodología jurídica⁽¹⁵⁾.

De otra parte, una serie de publicaciones recientes ha puesto de relieve la incontestable presencia de elementos ideológicos en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho. La «pureza del método» ha sido, en nuestros días, objeto de repetida impugnación. Mérito principal de la misma es el haber puesto de relieve los aspectos ideológicos que la elección metodológica lleva implícitos, y que el positivismo pretendía ocultar tras la pantalla de estructuras aparentemente neutras. La participación del intérprete en la elaboración o creación –si se desea dar al traste con inútiles eufemismos– del Derecho es hoy un factor ampliamente recogido en los estudios sobre el proceso de formación de las sentencias y sobre los elementos psicológicos e ideológicos que inciden en la labor interpretativa de juristas y magistrados⁽¹⁶⁾.

(15) Así, E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955; «Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung», en ARSP, 1952-53, pp. 354-374; «Di una teoria generale della interpretazione», en RIFD, 1965, pp. 236-262; L. Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956; J. Puig Brutau, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, cit.; M. Elia, «Il diritto come sintesi concreta e il potere del giudice», en el vol. *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma, 1951, pp. 71-80; H. Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Wetsdeutscher Verlag, Köln-Opladen, 1959; E. Forsthoff, *Recht und Sprüche; Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964; F. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlín, 1966.

(16) Vid., L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954; L. Bagolini, «La scelta del metodo nella giurisprudenza», en RTDPC, 1957, pp. 1.054-1.066, y ahora en su libro *Visioni della giustizia e censo comune*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 255-271; M. Cappelletti, «Ideologie nel diritto processuale», en RTDPC, 1962, pp. 193-220; Cordero, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966; S. Rodotà, «Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile», en RDCo, 1967, pp. 83 ss.; G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, ed. di Comunità, Milano, 1967; W. Maihofer, «Ideologie und Recht», en el vol. col. *Ideologie und Recht, Herausgegeben von W. Maihofer, Klostermann*, Frankfurt a. Main, 1969, pp. 1-35; A. Hollerbach, «Ideologie und Verfassung», ibidem, pp. 37-61; P. Noll, «Ideologie und Gesetzgebung», ibidem, pp. 63-81; T. Viehweg, «Ideologie und Rechtsdogmatik», ibidem, pp. 83-95.

En el ámbito metodológico el pensamiento jurídico moderno supone un desbordamiento de aquellos angostos límites en los que el «legalismo» positivista se había enclaustrado. La moderna metodología viene caracterizada por una radical apetencia de conocimiento del ordenamiento jurídico en su complejidad estructural y en sus reales articulaciones, la cual no puede ser ya satisfecha por las periclitadas técnicas de un formalismo legalista. En la actualidad el jurista siente, más que nunca, la urgencia de una colaboración interdisciplinaria que le permita la aprehensión cabal del fenómeno jurídico. Los prejuicios de un trasnochado «purismo» metódico han cedido ante el imperativo cada vez más apremiante de religar el Derecho con el contexto cultural en que se desenvuelve. Los inescindibles nexos que vinculan el hecho jurídico con sus presupuestos históricos, sociales y éticos, invalidan en nuestro tiempo la pretensión de un estudio abstracto del Derecho basada en una falaz interpretación de su autonomía.

El Derecho natural supone también en este campo una sugestiva respuesta a los problemas que la moderna metodología jurídica tiene planteados.

4.1. Derecho natural y «crítica de las leyes»

Representa, en primer lugar, la exigencia de una «crítica de las leyes», entendida según A.E. Cammarata, «come il vaglio cui la coscienza non può non sottoporre ogni precepto che si presenta come alcunché voluto da altri, ma non ancora da noi»⁽¹⁷⁾. El iusnaturalismo se traduce aquí en una invitación hecha al jurista para que éste no autolimite su gestión a la mera exégesis de los preceptos legales, sino que proyecte sobre ellos toda la capacidad crítico-valorativa de su razón. Quienes defienden el Derecho natural parten de la contingencia de los diversos ordenamientos positivos, pero lejos de refugiarse en un cómodo pesimismo, confían plenamente en su perfectibilidad, para la cual es indispensable la actitud justipreciadora de los juristas, que resultan así elevados a la dignidad de elementos dinámicos del sistema.

⁽¹⁷⁾ «Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità», en *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto*, Università di Roma, 1941, núm. 1, pp. 13.

Si la exigencia de una crítica de las leyes fue siempre necesaria, hoy, en presencia de la revolución tecnológica que transforma desde sus cimientos la entera sociedad, debe considerarse perentoria. El iuspositivismo con su concepción de una Ciencia Jurídica estrictamente dirigida a la sistematización formalista de las normas vigentes había, por largo tiempo, soslayado que el Derecho como fenómeno social se halla plenariamente inmerso en las transformaciones históricas. Ninguna actitud sería más inoportuna en la vida jurídica moderna que la del jurista que pretendiendo ser fiel al dogma intangible del iuspositivismo autolimitase su labor al *dicere legem*, encerrándose en un caparazón de acrítica neutralidad. En la hora presente el jurista se halla ante un conjunto de instituciones carentes, en gran parte, de significación, inadecuadas para la consecución de sus fines, o dirigidas a la prosecución de metas ya rebasadas. El jurista consciente no puede dejar de hacer un balance crítico de lo que está vigente o no en las estructuras institucionales de la comunidad en que desarrolla su existencia. Su labor, sin embargo, no sería completa si junto a esa crítica el jurista no advirtiera las nuevas necesidades sociales y no proyectara los instrumentos jurídicos adecuados para su más eficaz reglamentación. «Accanto alla cauta, lenta opera tradizionale di comprensione-adattamento dello ius conditum, egli non può piú evitare l'audace progettazione dello ius condendum»⁽¹⁸⁾.

A través de su actividad de programación, así como de la crítica de las sentencias judiciales, medidas administrativas y disposiciones legislativas, el jurista estimula paulatinamente pero de forma continua la transformación del ordenamiento jurídico y de la praxis interpretativa⁽¹⁹⁾. Esta labor venía tradicionalmente englobada bajo el epígrafe genérico de la política legislativa que tenía como principal cometido el establecimiento de los fines que se estimaba debía perseguir el ordenamiento jurídico, así como los medios más adecuados para alcanzarlos. Estos fines en buena política legislativa

⁽¹⁸⁾ S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, pp. 175. Por su parte S. Rodotà ha señalado que la actuación del jurista debe dirigirse no sólo a la racionalización de los hechos del pasado, sino a «progettare un difficile futuro, che sarebbe arduo disciplinare con gli schemi di un'età diversa». «Gli studi di diritto contemporaneo», en el vol. col. *Gli studi di storia e di diritto contemporaneo*, ed. di Comunità, Milano, 1968, p. 108.

⁽¹⁹⁾ Cfr. E. Wolf, *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2ª. ed., 1965, pp. 22-23.

deben hallarse en íntima consonancia con las exigencias prácticas, sociales y éticas de cada momento histórico. Su determinación entraña una serie inagotable de aporías y responsabilidades para el jurista, siendo por ello muestra evidente de la dignidad de su quehacer.

4.2. Derecho natural y Metodología de la interpretación y aplicación del Derecho

En segundo lugar la doctrina iusnaturalista lleva implícito el reconocimiento de la dimensión esencialmente humana –y como tal ética– de la actividad encaminada a interpretar y aplicar el Derecho.

En fecha relativamente reciente, Herbert Hart⁽²⁰⁾, recurriendo a una sutil explicación, ha pretendido actualizar la tesis positivista de la separación entre moral y Derecho. Según este autor, deben distinguirse: los juicios de validez jurídica, que comportan un punto de vista interno y suponen el reconocimiento de que una norma se halla de acuerdo con las condiciones exigidas para ser tal por las normas fundamentales de un determinado sistema jurídico; de los juicios de legitimidad jurídica, que implican una postura crítica sin asumir el sistema y en base a criterios extrajurídicos, sobre el mérito de la norma y la conveniencia de obedecerla. Teóricamente la separación entre moral y Derecho evita –a juicio de Hart– cualquier mixtificación entre ambos sistemas normativos de la conducta humana, al hacer independiente la idea del Derecho de cualquier atributo de valor en sí misma.

Esta distinción, cuyas raíces tomasianas y kantianas son evidentes, es, pese a lo sugestivo de su forma, muy discutible. Como ha puesto de relieve el P. Lener, debe rechazarse categóricamente toda posibilidad de separar la moral y el Derecho, ya que tal escisión repugnaría a la unidad de la conciencia⁽²¹⁾. En base a esta necesidad de coherencia interna del jurista afirmaba

⁽²⁰⁾ *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, *vide* especialmente capítulos VIII y IX, pp. 151 ss.

⁽²¹⁾ «Cattolici giuristi o giuristi cattolici?», en el vol. *Diritto naturale vigente*, cit., pp. 37-50. Para crítica expresa de la posición de Hart, *vide* L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University, New Haven & London, 1964. La polémica entre estos autores se había iniciado con la publicación por parte de Hart de un artículo sobre «Positivism and the separation of law and morals», en HLR, 1958, pp. 593-629, al que siguió el trabajo de Fuller, «Positivism and fidelity to law—a reply to Professor Hart», en HLR, 1958, pp. 630-672.

Di Piazza que el acto con el que un jurista teórico desconoce una o más normas positivas como normas jurídicas, es un acto propio de su calidad de jurista. Es propio de cada estudioso –dice Di Piazza– la determinación del objeto de su propia ciencia, y, por ello, la exclusión de los elementos extraños a su propio campo de observación y experimentación⁽²²⁾.

El reconocimiento de estos factores extra-normativos que determinan el alcance de la interpretación y aplicación de la norma no debe entenderse como una mixtificación, sino que responde a una actitud estrictamente científica. Esa actitud se halla en perfecta consonancia con la dimensión metodológica iusnaturalista proyectada hacia una interpretación general del fenómeno jurídico. Se superan, de este modo, los arbitrarios compartimentos estancos y los infundados aislacionismos del *approach* metodológico iuspositivista. El Derecho natural se presenta como una completa *Weltanschauung* jurídica que supone: de un lado, el punto de engarce y articulación entre el orden moral y el jurídico, y de otro, un acabado orden de la sociedad, orden social que en la feliz expresión de Frosini es «*struttura di società aperta*»⁽²³⁾.

5. DERECHO NATURAL E IDEOLOGÍA

En el párrafo anterior, al aludir a las repercusiones del iusnaturalismo en orden a una determinada concepción de la sociedad, rebasábamos los dominios de la metodología para adentrarnos en el terreno ideológico. Es precisamente en este sector donde la antítesis iusnaturalismo-positivismo jurídico alcanza su punto álgido.

En este campo es notorio cómo la tradición del Derecho natural postula el principio de la resistencia frente a la norma injusta, que acarrea el incumplimiento de los mandatos en ella contenidos. El positivismo jurídico, por el contrario, exige el acatamiento incondicionado del Derecho positivo en cuanto tal, aunque deja abierta la posibilidad de una resistencia basada en motivaciones de orden ético o político, pero irrelevantes desde el punto de vista del Derecho. A juicio de los positivistas esta actitud puede

(22) «Punti conclusivi sul ‘problema fondamentale’», en el vol. *Diritto naturale vigente*, cit., p. 144.

(23) *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 132.

proporcionar la base para una vigorosa resistencia moral contra el derecho injusto. A juicio de estos autores, y como ya se ha expuesto de Hart, cuando se traza una fractura insalvable entre la moral y el Derecho, se consigue que este último, privado de cualquier atributo de intrínseca bondad, pueda venir considerado desde una perspectiva crítica. Creo que existen poderosas razones para no aceptar esta tesis, e inclinarse también en el terreno ideológico por la posición iusnaturalista. Entre los argumentos que pueden abonar tal opción pueden apuntarse los siguientes:

- El positivismo jurídico al abstraer del ámbito del Derecho la posibilidad de una oposición a la norma inicua debilita el alcance de la misma reduciéndola inevitablemente a un fenómeno de mera fuerza.
- La negación de la función ideológica iusnaturalista lleva aparejado el privar a la teoría de los derechos humanos de su entronque histórico doctrinal en las exigencias ineludibles de la experiencia jurídica.
- El reconocimiento que en la actualidad ha alcanzado la función histórica del Derecho natural, reside, en gran parte, en la relevancia de su dimensión ideológica como cortapisa a las posibles degeneraciones del poder.

En las líneas que se siguen se tratará de esbozar una justificación de estas afirmaciones.

5.1. Derecho natural y Derecho de resistencia

Respecto a la primera consideración conviene poner de manifiesto que el término «derecho» lleva implícita una carga emocional de mayor alcance que la expresada por los vocablos «costumbre» o «moralidad social». Diciendo que una norma es jurídica se suscita entre sus destinatarios un sentimiento sobre la necesidad de su obediencia y sobre su obligatoriedad, mayor del que revestiría caso de considerarla como consuetudinaria. Ello se debe a que en nuestra cultura jurídica palabras como *Jus*, *Recht*, *diritto*, *droit*, *direito*, *dret*, *derecho*... evocan desde su propia dimensión etimológica los presupuestos iusnaturalistas en que secularmente se asentaron. La pretensión del positivismo de privar a la noción del Derecho de cualquier atributo de rectitud se enfrenta con el peso de toda una tradición

cultural y es incluso contraria a las exigencias de la praxis jurídica. Así se desprende de un interesante trabajo de Glanville L. Williams sobre *The Controversy Concerning the Word «Law»*⁽²⁴⁾, realizado desde el prisma del positivismo epistemológico. Williams, tras señalar que la polémica en torno a la noción del Derecho se reduce a una cuestión puramente verbal y que el modo más adecuado de enfocarla es dejar de argumentar sobre ella⁽²⁵⁾, llega a una conclusión que contradice sus propias premisas. En efecto, este autor afirma que si el término «Derecho internacional» fuese sustituido en el lenguaje común por la nomenclatura «costumbre internacional», las reglas internacionales podrían perder parte del respeto y de la obligatoriedad que de ellas se derivan por el hecho de ser consideradas jurídicas⁽²⁶⁾.

Situar el planteamiento de la oposición al derecho injusto al margen de los cauces de la juridicidad significa privar a la facultad inherente a todo ser humano de oponer resistencia a la opresión, de gran parte de su posible eficacia. El Derecho natural, sin embargo, no se contenta con ofrecer un cauce jurídico verdadero y eficaz para oponer al *Gesetzliches Unrecht* un *übergesetzliches Recht*, por decirlo con la conocida expresión de Radbruch⁽²⁷⁾, sino que supone a la vez una acabada formulación sobre el modo y alcance que la resistencia va a revestir.

El reconocimiento del Derecho a la *civil disobedience* constituye uno de los más antiguos y consagrados elementos de nuestra civilización. Esta teoría ha supuesto siempre unas garantías en cuanto a las circunstancias que iban a justificar la resistencia y los medios a emplear para realizarla. La doctrina del Derecho natural de resistencia es a la vez que una teoría de las causas y fines, una formulación de los métodos susceptibles de hacer legítima la desobediencia. Insistir sobre este punto resulta especialmente apropiado en nuestra época, en la que, en tantas ocasiones, se pretende fundar en un querer arbitrario y no en el imperativo ético de la razón el *leitmotiv* de la resistencia. Un ejemplo muy actual de cuanto aquí decimos nos ofrece la

(24) En ARSP, 1949-50, pp. 50-75.

(25) Op. cit., pp. 70-72.

(26) Op. cit., p. 73.

(27) Este era el título de un conocido trabajo publicado por Radbruch en SJZ, 1946, pp. 105 ss.

temática de los coloquios mantenidos en Berlín en julio de 1967 entre Herbert Marcuse, algunos profesores de la Freie Universität y un grupo de estudiantes. En esta discusión Marcuse pretendió concretar el alcance de su apelación a un Derecho natural de resistencia contenida en un trabajo anterior sobre la tolerancia represiva⁽²⁸⁾.

Los presupuestos del iusnaturalismo marcusiano podrían ser objeto de una amplia discusión crítica, tarea que rebasa el objeto de este trabajo⁽²⁹⁾. Baste aquí reseñar cómo dicho planteamiento hizo surgir en el curso del debate berlinés dos actitudes bien diferenciadas en lo que respecta al problema de la violencia en la oposición. Representaban la primera quienes implícita o explícitamente y desde perspectivas muy diversas aceptaban, en principio, la tesis iusnaturalista de la resistencia aludida por Marcuse; la segunda venía representada por quienes descartaban *a limine* cualquier tentativa de someter la acción revolucionaria a juicios de legitimidad.

En los exponentes de la primera postura se refleja siempre la necesidad de circunscribir el empleo de la violencia, que una actitud de resistencia al ordenamiento jurídico positivo puede implicar, a determinadas garantías. Esta inquietud se hace patente en las intervenciones del profesor Löwenthal, quien, tras patentizar su acuerdo con Marcuse en cuanto al reconocimiento de un Derecho natural de resistencia, afirma: «querría poner en guardia contra la equiparación de la resistencia contra opresión ilegal con la utilización de la violencia por minorías, sólo porque creen que no pueden salir de la posición minoritaria. Hay una gran diferencia entre esas dos cosas, y digo precisamente que en la tesis de que la sociedad está tan

(28) Publicado en el vol. de R. P. Wolff, B. Moore Jr. y H. Marcuse, *A critique of Pure Tolerance*, Beacon Press, Boston, 1965, pp. 81 ss y esp. 116-7.

(29) Sobre el pensamiento de Marcuse, vid. el vol. col. de A. Schmidt, W. F. Haug, C. Offe, J. Bergmann, H. Berndt, R. Reiche, P. Breines, *Antworten auf Herbert Marcuse*, con introducción de J. Habermas, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1968; V. Mathieu, «Il «vecchio» rivoluzionario Marcuse tra i «giovani» rivoluzionari berlinesi», en *Il Mulino* (Rivista mensile di cultura e di politica), 1969, núm. 196, pp. 128-138; P. J. Riga, «Herbert Marcuse et la critique sociale», en *JdM*, 1970, pp. 348-369; N. M. López Calera, «Filosofía de la negación y crítica social en Herbert Marcuse», en *REP*, 1969, núm. 167, pp. 69-101; E. Serrano Villafañé, «A propósito de Marcuse», en *REP*, 1970, núm. 174, pp. 113-144.

totalmente manipulada que, a pesar de todos los derechos democráticos, uno estará siempre en minoría, se tiene el peligro de justificar la acción violenta de la minoría contra la mayoría»⁽³⁰⁾.

Desde otro ángulo de enfoque se hallan presentes también estas inquietudes en el pensamiento del profesor Schwan cuando señala que las transformaciones revolucionarias no pueden justificarse más que atendiendo a su concreción. «De no ser así –nos dice–, la supraordenación de una supuesta verdad objetiva no demostrable a la libertad de la autodeterminación subjetiva es puro orgullo intelectual. Aquí está en obra un voluntarismo intelectual, una recaída en la forma más especulativa de metafísica»⁽³¹⁾.

El propio Marcuse puso buen cuidado en concretar el orden de fines y el modo de ejercicio de su Derecho natural de resistencia. A su juicio la cuestión de si quienes apelan al derecho de resistencia producen por sí mismos el principio que fundamenta su resistencia al Derecho vigente, plantea un interesante problema. Este se refiere a si la apelación al derecho de resistencia no constituye la relativa apelación al interés de un grupo determinado. Marcuse se apresura a manifestar que ese no es el sentido que históricamente ha asumido la doctrina del derecho de resistencia. «La doctrina del derecho de resistencia –son palabras de Marcuse– ha afirmado siempre que la apelación a un derecho superior que tiene validez universal, o sea, que rebasa el derecho y el privilegio autodefinido de cualquier grupo determinado. Y, sin duda, hay una estrecha vinculación entre el derecho de resistencia y el Derecho natural. Dirán ustedes: lo que pasa es que ese supuesto derecho universal superior no existe. Yo creo que existe»⁽³²⁾. Para Marcuse el derecho de resistencia, si pretende alcanzar una relevancia práctica, no puede desvincularse de aquella serie de exigencias permanentes y universales que constituían el núcleo del acervo doctrinal iusnaturalista. «Cuando apelamos al derecho de la humanidad a la paz, al derecho de la humanidad a suprimir la explotación y la opresión, no se trata de intereses especiales y autodefinidos de grupo, sino de intereses, realmente, que son demostrables como derecho universal. Por eso podemos apelar también

⁽³⁰⁾ *El final de la utopía*, trad. cast. de M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1968, p. 124.

⁽³¹⁾ La tesis de Marcuse y de Schwan son muy interesantes para el tema aquí abordado.

⁽³²⁾ Op. ult. cit., p. 90.

hoy al derecho de resistencia como a un derecho no meramente relativo, y deberíamos hacerlo»⁽³³⁾.

La tesis contraria fue sustentada, entre otros, por el profesor Claessens, para quien los postulados de Marcuse conducen a una razón transformadora distinta de la praxis revolucionaria. La discusión sobre si, en términos democráticos, la minoría está legitimada para imponer sus criterios a la mayoría, conduce a mantener los términos del debate dentro del sistema, y no fuera de él, sede que corresponde a un verdadero planteamiento revolucionario. En el pensamiento de Claessens la ley de la razón cede ante una voluntad revolucionaria situada más allá de cualquier tipo de justificación. «Nos encontramos –afirma– en una cultura con un determinado pasado represivo; somos una minoría progresiva; para que no se apague o se seque todo el impulso que queda, se trata de llegar a medidas muy concretas que alimenten esos impulsos, los mantengan y, si es posible, los intensifiquen por todas partes»⁽³⁴⁾.

Todavía parece más significativa, dentro de este segundo planteamiento, la respuesta que a la cuestión insistentemente planteada a lo largo de las intervenciones sobre los fines perseguidos con la postura destructiva y sus consecuencias, formuló la joven asistente Marguerita von Brentano, citando un poema de Brecht: «Ardía la casa. Uno me preguntó, cuando ya las llamas le chamuscaban las cejas, que cómo estaba fuera, si por ventura no llovía ni hacía demasiado viento, y si había fuera otra casa, y así algunas cosas más. Sin contestarle, volví a salir»⁽³⁵⁾.

En las convulsiones político-sociales de la hora presente el Derecho natural viene a recordarnos la exigencia de someter nuestras acciones a unos límites de forma y contenido, que determinaran su legitimidad. El iusnaturalismo de toda época, sustentado en ocasiones desde posiciones

⁽³³⁾ Op. ult. cit., pp. 90-91. La cultura contemporánea ofrece rasgos tan paradójicos como este reverdecimiento de aquella «vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna...» ciceroniana (*De re publica*, III, 22), expresión de la universalidad objetiva iusnaturalista, por obra de quien, como Marcuse, ha sido presentado como destructor de cualquier tipo de ligazón con la tradición doctrinal del pasado.

⁽³⁴⁾ Op. ult. cit., p. 130.

⁽³⁵⁾ Op. ult. cit., p. 144.

filosóficas tan alejadas de la *philosophia perennis* como algunas de las aquí reseñadas, nos ha revelado la inescindible correlación entre medios y fines como presupuesto para la resistencia. La legitimidad de los fines se cifrará en su intrínseca racionalidad y en su aptitud para subordinar a las exigencias del bien común los caprichos del egoísmo. Pero como puede ocurrir que ciertas manifestaciones de nuestra libertad sean, en términos kantianos, incompatibles con la libertad de los demás, porque los medios para su logro resulten inconciliables con la forma universal de una ley, nos hace presente el Derecho natural que los medios se hallan inspirados y condicionados por el fin que persiguen. Los métodos encaminados a poner en obra el Derecho natural de resistencia son ya de por sí fines, de tal forma que la alteración de aquéllos implica la disolución de éstos.

5.2. Derecho natural y derechos humanos

La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal —nos dice Battaglia— no puede escindirse de la postulación de un Derecho natural; esto es distinto del positivo; preliminar y fundamental respecto a éste⁽³⁶⁾. En efecto, decir que existe un Derecho natural que obliga a todos los hombres, comporta situar al hombre; a cada hombre, como término de referencia y medida —homo mensura— de cualquier valor que el derecho suponga. Ello resulta de considerar al hombre en toda la dignidad que como ser racional y libre le corresponde.

La tradición iusnaturalista ha supuesto siempre junto a una teoría de la Ley natural, una teoría de los Derechos naturales⁽³⁷⁾ que la concreción histórica de la Ley natural hacía necesaria como respuesta a las situaciones dadas. Esta función humanista del Derecho natural ha encontrado amplia repercusión en numerosas publicaciones de la postguerra, y constituye uno

⁽³⁶⁾ «Dichiarazioni dei diritti», en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 409; vid., también de este autor «La protezione internazionale dei diritto dell'uomo», en el vol. *Nuovi scritti di teoria dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 215-231.

⁽³⁷⁾ Cfr. F. Puy, *Lecciones de Derecho natural. Introducción a la Ciencia del Derecho natural*, Porto, Santiago de Compostela, 2ª. ed., 1970, pp. 373 ss.; A. Auer, «Der Mensch und das Recht», en el vol. *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (Hrg. v. Maihofer), cit., pp. 480 ss.

de los motivos que con mayor peso aconsejan el mantenimiento del iusnaturalismo.

No ha faltado, sin embargo, quien pusiera en tela de juicio el significado de esta aportación iusnaturalista. Quizá el trabajo de mayor rigor al respecto sea el realizado por Norberto Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*⁽³⁸⁾. Para Bobbio el problema de encontrar un fundamento absoluto a los Derechos del hombre responde a una doble ilusión iusnaturalista: *a)* que los valores últimos son demostrables racionalmente; esto es, susceptibles de ser reconocidos como necesidades inconfutables y absolutas; *b)* que es preciso demostrarlos para conseguir, con la mayor rapidez y eficacia su reconocimiento y actuación. El primer dogma asegura la capacidad de la razón; el segundo, su primacía⁽³⁹⁾. Ahora bien, a juicio de Bobbio la imposibilidad de definir los Derechos del hombre, su variabilidad y su heterogeneidad se oponen a su pretendida demostración racionalista. Por otra parte, la observación de que los Derechos humanos no hayan sido más respetados en las épocas en las que existía sobre su fundamento un acuerdo unánime, y el comprobar que pese a la crisis de fundamentos de estos decenios la mayoría de los gobiernos han proclamado de común acuerdo una Declaración Universal de los Derechos Humanos le llevan a concluir que: «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli»⁽⁴⁰⁾.

Existen poderosos motivos para disentir de esta interpretación. Contradice la primera objeción de Bobbio la propia estructura de la praxis jurídica. En efecto, la tendencia hacia el reconocimiento de unos valores últimos, fundamento del orden jurídico y accesibles al entendimiento humano, está siendo afirmada desde las perspectivas intelectuales más distantes; lo mismo en el ámbito de la filosofía política, como se puso de relieve en el párrafo anterior, que en terrenos anteriormente tan lejanos a estas inquietudes como el de la lógica jurídica. Uno de los más genuinos exponentes de esta última, G. Kalinowsky, afirma que si se desea evitar el impasse que representa una teoría de la justificación moral y jurídica no cognoscitiva;

⁽³⁸⁾ En RIFD, 1965, pp. 301-309.

⁽³⁹⁾ Op. ult. cit., p. 308.

⁽⁴⁰⁾ Op. ult. cit., p. 309.

esto es, voluntarista o emocional, es preciso admitir la justificación racional de las normas primeras por su propia evidencia. Estas normas poseen los atributos de realidad, objetividad y universalidad y sólo mediante ellas se explica de forma satisfactoria la aspiración real, objetiva y universal de la humanidad hacia la paz, la justicia y la fraternidad no desmentida por los supuestos de guerra, ya que el hombre distingue moral y jurídicamente lo bueno de lo malo como en Biología la salud de la enfermedad⁽⁴¹⁾.

Tampoco la segunda objeción de Bobbio parece inconfutable. Dejando a un lado su afirmación, no desarrollada, sobre la presunta irrelevancia práctica en orden a una mejor garantía de los Derechos humanos del acuerdo previo sobre su fundamentación, tesis frente a la que se alzan sólidas interpretaciones basadas en la experiencia histórica⁽⁴²⁾. Lo que sí interesa aquí es poner de relieve que el iusnaturalismo no ha pretendido nunca, tal como se sigue de la interpretación de Bobbio, equiparar las nociones de razón y realidad según el conocido binomio de Hegel⁽⁴³⁾. El iusnaturalismo no entraña la ilusoria creencia de que basta el reconocimiento de un valor para que éste se realice de inmediato. Su función histórica ha sido más modesta, aunque no menos importante; ya que lo que los defensores del Derecho natural de todo tiempo mantuvieron fue la imposibilidad de hacer efecti-

(41) «Note sur le rapport entre le fait et le droit», en RIFD, 1969, pp. 411-422, vid. esp., pp. 421-422.

(42) Así, F. Battaglia, *Dichiarazioni dei diritti*, cit., pp. 409 ss.; N. Matteucci, «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en RTDPC, 1963, pp. 985 ss.; G. Fassò, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 1964, capítulos V-VIII; J. Messner, *Das Naturrechts Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Tyrolia, Innsbruck-Wien-München, 4ª. ed., 1960, pp. 36 ss. y 268 ss.; A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie: Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, Springer, Wien, 2ª. ed., 1963, esp. pp. 257 ss.; G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968; E. Luño Peña, *Derecho natural*, cit., pp. 379 ss.; F. Puy, *Lecciones de Derecho natural*, citado, pp. 373 ss.; A. Truyol Serra, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968; J. A. González Casanova, «Las Declaraciones de derechos Humanos y la Encíclica 'Pacem in Terris'», en AFD, 1963, pp. 201 ss.; «Los Derechos humanos», Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968.

(43) En la *Vorrede de su Grundlinien der Philosophie des Rechts*, escribió Hegel: «Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig». Cito de la ed. de Löwith y Riedel, *Hegel Studienausgabe*, Vol. II, Fischer Bücherei, Frankfurt a. M., 1968, p. 39.

vos los Derechos del hombre sin su previa justificación. En contra del parecer de Bobbio en lo que respecta a que el verdadero problema no reside en justificar estos derechos, sino en protegerlos, cabe argumentar que los mismos son objeto de protección en cuanto contribuyen a la justificación del poder político. En otras palabras, la experiencia histórica nos enseña –y la Declaración del 48 es fiel ejemplo– que no hay protección de los Derechos humanos a la que no anteceda la exigencia racionalmente inferida e históricamente desarrollada de asignar al hombre aquellas garantías que por su naturaleza irrenunciablemente le corresponden.

Una última consideración de carácter metodológico aconseja no segregarse la doctrina de los Derechos naturales de sus raíces iusnaturalistas. No puede, en efecto, olvidarse arbitrariamente cuando se está tratando de conceptos que se hallan en el nudo de una larga tradición cultural, el clima en que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento. En el ámbito del Derecho romano, sostenía De Francisci, que cualquier reconstrucción histórica de tal sistema jurídico debía realizarse no tan sólo sobre la base de normas y principios, sino que, de un modo especial, debía emprenderse sobre el modo en que tales normas y principios fueron concebidos, sentidos y elaborados en su tiempo⁽⁴⁴⁾. De igual modo, un estudio consciente de los Derechos humanos tiene forzosamente que preguntarse, si no pretende adolecer del más craso ahistoricismo, por el cómo surgieron, se entendieron y fueron elaborados doctrinalmente sus principios constitutivos; *tout court* tiene que desarrollarse en el marco de la teoría iusnaturalista.

5.3. Derecho natural e historia

Hablar de una función histórica del iusnaturalismo nos conduce a plantearnos una triple interrogación:

- En primer lugar, exige que nos preguntemos si la idea de «función histórica» no se halla en abierta oposición con unos preceptos que como los del Derecho natural se presentan como un orden universal, absoluto e inmutable;

⁽⁴⁴⁾ Questioni di metodo en *Studi in onore di S. Riccobono*, Arti grafiche G. Castiglia, Palermo, 1936, esp. pp. 9 ss.

- Preciso es también que nos planteemos, supuesto que esa función histórica iusnaturalista sea posible, si la misma puede concebirse como ideológica;
- Por último, convendrá delimitar, aunque sea sólo a grandes rasgos, el alcance de la dimensión práctica del pensamiento iusnaturalista.

5.3.1. Posibilidad de una función histórica iusnaturalista

La primera de estas cuestiones ha servido de punto de partida a una interesantísima bibliografía⁽⁴⁵⁾ que en fecha reciente se ha dirigido a poner de manifiesto la insuficiencia de muchas críticas y lugares comunes en torno al pretendido antihistoricismo de la tradición iusnaturalista. La hora presente ha servido para desvanecer el, en apariencia, irreductible antago-

⁽⁴⁵⁾ Vid., por ejemplo, obras de: G. Stadtmüller, *Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung*, Bitter, Recklinghausen, 1948; H. Mitteis, «Natur und Geschichte im Recht», en el vol. *Die Rechtsidee in der Geschichte*, cit., pp. 524 ss.; Th Würtenberger, «Naturrecht und Geschichte bei Josef Görres», en el vol. *Festschrift f. W. Sauer*, cit., pp. 279 ss.; H. Kuhn, «Naturrecht und Historismus», en *ZfP*, 1956, pp. 289 ss.; A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Mohr, Tübingen, 1957; «Diritto naturale e storicità», en *Jus*, 1959, pp. 178 ss.; J.M. van der Ven, *Grundrechte und Geschichtlichkeit*, Elwert, Marburg, 1960; J. Fuchs, voz *Naturrecht*, en *Staatslexikon*, Herder, Breibur i. B., 1960, pp. 953 ss.; K. Dörner, «Natur, Geschichte und Entfremdung bei Arnold Gehlen», en *ARSP*, 1965, pp. 109 ss.; G. Küchenhoff, «Geschichtlichkeit des Rechts oder Naturrecht? Geschichtlichkeit der Gesetze und Recht aus der Natur des Menschen», en *Speculum Historiale*, 1965, pp. 395 ss.; L. Strauss, «Natural Right and the Historical Approach», en *RoP*, 1950, pp. 422 ss.; *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago, 1953; B. Paradisi, «Le dogme et l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique», en *APD*, 1959, pp. 23 ss.; G. del Vecchio, «Mutabilità ed eternità del diritto», en *Jus*, 1954, fascículo V, pp. 1 ss., traducido al castellano en *AFD*, 1955, pp. 1 ss.; A. Bausola, «Diritto naturale e storia», en *Jus*, 1957, pp. 131 ss.; G. Ambrosetti, *Razionalità e storicità del diritto*, Giuffrè, Milano, 1953; G. Fassò, «Diritto naturale e storicismo», en *Il Mulino*, 1958, pp. 239 ss.; R. Pizzorni, «Giustizia storica, coscienza storica e diritto naturale», en *RIFD*, 1964, pp. 270 ss.; J. M. Díez Alegría, *Ética, Derecho e Historia. El tema iusnaturalista en la problemática contemporánea*, Ed. Razón y Fe, Madrid, 2ª. ed., 1963; J. Delgado Pinto, «Derecho. Historia. Derecho natural. Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho natural y la historicidad de los Ordenes jurídicos», en *ACFS*, 1964, fas. 2, pp. 73 ss.; F. González Vicen, Introducción de la obra de Bachofen, *El Derecho natural y el Derecho histórico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; C. Antoni, «Zur Auseinandersetzung zwischen Naturrecht und Historismus», en *Schweiz. Monatshefte*, 37, 1957-58, pp. 1.027-1.039.

nismo que enfrentaba a iusnaturalistas e historicistas: al renunciar los primeros a la pretensión de formular un sistema de normas al margen de la Historia, y reconocer los segundos la necesidad de no reducir todos los valores al devenir incensante de los tiempos⁽⁴⁶⁾.

El Derecho natural perfecto, absoluto, inmutable, ajeno a la Historia, y por ello al hombre es precisamente «l'ídolo che non dobbiamo adorare», en la acertada expresión de Carnelutti⁽⁴⁷⁾. No debe, por extrañarnos el que una de las voces más autorizadas del moderno iusnaturalismo católico, la del jesuita P. Lener, afirme que el verdadero problema no reside en preguntarse si determinados contenidos históricos o empíricos del principio de justicia son absolutamente inmutables, lo que no tiene sentido; sino, por el contrario, debemos inquirir si los particulares contenidos de tal principio son absolutamente mudables⁽⁴⁸⁾.

«El Derecho natural —escribe Delgado Pinto— se da y se pone en la historia, es decir, también en el seno de ese conjunto de preceptos que lo constituyen se da un proceso y un despliegue históricos, ya que estos preceptos en cuanto efectiva e inmediatamente válidos y vinculados han de aparecer y manifestarse en cada caso dentro del orden jurídico propio de cada comunidad social histórica»⁽⁴⁹⁾. Mientras que para Arthur Kaufmann es la propia historicidad del Derecho la que significa una apertura al Derecho natural, en cuanto éste conduce a la concreción del Derecho históricamente justo⁽⁵⁰⁾.

El profundo sentido histórico del iusnaturalismo de nuestros días no representa sino una vuelta a las fuentes doctrinales de la tradición clásica del Derecho natural, a la que nunca fueron ajenos los elementos de concreción destinados a imprimir en la casuística existencial el espíritu de los primeros principios⁽⁵¹⁾.

(46) Cfr. G. Fassò, *Il diritto naturale*, RAI, Torino, 1964, pp. 79-88.

(47) «L'antinomia del diritto naturale», en RDP, 1959, p. 524.

(48) «Stato di diritto e giustizia sociale», en *La civiltà cattolica*, 1963, fascículo II, pp. 144-156 y 326-339.

(49) *Derecho. Historia. Derecho natural*, cit., p. 172.

(50) *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, cit., esp. pp. 25 ss.

(51) F. Elías de Tejada ha puesto de relieve cómo en el seno del iusnaturalismo hay que distinguir dos corrientes históricas: «el jusnaturalismo español aferrado a la

5.3.2. Sentido en que cabe calificar de «ideológica» la función histórica del Derecho natural

Resuelta en sentido favorable la posibilidad de una función histórica iusnaturalista, cabe preguntarse si tal función puede concebirse como ideológica. Es más, el hecho de que nos estemos refiriendo aquí a una dimensión ideológica del Derecho natural pudiera abonar la creencia de que la doctrina iusnaturalista es pura ideología. Ahora bien, son cosas distintas afirmar que el iusnaturalismo posee una dimensión ideológica con lo que hacemos referencia a su eficacia práctica en su proyección sociopolítica, que sostener que el acervo doctrinal iusnaturalista se reduce a ideología. El adjetivo «ideológico», en el sentido con que aquí empleamos el término, se predica hoy lo mismo de las instituciones, que de las ramas del saber; se aplica de igual forma a las manifestaciones filosóficas que a algunas de las que se desprenden de las ciencias. Sin embargo, el término «ideología» en el campo de las ciencias sociales suele utilizarse en un sentido marcadamente peyorativo que arranca de la filosofía marxista. En Marx la ideología venía considerada como todo sistema de pensamiento colectivo emanado de la aceptación de determinados intereses o situaciones sociales⁽⁵²⁾. Mannheim distingue, a su vez, una acepción particular y una acepción global del término. Con la primera se denota aquella parte de los asertos del adversario que refleja su interés o fin inmediato deformando para ello la realidad. Tales deformaciones se manifiestan de cualquier modo, ya sea bajo forma de falacias conscientes o semiconscientes, ya de engaños deliberados o autoilusiones. La concepción global de la ideología comprende la entera Weltanschauung del opositor, y muestra cómo no tan sólo el contenido de su pensamiento, sino también su entero aparato conceptual, se halla en función de la pertenen-

historia y a la idea del hombre como ser isidorianamente concreto, y el jusnaturalismo protestante... despectivo para la concreción de la realidad histórica, orgulloso para con criterios de pura razón abstracta dictar... normas válidas con validez universal para todos los tiempos, gentes y lugares, precisamente porque no tiene en cuenta ni los tiempos, ni los lugares, ni las gentes». «Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el Derecho natural hispánico», en RGLJ, 1962, p. 9.

(52) Cfr. K. Mannheim, *Ideología e utopia*, trad. it. de A. Santucci, Il Mulino, Bologna, 1957, pp. 124 ss.; J. Habermas, *Theorie und Praxis*, Luchterhand, Neuwied, 1963, pp. 231 ss.

cia a una época, contexto social o clase, a las que atribuimos determinadas características o una cierta unidad estructural⁽⁵³⁾.

Frente a estas acepciones peyorativas de la noción de ideología todas las cuales presentan la nota común de mostrar como verdad objetiva y absoluta lo que es mero interés práctico, recientemente otros autores se han referido a una noción positiva de la ideología. Así lo han hecho, por ejemplo, los iusfilósofos Werner Maihofer y Luigi Bagolini. El primero distingue una noción negativa de la ideología que, siguiendo a Mannheim, se cifra en un conocimiento social deformado en cuanto no refleja el ser real de la sociedad. pero junto a este sentido cabe distinguir, según Maihofer, una versión positiva (o, mejor, neutra a los valores) del término, entendido como un conocimiento que no se propone un análisis de la experiencia individual, sino que halla su apoyo en un análisis de los fenómenos y situaciones de la existencia colectiva⁽⁵⁴⁾.

Más precisa es la formulación de Bagolini, quien entiende la ideología en sentido positivo como una concepción vital orientada hacia la realización de intereses y fines que se consideran fundamentales en relación con las circunstancias en que se formulan⁽⁵⁵⁾.

Junto a a la teoría de la ideología Mannheim desarrolló una teoría de la utopía. Una mentalidad es utópica, a juicio de Mannheim, cuando contradice la realidad presente. Utópicas son aquellas construcciones teóricas que traducidas a la práctica conducirían, total o parcialmente, a romper el orden establecido⁽⁵⁶⁾.

Hechas estas precisiones, podemos iniciar una exposición de las posibles relaciones que entre las nociones de ideología y utopía y el Derecho natural pueden establecerse.

Para Kelsen, que circunscribe la noción de la ideología a su versión peyorativa, el Derecho natural se reduce a ideología en cuanto no representa otra cosa que un autoengaño⁽⁵⁷⁾. También August M. Knoll considera

(53) *Ideologia e utopia*, cit., pp. 56 ss.

(54) *Ideologie und Recht*, cit., pp. 18-21.

(55) *Mito, potere e dialogo*, Il Mulino, Bologna, 1967, pp. 61 ss.

(56) *Ideologia e utopia*, cit., pp. 194 ss.

(57) *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 2ª. ed., 1961, pp. 9 ss. y 416 ss.

la tradición escolástica iusnaturalista como una superestructura ideológica justificadora del inmovilismo social⁽⁵⁸⁾.

Maihofer, pese a que, como hemos visto, distingue una acepción positiva del término ideología, prefiere inclinarse por la noción de utopía para significar con ella la función renovadora y constructiva de la dimensión práctica del pensamiento iusnaturalista. Mientras reserva la noción de ideología, acogida sólo en su sentido peyorativo, para englobar bajo su epígrafe a todas aquellas doctrinas que al amparo del Derecho natural pretendieron dar una imagen falsa de la realidad social. Partiendo de estas acepciones, Maihofer concluye con una rotunda afirmación de la dimensión utópica del pensamiento iusnaturalista, sin la cual el Derecho se convertiría en un instrumento de mera conservación del orden establecido, y como contrapartida con una no menos rotunda recusación del Derecho natural entendido como ideología. Así, afirma: «Aus alledem argibt sich für uns mit dem unbedingten Nein zum Naturrecht als Ideologie zugleich ein ebenso unbedingtes Ja zum Naturrecht als Utopie, ohne die alles Recht in die Gefahr geraten müsste, sich in der Erhaltung des Bestehenden und Herrschenden zu verlieren und zu erschöpfen»⁽⁵⁹⁾.

Es evidente que si tomamos el término ideología en su acepción peyorativa, no podemos integrar en él al conjunto de la multiseccular tradición iusnaturalista; antes bien, hay que afirmar con Truyol y Serra que la presencia de determinados elementos ideológicos en la historia del Derecho natural no justifica la tesis de quienes pretenden relegarla, en su totalidad, a ideología: «de que las teorías iusnaturalistas sean simples superestructuras elaboradas bajo el imperativo del inconsciente colectivo de determinados

⁽⁵⁸⁾ *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht*, Luchterhand, Neuwied und Berlin, 2ª. ed., 1968. A. Verdross criticó este planteamiento en su trabajo «Der Einfluss der Naturrechtslehre auf Theorie und Praxis der internationalen Beziehungen», en el vol. *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Hrsg. v. F. M. Schmölz, Springer, Wien, 1963, p. 114.

⁽⁵⁹⁾ «Ideologie und Naturrecht», en el vol. *Ideologie und Recht*, cit., p. 146. Maihofer, glosando una frase de Gottfried Keller —«Das Recht ist eigentlich nichts als Kritik»—, afirma: «das aber heisst für uns: nichts als «Sozialkritik und Ideologiekritik aus dem kritischen Horizont einer konkreten und produktiven Utopie: des Naturrechts'», ibidem.

grupos para legitimar o desvalorizar intelectualmente ordenamientos económico-sociales favorables o desfavorables a sus intereses»⁽⁶⁰⁾.

Distinta es la conclusión a que se llega si se acepta la noción de ideología en sentido positivo propuesta por Bagolini y que hoy se abre paso en algunos estudios jurídicos y políticos⁽⁶¹⁾. En esta acepción la ideología se encarna en una Weltanschauung orientada hacia la consecución de fines que se reputan fundamentales en determinadas circunstancias históricas. Nada impide que tales propósitos se integren en la función histórica del Derecho natural, aunque el pensamiento iusnaturalista no se confunde con la noción de ideología, bien que ésta se tome en la acepción positiva aquí reseñada. La característica principal de cualquier tipo de pensamiento ideológico es la imposibilidad de su verificación empírica como verdadero o falso al no poder reducirse a proposiciones que describan la realidad. La función del pensamiento ideológico es directiva o persuasiva, se dirige a convencer y a influir en el comportamiento de sus destinatarios, lo cual no supone que deba ser arbitrario e incondicionado⁽⁶²⁾. En este sentido el iusnaturalismo se presenta como un elemento verificador, y como tal superior al nivel de las ideologías. El Derecho natural se nos muestra como la criba de todas las ideologías político-sociales, aceptables todas ellas en cuanto que los fines que se propongan observen los límites impuestos por la razón jurídica natural. De esta forma, el iusnaturalismo halla en las raíces de su propia función histórica el elemento dinámico de su dimensión científica y, por ello, supraideológica. Este carácter nace de la verificación del dato del que parte toda la doctrina iusnaturalista; la persona humana, una vez entendida su racionalidad como atributo primario del «ser persona». El Derecho natural, como ha escrito Legaz Lacambra, «sulla base di una concezione filosofica della persona, dalla quale derivano esegenze assolute, formula il

(60) *Fundamentos de Derecho natural* (reproducción del artículo «Derecho natural» publicado en la Nueva Enciclopedia Jurídica), Seix, Barcelona, 1954, p. 39. Vid. sobre el tema, E. Galán y Gutiérrez, *Ius Naturae*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 2ª. ed., 1961, vol. I, pp. 267 ss.

(61) Vid. las obras de M. Cappelletti, Cordero, S. Rodotà y G. Tarello citadas en la nota 16 de este trabajo. Vid. también L. Bagolini, *Mito, potere e dialogo*, cit., pp. 59 ss.; H. Mc Closky, «Consensus and Ideology in American Politics», en TAPS, 1964, pp. 362 ss.

(62) Cfr. L. Bagolini, *Mito, potere e dialogo*, cit., pp. 63-65.

dover essere che, in ogni situazione, si rivela come valido per essa, ma in definitiva, per qualsiasi, e per questo, li dove non è stato riconosciuto, si dice che vi è negazione del diritto naturale»⁽⁶³⁾.

La tradición iusnaturalista se aproxima al sentido positivo de la noción de ideología en cuanto supone una respuesta a las exigencias de las situaciones dadas, pero a la vez trasciende la instancia ideológica para presentarse como un orden de exigencias absolutas tendentes a organizar racionalmente; esto es humanamente la convivencia⁽⁶⁴⁾.

5.3.3. Trascendencia práctica de la función histórica iusnaturalista

De cuanto hasta ahora se ha expuesto se desprende la relevancia práctica del mensaje iusnaturalista. El Derecho natural, pese a la variedad polícroma de sus formulaciones, encuentra en la univocidad de su función histórica la más conspicua muestra de la perennidad de su misión. Dicha función se concreta en la exigencia constantemente renovada de establecer un límite racional frente al arbitrio de quien ejercita el poder, y de la liber-

⁽⁶³⁾ «Il diritto naturale: sapere scientifico o pensiero magico?», en RIFD, 1966, p. 407. Sobre el problema de la científicidad del Derecho natural, vide: J. Messner, *Moderne Soziologie und scholastisches Naturrecht*, Herder, Wien, 1961, pp. 18-19, 20-21, 25 y 33; H. Coing, *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, Steiner, Wiesbaden, 1965; H. Kelsen, «Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?», en OZöR, 1966, pp. 233-255; E. von Hippel, «Das Naturrecht in der Wissenschaft», en su vol. *Elemente des Naturrechts*, Franz Vahlen GMBH, Berlín und Frankfurt a. M., 1969, pp. 120-127; F. Puy, «Achtzig Thesen über die gegenwärtige Situation der Wissenschaft des Naturrechts», en OZöR, 1969, pp. 393-404; F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2ª. ed., 1950; R. Pizzorni, «La rinascita del diritto naturale nella scienza moderna del diritto», en RIFD, 1956, pp. 229-238; L. S. Apsey, «The Natural Law: scientific or supernatural?», en ABAJ, 1951, número 1, pp. 35-38; A. Sánchez de la Torre, «Observaciones sobre la ciencia iusnaturalista», en AFD, 1958-59, pp. 347-362.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. G. Fassò, *La legge della ragione*, cit., pp. 217 ss. Como ha puesto de relieve Truyol y Serra, el iusnaturalismo alumbrado en el seno de la *philosophia perennis* supone unos valores que en sí mismos son la antítesis de una ideología (Truyol emplea el término únicamente en su acepción peyorativa). «Les corresponde –afirma– un fundamento absoluto en la misma esencia divina, en parte, revelada sobrenaturalmente, y, en parte, cognoscible por el ejercicio de la razón en lucha contra los factores perturbadores de la subjetividad históricamente condicionada». *Fundamentos de Derecho natural*, cit., p. 41.

tad que de ello se sigue para los ciudadanos. Al Derecho natural le corresponde el mérito de haber enseñado al hombre la existencia de unos derechos de los que ninguna autoridad humana puede privarle y a la vez el de haber educado a la humanidad «pronta a seguire avventatamente fanatici e demagoghi, o ad innamorarsi di ideali belli ed affascinanti ma irrazionali, e perciò inumani; e di guidarla a diventare matura, cioè capace di comportarsi direttamente e spontaneamente in modo razionale»⁽⁶⁵⁾.

El reconocimiento de la función histórica del Derecho natural representa una de las constantes doctrinales de nuestro tiempo; es más, la nota más característica de la hora actual es que esta afirmación se realiza también desde presupuestos filosóficos tan distantes y, en apariencia tan hostiles a la tradición iusnaturalista como el marxismo. A partir de las afirmaciones de Hans Kelsen en el sentido de que la dimensión sociojurídica de la filosofía de Marx suponía una doctrina del Derecho natural⁽⁶⁶⁾, así como de las concomitancias puestas de relieve por Max Weber entre el iusnaturalismo y el socialismo revolucionario⁽⁶⁷⁾ se suscitó el interés de una serie de autores que se han propuesto valorar el significado del Derecho natural desde una perspectiva marxista. Entre ellos merece especial atención la obra de Ernst Bloch *Naturrecht und menschliche Würde*, que contiene una decidida reivindicación de la positividad del legado iusnaturalista cuya quintaesencia ha sido, a juicio de Bloch, la lucha por la dignidad humana y su perenne defensa de los humillados y ofendidos⁽⁶⁸⁾. «Doch ist –afirma Bloch– marxistische Vernunft

⁽⁶⁵⁾ G. Fassò, *Il diritto naturale*, cit., p. 107.

⁽⁶⁶⁾ *The Communist Theory of Law*, F. A. Praeger, New York, 1955, esp. pp. 20-21, 38-43, 118-119.

⁽⁶⁷⁾ Para Max Weber todos los dogmas iusnaturalistas han influido siempre con mayor o menor intensidad en la creación del Derecho. Así afirma que «el desarrollo del socialismo significó primeramente el dominio creciente de los dogmas iusnaturalistas en las cabezas de las masas y especialmente en las de sus teóricos, pertenecientes a la capa intelectual» (p. 646). Para Weber la revolución rusa representaba «la última revolución agraria iusnaturalista que, según la probabilidad actual, el mundo habrá de ver» (p. 644). Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado: el Derecho natural, parágrafo 7 de su «Economía y Derecho (Sociología del Derecho)», en la obra *Economía y sociedad*, cito de la trad. cast. de J. Medina Echevarría, J. Roura, E. García Máynez, E. Imaz y J. Ferrater, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

⁽⁶⁸⁾ Op. cit., Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1961, pp. 13 s. y 232 s.

dem rationalistischen Naturrecht nicht nur wegen der Theorie der Revolution, sondern ebenso wegen der Deklaration der Menschenrechte hoch verpflichtet»⁽⁶⁹⁾. La función del Derecho natural se desarrolla en la historia paralelamente a la de las utopías sociales con la diferencia de que mientras éstas se dirigieron primordialmente a la consecución de la felicidad del hombre, la finalidad del iusnaturalismo se centró en la defensa de la dignidad humana mediante la garantía de la subjetividad.

Con algunas variantes las mismas tesis son acogidas por Zoltán Péteri⁽⁷⁰⁾ y Anita M. Naschitz⁽⁷¹⁾, quienes afirman el valor del Derecho natural como norma suprapositiva, ley superior que legitima o corrige las normas de los sistemas jurídicos estatales, actuando en ocasiones como elemento revolucionario y en otras como elemento reformador del *statu quo*, al que se oponen o trascienden. Incluso Z. Krystufek, en el contexto de una crítica marxista del Derecho natural, no deja de admitir la relevancia práctica del contenido axiológico del mensaje histórico iusnaturalista⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Op. ult. cit., pp. 78-79.

⁽⁷⁰⁾ «Influence of Natural Law on Positive Law», en *Essays in Comparative Law VIIIth International Congress of Comparative Law*, Budapest, 1966. Este autor, pese a que afirma que la teoría marxista del Derecho no es un iusnaturalismo (p. 59), no deja de reconocer la importancia del Derecho natural en lo que respecta a la corrección de los sistemas positivos en lo que éstos se apartan de la justicia y en la investigación de los valores presentes en la experiencia jurídica (p. 46-59). Vid. también A. G. Szabó, *Man and Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1965; J. Halasz, *Socialist Concept of Human Rights*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966.

⁽⁷¹⁾ «Le problème du droit naturel à la lumière de la philosophie marxiste du droit», en *Revue Roumaine des Sciences Sociales (Série de Sciences Juridiques)*, 1966, núm. 1, pp. 19-40. En la página 22 de este trabajo la autora afirma que la forma con que el iusnaturalismo aborda la investigación de los problemas teóricos del Derecho constituye una aportación positiva para el desarrollo del pensamiento iusfilosófico. «Elle situe ces conceptions à un niveau d'incontestable supériorité par rapport à d'autres conceptions, et spécialement par rapport à la grande rivale de toujours du jusnaturalisme –la théorie du positivisme juridique–, précisément parce que cette dernière, en éliminant du domaine de la recherche juridique théorique les problèmes relatifs au fondement et aux critères d'appréciation de la valeur sociale et morale du droit, exclut, ipso facto, jusqu'à la possibilité de donner un fondement pour une attitude critique à l'égard de tout ordre juridique existant».

⁽⁷²⁾ «Signification historique de la fiction du droit naturel», en *APD*, 1969, pp. 309-319. «Dans la rétrospective historique –escribe este autor checo– la conception du droit naturel a le grand mérite d'avoir contribué à l'idée que le droit ne saurait être considéré comme une réalité indépendante et abstraite, échappant à tout jugement de valeur» (p. 319).

No es esta la sede más adecuada para una detenida consideración crítica de estas acepciones marxistas de la función histórica del Derecho natural, baste aquí señalar qué lugar común de las mismas es el reputar el desenvolvimiento histórico del Derecho natural como una experiencia concluida al atribuir al marxismo la realización práctica de los ideales iusnaturalistas⁽⁷³⁾. Cabe plantear una doble objeción a esta postura: ya que desde el punto de vista teórico da lugar a una versión paradójicamente antidialéctica del Derecho natural al cristalizar en un determinado sistema filosófico-político una exigencia que, desarrollándose con el ser (*die Naturrechtslehre folgt den Grundfragen des Seins* ha escrito Wolf)⁽⁷⁴⁾ progresa paralelamente al devenir existencial de la humanidad; desde el punto de vista práctico sería muy aventurado y contrariaría a la propia experiencia histórica más reciente el afirmar que las realidades políticas forjadas a la luz de los principios de la filosofía marxista, representan la plenaria instauración de aquella humana dignidad y de aquellas garantías para el individuo

⁽⁷³⁾ Así, E. Bloch afirma: «Das naturrechtliche Anliegen war und ist das Aufrechte als Recht, so dass es an den Personen geehrt, in ihrem Kollektiv gesichert werde. Und wenn die Person nur eine wäre, um die Würde der Menschheit in ihr zu ehren, so ist auch diese tragend umfassende Würde Quintessenz am Naturrecht genug. Das genau im Sozialismus, indem er sich auf Person und Kollektiv gleich gut verstehen möchte und das eine im anderen –fern vom genormten Massenmenschen, nahe zur unentäußerten Solidarität– enthalten zu machen hat». *Naturrecht und menschliche Würde*, cit., pp. 237-238. Vid. también A. Naschitz, «Le problème du droit naturel» à la lumière de la philosophie marxiste du droit», cit., pp. 37 ss.; U. Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1962, pp. 155 ss., esp. p. 224. Sobre las relaciones entre iusnaturalismo y la teoría marxista del Derecho, vid. E. Opocher, «Il problema della giustizia nel materialismo storico», en *RIFD*, 1948, p. 225 ss.; R. David y J. Hazard, *Le droit soviétique*, LGDJ, París, 1954; H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, cit.; K. Stoyanovitch, «La règle de Droit dans la doctrine marxiste et néomarxiste», en *APD*, 1960, pp. 187 ss.; *Marxisme et droit*, LGDJ, París, 1964; *La philosophie du droit en U.R.S.S.*, LGDJ, París, 1965; M. Vincent, «Droit naturel et marxisme moderne», en *APD*, 1965, pp. 67 ss.; A. Brimo, «La philosophie marxiste du droit et de l'Etat», en su vol. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pedone, París, 1967, pp. 217-255; A. Quintano Ripollés, «Filosofía y ciencia del Derecho soviéticas», en *RGLJ*, 1950, núm. 3, pp. 299 ss.; L. Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963, vol. II, pp. 1.083 ss.

⁽⁷⁴⁾ E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, cit., p. 110.

que de un orden jurídico limitado por la constante crítica de la razón natural se desprenden.

6. CONCLUSIÓN: ANTE UNA NUEVA ETAPA EN LA MULTISECULAR TRADICIÓN IUSNATURALISTA

Estamos asistiendo al alborear de una nueva década en el ya muy dilatado acontecer histórico iusnaturalista y el signo de los tiempos nos hace patente una experiencia jurídica en transformación. En este clima el Derecho natural puede ser hoy, como lo fue en siglos pasados, el nexo que vincule al jurista con las exigencias de su tiempo; y a la vez el cauce más idóneo para someter los nuevos proyectos a la criba purificadora de la razón. El Derecho natural que en la historia del pensamiento jurídico representó el pasado del *mythos* al *logos*⁽⁷⁵⁾ puede todavía representar en nuestros días la más sólida garantía para una afirmación del valor máximo de la dignidad humana y las libertades de la persona, contribuyendo a que se constituya un orden vital al nivel de los seres humanos, de seres que no desean «ser degradados a la condición de meros instrumentos al servicio de mitos deleznable»⁽⁷⁶⁾. El iusnaturalismo, al imponernos la necesidad de someter nuestros ideales jurídicos y políticos a la crítica de la razón, constituye la mayor regla de tolerancia⁽⁷⁷⁾, al permitir una práctica compatibilización de nuestra conducta con la de los demás hombres. De otra parte, al afirmar la autonomía de la razón como fuente primaria del conocer y medida próxima del actuar, garantiza en la persona aquel poso de indeterminación que es el fundamento mismo de su responsabilidad.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. G. Fassò, *La legge della ragione*, cit., p. 244.

⁽⁷⁶⁾ L. Recaséns Siches, *Otra vez, y con renovado vigor: Derecho natural*, cit., p. 10.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. E. Von Hippel, «Toleranz als Postulat des Naturrechts», en *Elemente des Naturrechts*, cit., p. 141 ss.; A. Messineo, «Tolleranza, politica e pensiero cattolico», en *La civiltà cattolica*, 1952, fas. IV, p. 16 ss.; F. Puy, «Consideraciones sobre el principio de tolerancia», en el vol. *Derecho y paz*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1966, pp. 393-399; A. Bernárdez Cantón, «Fundamentos de la tolerancia político-religiosa», en *RICS*, 1963, pp. 65 ss.

CAPÍTULO VIII

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

SUMARIO: *I.* Consideraciones sobre el papel de las enseñanzas iusfilosóficas en el Plan de Estudios de las Facultades de Derecho; *1.* Modelo de Universidad e imagen del jurista; *2.* La crisis de la enseñanza del Derecho y la función de las disciplinas iusfilosóficas; *2.1.* Aislacionismo; *2.2.* Inadaptación de las enseñanzas jurídicas al cambio económico, social y político; *2.3.* Función ideológica de la enseñanza de Derecho. *II.* Orientaciones y documentación bibliográfica: *1.* Aspectos históricos; *3.* Situación y problemas actuales. *III.* La Filosofía del Derecho como tarea intelectual y compromiso político.

I. CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LAS ENSEÑANZAS IUSFILOSÓFICAS EN EL PLAN DE ESTUDIOS DE LAS FACULTADES DE DERECHO

1. Modelo de Universidad e imagen del jurista. El problema de la organización de la enseñanza del Derecho va ligado, como ocurre con cualquier otro tipo de enseñanza, a un orden de cuestiones más generales que hace referencia a los fines que se persiguen con la educación jurídica. Dichos fines no pueden ser ajenos al contexto histórico en el que las Facultades de Derecho se hallan insertas, y hallan su concreción instrumental en los Planes de estudios

Dejando a parte las metas últimas que, en relación con las distintas formas de organización política, pueden perseguir las Facultades de Derecho, suelen considerarse como sus fines inmediatos: la formación de profesionales aptos para el ejercicio de actividades jurídicas prácticas; o la de añadir a ese objetivo el de la comprensión lo más amplia y profunda posible de los problemas que configuran la realidad jurídica. En el primer caso, la enseñanza tendrá fines exclusivamente prácticos; mientras en el segundo, combinará la preparación profesional con el alcance de fines teóricos o científicos (Eisenmann).

A través de su decantación histórica la enseñanza universitaria va a tender a distinguirse de la formación técnica o profesional porque se dirige

a la comprensión total de un determinado orden de realidades y fenómenos, asumiendo los distintos problemas que les atañen y que son indispensables para su entendimiento. Esta orientación es válida para cualquier objeto de enseñanza y, en consecuencia, se aplica igualmente a la del derecho. De ahí, que, a diferencia de las Escuelas de práctica jurídica o de las Escuelas de leyes, las Facultades de Derecho que no pretendan renunciar a su significación universitaria deben completar el estudio de las diversas ramas del derecho con «elementos de Filosofía y de Teoría General del Derecho, para desarrollar la capacidad de reflexión del estudiante y su espíritu crítico» (Conclusión del Coloquio sobre la Enseñanza del Derecho celebrado en Cambridge en julio de 1952).

En consonancia con tales presupuestos la finalidad de la enseñanza jurídica universitaria debe perseguir la formación integral del futuro jurista y no reducir su misión a su mera preparación técnica para el ejercicio profesional. Hace casi dos siglos un clásico de nuestro pensamiento jurídico advertía que quienes se aprestan a estudiar el Derecho pueden convertirse, según la profundidad y orientación de su aprendizaje, en: leguleyos (meros repetidores de leyes); jurisperitos (técnicos en la controversia legal); rúbulas (quienes se quedan en los «estudios crudos» de la ley); finalmente sólo merecen el nombre de jurisconsultos quienes saben aplicar las leyes «erudita y juiciosamente» (J. M.^a A lvarez). Es evidente que tan sólo la organización didáctica de los estudios jurídicos que se proponga formar auténticos juristas precisará impartir disciplinas de carácter iusfilosófico. Mientras que para la producción de leguleyos, jurisperitos y rúbulas puede, perfectamente, omitirse toda referencia a la consideración crítico-valorativa que la perspectiva filosófica de los problemas jurídicos comporta.

2. La crisis de la enseñanza del Derecho y la función de las disciplinas iusfilosóficas. La inquietud por la reforma de los Planes de Estudios de las Facultades jurídicas que hoy se advierte en la mayor parte de países de nuestra área cultural, responde a la debatida cuestión de la crisis de su estructura y función tradicionales. El tema obedece a una pluralidad de causas, de muy diversa etiología, sobre las que aquí tan sólo se puede aludir a las que parecen de mayor transcendencia.

2.1 Aislacionismo. Lugar común de la literatura actual sobre la crisis de las enseñanzas jurídicas es el de responsabilizar de la situación a la tendencia, dominante durante más de un siglo, a cifrar la meta ideal de la Ciencia

del Derecho en el logro de su máximo aislamiento. Esta fractura que implicaba desvincular la teoría jurídica de la práctica social tuvo su origen en los inspiradores de la que se ha denominado «ideología de la separación» del Derecho respecto de la economía (Smith); de la moral (Kant); y de la política (Savigny). De este modo, las Facultades de Derecho tendieron a propiciar un modelo de estudios para el que las consideraciones éticas, políticas y económicas «no debían interesar al jurista en cuanto tal» (Windscheid). Esta orientación de la Ciencia Jurídica se tradujo en una concepción del Derecho como sistema cerrado, como un cuerpo sistemático de reglas dotado de plenitud; y autónomo o autosuficiente respecto al sistema social, de forma que la labor del jurista se desenvuelve totalmente en su interior. La formulación de la Teoría pura del derecho (Kelsen) no fue sino la culminación lógica de ese esfuerzo encaminado a evitar la «contaminación» del estudio del Derecho de cualquier tipo de consideraciones de orden ético, económico, sociológico o político.

La consecuencia de este proceso fue la de reducir el horizonte mental del jurista a lo que, con razón, se ha denominado «codicismo» (Carnelutti) o «fetichismo legal»; esto es, a asumir (consciente o inconscientemente) el dogma positivista a tenor del cual el quehacer del estudioso del Derecho comienza y termina en la letra del código.

A ello habría que añadir, por sus funestas consecuencias prácticas, que la ideología del aislacionismo trajo como consecuencia la imagen de un jurista ética y políticamente irresponsable, incapaz de oponerse a la arbitrariedad legal (*gesetzliches Unrecht* al que se refiriera Radbruch) o de reaccionar frente a lo que se ha llamado «perversión autoritaria del orden jurídico» (Von Hippel).

Descartando la fe ilusoria en panaceas universales no por ello cabe ignorar la valiosa contribución que ofrecen las enseñanzas iusfilosóficas, correctamente enfocadas e impartidas, para insertar el derecho en el entorno del que y para el que nace. Se ha indicado que el problema del significado y la función del derecho en la sociedad sólo puede ser abordado por el jurista que salga de su caparazón (Bobbio), o que traspase el círculo encantado «de las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica» (Wietholter). En esa tarea de religar el estudio del derecho con sus presupuestos éticos y sus implicaciones políticas, la filosofía jurídica puede y debe cumplir una función didáctica irremplazable.

2.2. *Inadaptación de las enseñanzas jurídicas al cambio económico, social y político.* Otra de las acusaciones más reiteradas, en los últimos años, en relación con los Planes de estudios jurídicos es la de su incapacidad para amoldarse a las importantes mutaciones que se han producido y se están continuamente produciendo en la sociedad. El contexto en el que se forjan, durante el siglo XIX, los principios informadores del modelo de enseñanza del Derecho vigente es el de una sociedad relativamente estable, que tiende a perpetuar sus propias concepciones culturales. Dentro de esos parámetros el Derecho se concibe como un cuerpo de conceptos perennes y autónomos, abstraídos de las vicisitudes históricas y cognoscibles a través de la pura actividad lógica. El jurista, consiguientemente, tiene como principal misión la de conservar y transmitir ese conjunto de reglas ya dadas o, a lo sumo, el de elaborarlas en un «sistema» formalmente coherente. La pretendida científicidad de tal método entró en crisis apenas se acentuó la dinámica de los hechos sociales y económicos, e incluso en su propia gestación sufrió la crítica, todavía plena de actualidad, que ponía de relieve la contingencia de sus presupuestos («tres palabras del legislador convierten en basura enteras bibliotecas...» según la conocida fórmula de von Kirchmann), o el carácter formal y artificioso de sus resultados (von Ihering).

En una sociedad en constante transformación como la que vivimos esta postura se ha hecho insostenible, hasta el punto que hoy el jurista no puede contentarse con ser el guardián de procedimientos formales o el sistematizador de datos inertes, sino que debe responsabilizarse de la programación de las líneas maestras del desarrollo social (Ramm, Rodota, Barcelona-Cotturri...). Junto a su cauta y lenta actividad tradicional de comprensión del *ius conditum*, no puede soslayar la audaz proyección del *ius condendum* (Cotta). Es más en materias en las que se ha dado una prolongada vacancia del legislador los juristas no sólo han osado a mirar a la cara al *ius condendum* sino que han sido los *conditores* del nuevo *ius* (Bobbio).

La necesidad de un mayor compromiso del jurista en la labor de adaptación del Derecho al cambio social exige que se prevean para su enseñanza unos instrumentos que flexibilicen su mentalidad, de forma que junto al conocimiento sistemático de la *lex data* se le prepare para la prospectiva de la *lex ferenda*. En esta actividad de determinar reflexiva y críticamente el

Derecho correcto o adecuado, *el richtiges Recht* (Stammler), el recurso a la filosofía jurídica se hace del todo indispensable.

Particular interés reviste *hic et nunc* la necesidad de que la enseñanza del Derecho coopere en la tarea de reconstruir e interpretar nuestro sistema jurídico *sub specie Constitutionis*. Ello comporta, entre otras cosas, tener presente la peculiar estructura de la norma constitucional que responde a principios o cláusulas generales más que a reglamentaciones analíticas; técnica legislativa que, por otra parte, se ha adoptado también en la legislación ordinaria reguladora de sectores en los que se dan constantes cambios e innovaciones que, de otro modo, exigirían continuas reformas legislativas. De ahí la conveniencia de ampliar los instrumentos hermenéuticos tradicionales a partir de unas categorías metódicas que permitan la concreción de los valores, principios, cláusulas generales o conceptos standards propios de estas nuevas técnicas normativas de positivación. Para ello se deberá contar forzosamente con las aportaciones de la teoría y la filosofía jurídicas.

Tampoco debe olvidarse que la Filosofía del Derecho ha desempeñado en los últimos años un importante papel como vehículo de incorporación y acercamiento de nuevas perspectivas de enfoque del fenómeno jurídico (así se han realizado valiosas aportaciones metódicas de carácter sociológico, lógico, de análisis del lenguaje, estructuralistas, cibernéticas, informáticas...), que han contribuido a hacer más fluida la relación entre el Derecho y los aspectos más significativos del cambio tecnológico, económico y social.

2.3. *Función ideológica de la enseñanza del Derecho.* Como corolario de la situación apuntada la crítica más radical que hoy se avanza frente a los Planes de Estudios de las Facultades de Derecho es el del total divorcio de sus enseñanzas respecto al funcionamiento real de la praxis jurídica. Se ha apuntado así la aparición de un *ius novum* caracterizado por las nuevas técnicas de producción, comercio y consumo; por las más amplias y rápidas relaciones económicas, personales y culturales entre hombres y pueblos; por la tendencia a universalizar determinadas garantías para la convivencia humana; y por el esfuerzo de unificar las instituciones para la composición de las controversias jurídicas (Cappelletti), sin que tal fenómeno haya tenido adecuado reflejo en las enseñanzas jurídicas tradicionales. Desde otra

óptica se apunta que el sistema jurídico no puede permanecer anclado en los dogmas de la libre competencia, la contratación individual y el mercado libre, cuando estos presupuestos han sido arrumbados por la práctica vigente de la planificación, la contratación colectiva y los monopolios (Ramm, Cerroni...). A la familia autárquica y cerrada de antaño le ha sucedido una estructura familiar abocada al tráfico cuyos sujetos estimulados continuamente hubieran sido tenidos por arquetipos de la prodigalidad en la época de las codificaciones (Barcelona-Cotturri). Ante tales circunstancias la enseñanza del Derecho tradicional no tan sólo es inútil para describirlo, sino que cumple un papel ideológico de reproducción de categorías conceptuales que ocultan o distorsionan el funcionamiento real de las instituciones jurídicas en la sociedad actual (Mückenberger, Dieter Hart, Rinke, Wassermann, Wietholter ...). Frente a tal estado de cosas la nueva formación jurídica (*die neue Juristenausbildung*), propugnada en Alemania por los inspiradores del Loccum Entwurf, sitúa como meta de la reforma de los Planes de Estudios de las Facultades de Derecho la formación de un jurista crítico que actúe racionalmente, esto es, consciente de la realidad social en la que vive, y que reflexiona sobre su propio papel, así como sobre el que corresponde al Derecho (Wietholter). Se advierte, por tanto, que cualquier propósito renovador tendente a propiciar un modelo de jurista reflexivo, crítico y plenamente consciente de su responsabilidad precisa reafirmar el papel de las enseñanzas iusfilosóficas en las Facultades de Derecho. Sólo contando con estas disciplinas se completará la formación encaminada a describir y explicar las distintas ramas del ordenamiento positivo con la comprensión totalizadora de los presupuestos e implicaciones de la experiencia jurídica (en el sentido de la complementariedad del conocimiento científico *erklären* con la comprensión filosófica *verstehen* auspiciada por Kant y Hegel).

En suma, volviendo al punto de partida de estas reflexiones, es evidente que toda reforma de las enseñanzas jurídicas se plantea como una determinada opción hacia determinados fines. En tal sentido, el hilo conductor de esta argumentación se orienta decididamente hacia un modelo de Plan de Estudios que propicie una docencia de las disciplinas iusfilosóficas dirigida a la formación de juristas capacitados científicamente, y responsablemente comprometidos con la construcción de una sociedad cada vez más libre y más justa. Se trata de hacer definitivamente irreplicable la de-

nuncia de que en toda situación despótica se advierte la presencia junto al tirano de algunos juristas dedicados a dar una apariencia de racionalidad a lo que son meros designios arbitrarios del poder (Tocqueville).

II. ORIENTACIONES Y DOCUMENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Las páginas que anteceden forman parte de un «Informe del Departamento de Filosofía del Derecho sobre la Reforma del Plan de Estudios de la Facultad de Derecho de Sevilla», que incluía también las aportaciones de otros profesores de dicho Departamento. Al redactarlo cifré su propósito en suscitar, con vistas al debate sobre la modificación del vigente Plan de Estudios, unos motivos de reflexión para los docentes de Filosofía del Derecho sobre el papel que cumplen, o que deben cumplir, las disciplinas que imparten, así como aportar un instrumento de comunicación con otros sectores de la Facultad. El objetivo perseguido condicionó el tratamiento urgente y esquemático de las cuestiones abordadas. Era mi intención que esa redacción inicial sirviera de pauta para una exposición más amplia y detallada del sentido actual de las enseñanzas iusfilosóficas en el marco general de la educación jurídica, que me permitiera analizar críticamente una serie de materiales reunidos en los últimos años. El temor de ir aplazando *sine die* este proyecto me mueve a publicar el texto original, con plena consciencia de sus limitaciones, acompañándolo del aparato crítico-bibliográfico que fundamentalmente constituye su fuente de información y orientación.

Para paliar en lo posible la falta de una rigurosa elaboración sistemática de los materiales bibliográficos que se aportan, parece necesario establecer unos criterios ordenadores básicos así como unas indicaciones valorativas sobre los trabajos de mayor interés. En función de estas premisas, y descartando cualquier pretensión de exhaustividad, se han agrupado las fuentes en dos grandes apartados, que responden, respectivamente, a una consideración histórica y actual del problema de la educación jurídica. A su vez, en los estudios sobre la situación presente se han subdistinguido: los de carácter general, aquellos referidos a nuestro país; los que versan sobre la crisis y necesidad de reforma de la enseñanza del Derecho; y finalmente los que tienen por objeto la significación de las materias iusfilosóficas en la formación jurídica.

1. *Aspectos históricos.* Una importante fuente de documentación sobre diversos problemas y vicisitudes de la educación jurídica a través de su trayectoria histórica se encuentra en algunas publicaciones de carácter periódico. Así, entre otras, la que bajo la dirección de Helmut Coing publica el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de la Universidad de Frankfurt a.M. con el título de *Ius Commune*, y la que bajo los auspicios del Collegio Antiqui Iuris Studiis Provehendis se edita con el título de *Ius Romanum Medii Aevi*. En esta última apareció el trabajo de Rafael Gibert, Enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI a XI, 1967, Pars 1,5 b cc. Asimismo merecen citarse los Annales d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique, cuyo n.º 2, 1985, fue monográficamente dedicado a Les méthodes de l'enseignement du droit.

Entre las publicaciones de tipo colectivo merecen ser reseñadas el monumental *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, dirigido por Helmut Coing y del que a partir de 1973 han ido apareciendo sucesivos volúmenes editados por C.H. Beck, München. También es necesario aludir a la obra *L'educazione giuridica* editada a cargo de Alessandro Giuliani y Nicola Picardi por la Università degli Studi di Perugia y el Consiglio Nazionale delle Ricerche, cuyos dos primeros volúmenes versan, respectivamente, sobre: vol. I *Modelli di Università e Progetti di riforma*, Libreria Universitaria, Perugia, 1975; y vol. II *Profili storici*, 1979.

Una abundante documentación sobre la enseñanza del Derecho en la cultura europea medieval se halla en la obra clásica de von Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1815. También aportan numerosos datos de interés sobre la evolución histórica de la educación jurídica las conocidas obra de: P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Beck, München, 1947 (de la que existe trad. cast. de J. Santa Cruz Teijeiro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955); de F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1952 (con trad. cast. a cargo de F. Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957); y de Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Beck, München, 1953 (hay trad. cast. de L. Díez Picazo con prólogo de E. García de Enterría, Taurus, Madrid, 1964). Asimismo constituye una valiosa fuente de información la *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 2ª. ed., 1963, de Riccardo Orestano.

En pleno Renacimiento hallamos ya en España el testimonio inequívoco de una creciente inquietud por la renovación de la enseñanza jurídica.

Bien elocuentes son al respecto los diálogos de Luis Vives sobre el *Templo de las leyes* (*Aedes legum*), *Las disciplinas* y *De la corrupción del Derecho Civil* (en Obras completas, ed. a cargo de L. Riber, Aguilar, Madrid, vol. I, 1947 y vol. II, 1948) en los que critica la pervivencia del método de los glosadores en la enseñanza del Derecho y aboga por sustituir los procedimientos casuísticos, la exégesis literal y la repetición servil de las fuentes romanas por la búsqueda del espíritu racional y equitativo de las normas. Son también significativas las recomendaciones que, para agilizar la exposición y liberar la docencia jurídica de las «extensas cuestiones de los comentadores y presentando solamente a la consideración unas cuestiones que aprovechen para instruir el ingenio de los discípulos», proponía Juan Yáñez Parladorio en sus *Tres epístolas de pedagogía jurídica* (1604), ed. a cargo de A. Muñoz Alonso, Universidad de Murcia, 1948. En la primera de estas epístolas se exhortaba a los estudiosos de la jurisprudencia a una consideración interdisciplinar, que religara el saber jurídico con otros saberes. Ya que, «a los mismos Bártolos y a los Baldos no les hizo eruditos la sola Ciencia del Derecho, como apreciamos en ellos, que exornaban sus comentarios con razonamientos lógicos y filosóficos, con documentos y con teología muchas veces» (pág. 16). Numerosas noticias sobre la educación jurídica en nuestro país durante el reinado de los Austrias se recogen en el libro de R. L. Kagan, *Universidad y sociedad en la España moderna*, trad. cast. de L. Toharia con Prólogo de J. A. Maravall, Tecnos, Madrid, 1981. También conviene recordar al respecto la comunicación de José Delgado Pinto sobre *Un traité de didactique juridique au XVIIe siècle «Arte legal para estudiar jurisprudencia»*, Salamanca, 1612, de F. Bermúdez de Pedraza, en el vol. col. *Le raisonnement juridique* (Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Social, Bruxelles, 30 aout-3 septembre 1971); Bruylant, Bruxelles, 1971.

Durante el período de la Ilustración el tema de la enseñanza del Derecho adquirió una importancia prioritaria. Los trabajos juveniles de G. W. Leibniz, *Specimen difficultatis in iure seu dissertatio de casibus perplexis* (1666), que constituyó su tesis doctoral en jurisprudencia, así como su conocido escrito *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667), recogidos en *Sämtliche Schriften und Briefe*, vol. I, ed. de la Academia Prusiana de las Ciencias, Otto Reichl Verlag, Darmstadt, 1930, reflejan sus esfuerzos por aprovechar para la enseñanza de las ciencias jurídicas modelos procedentes

de las ciencias exactas. Profundo sentido crítico y permanente actualidad poseen las palabras de Ch. Thomasio cuando afirmaba: «No puede negarse / que, según los modos corrientes de enseñar en las Universidades, los estudiantes de Derecho no oyen ni aprenden, de una parte, muchas cosas / que les son extremadamente necesarias de saber / mientras que, de otro lado, aprenden a menudo con gran esfuerzo y aplicación / cosas que, después, van a serles de poco o ningún provecho en la vida ordinaria». *Proyecto sumario de las reglas fundamentales que un estudiante de Derecho debe saber y aprender en las Universidades* (1699), citado por E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. cast. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980 (pág. 319). Singular interés metódico encierran las producciones universitarias de G. B. Vico en la época en que tras serle confiada la cátedra de Retórica de la Universidad de Nápoles intentó, sin éxito, pasar a una de Derecho. De todas ellas merece especial atención su *De nostri temporis studiorum ratione* (1708), en la ed. a cargo de G. Gentile y F. Nicolini, vol. I, *Le orazioni inagurali, il De Italorum sapientia e le polemiche*, Laterza, Bari, 1914, donde aboga por conciliar en la educación jurídica la postura crítica con la tópica, sin caer unilateralmente en una de ellas: «Topicorum quia saepe falsa arripiunt; criticorum quia verosimilia quoque non assumunt» (págs. 83-84). Mención especial debe hacerse de las reflexiones de I. Kant sobre la enseñanza del derecho avanzadas en su *Der Streit der Fakultäten* (1797), se cita por la ed. a cargo de K. Reich, Félix Meiner, Hamburg, 1959. En dicho escrito Kant considera como una forma impropia de plantear el conflicto entre la Facultad de Derecho y la de Filosofía la que nace del prejuicio popular de no considerar a la primera como una comunidad científica, sino como una colectividad de hombres hábiles en la técnica legal puesta al servicio de intereses legítimos o ilegítimos (págs. 22-23). La raíz auténtica del conflicto reside, a su entender, en que la Facultad de Derecho por la naturaleza pública de su doctrina y la necesidad de formar funcionarios, es decir, intermediarios entre el gobierno y el pueblo, constituye el elemento conservador del Parlamento de la Ciencia; mientras que la de Filosofía funciona de acuerdo con las leyes de la razón y no con las dictadas por el poder y tiene como principal valor educativo la idea de libertad, y actúa como instancia crítica de ese Parlamento ideal (págs. 28 y sgs.). Ahora bien, Kant sostiene que el conflicto entre ambas facultades no es irreductible en la medida en que la Facultad de Derecho atienda a las críticas y sugerencias de la de Filosofía y pueda así, paulatinamente, instruir a sus alumnos en el amor a la

libertad y acomodar su conducta pública a la verdad (pág. 30). En tanto tal acercamiento no se produjera, Kant asignaba al filósofo del Derecho una tarea que sigue constituyendo un horizonte crítico ejemplar: «Iluminar al pueblo significa enseñarle cuáles son sus derechos y deberes respecto al Estado del que forma parte. Como se trata de derechos naturales accesibles al sentido común quienes pueden proclamarlos e interpretarlos ante el pueblo no son profesionales designados por el Estado, sino investigadores libres del Derecho; es decir, filósofos que por la libertad con la que actúan significan un límite para el afán de dominio del Estado» (pág. 89).

En la España de finales del siglo XVIII se inscribe la tipología de los distintos modos de concebir el estudio del Derecho trazada por José M.^a Alvarez, a la que se ha aludido en el texto. Dicho autor afirmaba también que: «Los que se aplican al estudio del Derecho con la mira de defender cualesquiera causas en el foro y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no deben ser llamados abogados, ni jurisconsultos, sino buitres togados... Quede, pues, profundamente impreso en los cursantes de Derecho que el fin de la jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia». *Instituciones de Derecho Real de España*, Imprenta Repullés, Madrid, 2.^a ed., 1829, pág. 9. Agudo sentido crítico tienen las breves consideraciones de Gaspar Melchor de Jovellanos sobre distintos aspectos del método y textos empleados para la enseñanza del Derecho en su época, formuladas en su *Carta al doctor Prado sobre el método de estudiar el Derecho* (17-XII-1795), en *Biblioteca de Autores Españoles*, vol. L. Una rica documentación sobre la enseñanza del Derecho en España en la última etapa del siglo XVIII y primeras décadas del siglo XIX se encuentra en las investigaciones de Mariano Peset, entre cuyos trabajos sobre el particular pueden citarse: «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971, núm. 62; «La enseñanza del Derecho y la legislación sobre Universidades durante el reinado de Fernando VII» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1968, núm. XXXVIII; «Universidades y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)», *ibíd*, 1969, núm. XXXIX; «El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza de las Facultades de Derecho», *ibíd*, 1970, núm. XL. También ofrece una amplia y cuidada información el libro de Mariano Peset y José Luis Peset, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Taurus, Madrid, 1974. Son muy útiles por sus noticias sobre los Planes de Estudios de las

Facultades de Derecho en ese período los libros de A. Alvarez de Morales, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972. Son también útiles por sus referencias a la enseñanza del Derecho y del Derecho natural el libro de Antonio Jara, *Derecho natural y conflictos ideológicos en la Universidad española (1750-1850)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977; así como de José Ignacio Lacasta Zabalza, *Hegel en España*, CEC, Madrid, 1984, Gaspar Escalona, *El Derecho natural en los Planes de Estudios de la Universidad española del siglo XIX*, Universidad Complutense de Madrid, 1981 (inédito), y de Juan-Ramón García Cue, *El hegelismo en la filosofía jurídica de la Universidad de Sevilla*. Diputación de Sevilla, 1983. Entre los estudios monográficos pueden reseñarse los de: L. Sánchez Agesta, «Las primeras Cátedras españolas de Derecho constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, 1962, núm. 126; y «Las Cátedras de Derecho público y natural y de gentes» en su volumen *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979; B. Clavero, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1978, núm. XLVIII (en este trabajo se sintetiza la actitud frente al método de enseñanza del Derecho de: Cambronero, Jovellanos, Dou y Bassols, y Pérez y López, Asso y De Manuel); A. E. Pérez Luño, «Jeremy Bentham y la educación jurídica en la Universidad de Salamanca durante el primer tercio del siglo XIX», en *L'educazione giuridica*, vol. II, cit.; trabajo reelaborado posteriormente con el título de «Jeremy Bentham and Legal Education in the University of Salamanca during the Nineteenth Century», en *The Bentham Newsletter*, 1981, núm. 5; id., «Jeremy Bentham y la educación jurídica en la Universidad de Salamanca durante el siglo XIX», en *Télos*, 1992, vol. I, n.º 3.

La vocación por la Ciencia del Derecho que impregna el pensamiento jurídico del siglo XIX tiene su puntual repercusión en la polémica sobre el método. Ahora bien, difícilmente se puede comprender el pleno sentido de la *Methodenstreit* si se olvida que, bajo la discusión teórica, laten siempre propuestas concretas sobre la organización y objetivos de la educación jurídica. Este propósito se enuncia expresamente la obra juvenil de Savigny, *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimms (1802-1803)*, ed. a cargo de G. Wesenberg, Koehler, Stuttgart, 1951. En dicho trabajo Savigny considera programáticamente como objeto de la teoría del méto-

do jurídico junto a la elaboración absoluta de la Ciencia Jurídica y el estudio histórico de la jurisprudencia, la metodología del estudio académico (*Methodik des akademischen Studiums*) (pág. 12). A este método académico de enseñanza del Derecho dedica una parte de sus reflexiones, considerándolo como la comunicación de los instrumentos teóricos que permitan a los alumnos un estudio científico del Derecho y una utilización adecuada de la literatura jurídica (págs. 69 y sgs.). La preocupación por la educación jurídica se refleja también en otros de los más significativos trabajos de la teoría del derecho decimonónica. Baste reseñar el famoso discurso de J. H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1847), ed. a cargo de G. Neese, Kohlhammer, Stuttgart, 1938 (existe trad. cast. con Estudio preliminar a cargo de A. Truyol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949); y la obra de John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* (1832), ed. a cargo de H. Hart, Weidenfeld and Nicolson, London, 3ª. ed. 1968 (de cuya segunda parte existe una trad. cast. con Estudio preliminar a cargo de F. González Vicen, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951). Son bien conocidas, por otra parte, las agudas y mordaces observaciones que Rudolf von Ihering dedicó a la crítica de la construcción sistemática como tarea suprema y máximo honor del formalismo, y la consiguiente necesidad de situar sobre cauces más realistas la formación de los estudiantes de Derecho, en su *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884), Breitkopf und Härtel, Leipzig, 9ª. ed., 1904 (hay trad. cast. de R. Riaza, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933).

En la España de la segunda mitad del siglo XIX se ocupó expresamente del tema de la enseñanza del Derecho Manuel Durán y Bas en su monografía sobre la «Reforma de los estudios jurídicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1878, núm. 53. (Cfr. A. E. Pérez Luño, «Experiencia histórica y experiencia jurídica en Durán y Bas», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, f. 4). Elías Díaz ha considerado como uno de los hechos más importantes de nuestra historia contemporánea la «fe krausista en la educación, en la instrucción intelectual y ética del hombre...». *La filosofía social del krausismo español*, Edicusa, Madrid, 1973 (pág. 66). No debe, por tanto, sorprender que dentro del ambicioso programa de renovación didáctica de la Institución Libre de Enseñanza tuviera un lugar destacado la aspiración renovadora de la finalidad y método de los estudios jurídicos.

En el Boletín de la Institución Libre de Enseñanza aparecieron numerosos trabajos sobre la materia entre los que pueden citarse los de: F. Giner, «Sobre el estado de los estudios jurídicos en nuestras Universidades» BILE, 1888, núm. 12 (en numerosos lugares de las *Obras completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1916-1936, de Giner hallamos constancia de su interés por la educación jurídica, especialmente en los vols. II, VII, X y XII); R. Altamira, «Un libro sobre la enseñanza del Derecho», *ibíd.* 1889, núm. 13; A. Posada, «Reformas en la enseñanza del Derecho», *ibíd.* 1889, núm. 13; A. Posada y A. Sela, «Procedimientos de enseñanza: la Facultad de Derecho», *ibíd.* 1892, núm. 16. De la amplia bibliografía sobre el tema, a parte del libro citado de Elías Díaz, pueden reseñarse los trabajos debidos a: J. J. Gil Cremades, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969; F. Laporta, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*. Edicusa, Madrid, 1974; y J. F. Lorca Navarrete, *Autonomía y libertad de cátedra en Adolfo Posada*, Universidad de Málaga, 1980.

2. Situación y problemas actuales. Excede a mis propósitos el intento de ofrecer un cuadro completo de las publicaciones referidas a la enseñanza del Derecho aparecidas en los últimos años. La inquietud presente en muchas latitudes por acomodar el modelo de educación jurídica a las exigencias de una sociedad en incesante transformación, se ha traducido en una abundancia de materiales bibliográficos que por la heterogeneidad de sus motivaciones, métodos de enfoque y ámbito de estudio hacen muy difícil su adecuada ordenación. Como indicaba al principio, el criterio selectivo que aquí se adopta tiende a ofrecer, en primer término, la referencia de una serie de trabajos generales sobre la enseñanza del Derecho que, más que el análisis de la situación en áreas geográficas o sistemas jurídicos concretos, persigue informar sobre el estado general de la cuestión. Se ha tendido a dar preferencia en este apartado a obras ricas en indicaciones bibliográficas de modo que puedan servir, a su vez, de instrumento útil de documentación. En segundo lugar, se detallan algunas de las aportaciones más relevantes referentes a la situación española. Se recogen, a continuación, testimonios significativos del debate actual sobre la crisis y proyectos de reforma de los estudios jurídicos. La exposición concluye con una referencia a diversas aportaciones doctrinales sobre la enseñanza de las disciplinas iusfilosóficas y su papel en los Planes de Estudios de las Facultades de Derecho. Como casi toda clasificación la que ahora se propone adolece, a

parte de su falta de exhaustividad, de algunas opciones arbitrarias por las que se incluyen en un determinado apartado obras cuyo contenido afecta a otro u otros. Ello obedece a la exigencia de no alargar más de lo necesario esta reseña, omitiendo, de este modo, la cita reiterada de una misma obra, salvo en los casos en que se ha considerado imprescindible.

a) *Obras de carácter general.* Entre las publicaciones de tipo periódico es necesario aludir a las germanas *Juristische Schulung*, *Zeitschrift für Studium und Ausbildung* y *Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen*. De las publicaciones periódicas anglosajonas debe citarse el *Journal of Legal Education*, editado en la Universidad de Pittsburgh por la Association of American Law Schools. En lengua castellana, a partir de 1970, se publicó en la Universidad de Santiago de Chile, el *Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica*.

De las publicaciones colectivas, se debe hacer referencia a los dos volúmenes de la obra *L'educazione giuridica*, cit., así como al volumen que recoge los trabajos de la Conferencia sobre la *Enseñanza del Derecho y el Desarrollo*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1973, y al volumen de las *Actes de la troisième Conférence des Facultés de Droit sur l'adaptation des études de Droit à la société moderne* (17-19 avril 1974), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1975. Debe también mencionarse que los profesores A. Giuliani y N. Picardi han culminado la publicación de la monumental obra ya citada, *L'educazione giuridica*, que se inicia en 1975 (*Modelli di Università e progetti di riforma*) y se prosigue en 1979 (*Profili storici*), bajo el patrocinio editorial de la Università degli Studi di Perugia & Consiglio Nazionale delle Ricerche, con tres nuevas partes dedicadas respectivamente al estudio de: La responsabilità del giudice (1978); *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi* (1981, 3 vols.); y *Modelli di legislatore e scienza della legislazione* (1987, 3 vols.). Asimismo; conviene tener presente el vol. col. *Antología de estudios sobre la enseñanza del Derecho*, UNAM, México, 1976. Aunque centrados en la situación italiana contienen datos de interés generales los vols. cols. *Gli studi di storia e di diritto contemporaneo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1968, que incluye un interesante trabajo sobre la enseñanza del Derecho, realizado por Stefano Rodotà, y la *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978, ed. a cargo de Sabino Cassese. Aunque referido a la renovación de la enseñanza del derecho privado, contiene abundantes datos y planteamientos de interés general para la educación jurídica el vol. col. a cargo de N. Lipari, *Diritto*

privato. Una ricerca, per l'insegnamento, Laterza, Bari, 1976, del que existe ed. cast. con Introducción a cargo de E. Verdura y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980.

La obra de Ch. Eisenmann, *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur. Droit*, Unesco, París, 1954, de la que existe trad. cast. de L. Jordana de Pozas, Unesco-CSIC, Madrid, 1958, constituye un excelente texto base de orientación sobre los presupuestos generales de la enseñanza del Derecho. También pretende ofrecer una exposición de carácter general el libro de H. E. Ricord, *Universidad y enseñanza del Derecho*, Impresiones Modernas, México, 1971. Interesantes orientaciones para la organización y docencia de los métodos y técnicas de investigación jurídica se contienen en las obras de E. Scheider, *Die juristische Doktorarbeit*, Müller, Düsseldorf (s.f.); y P.J. Tettinger, *Einführung in die juristische Arbeitstechnik*, C.H. Beck, München, 1982.

Marcado sentido propedéutico y de aproximación al sentido actual de las enseñanzas jurídicas tienen los trabajos de: G. Köbler, *Das Studium des Rechts. Ein Wegweiser*, Vahlen, München, 1978; A. Rincken, *Einführung in das juristische Studium*, Beck, München, 1976; y G. Williams, *Learning the Law*, Stevens and Sons, London 10ª. ed. 1978, obra clásica en la literatura anglosajona sobre la materia. Análoga orientación, aunque asumida desde premisas marxistas, tiene la contribución del checo Viktor Knapp, *Legal Sciences* a la obra col. auspiciada por la Unesco, *Main Trends of Research in the Social and Human Sciences. Part Two*, Mouton, Paris-The Hague, 1978.

Persiguen una finalidad preferentemente didáctica y prestan especial atención al trasplante de nuevas técnicas pedagógicas en la enseñanza del Derecho los trabajos de: E. Escobar, *Pedagogía del Derecho*, UNAM, México, 1965; H. Fix-Zamudio, «Docencia en las Facultades de Derecho», en *Revista Universidades* (México), 1973, núm. 51; y J. Witker, *La enseñanza del Derecho. Crítica metodológica*, Editorial Nacional, México, 1975, quien examina en el último capítulo del libro las posibilidades de aplicar la enseñanza programada al Derecho. Sobre la proyección de la tecnología cibernética e informática a la enseñanza del Derecho existe en USA una amplia bibliografía, baste aquí recoger las aportaciones de: C.D. Kelso, «Computers as a teaching Tool for Law», en *Law and Computer Technology*, 1968, núm. 1; M. W. Losce, «U. S. Universities and Faculties offering Courses or Lectures in Law and Computer», *ibid*, 1970, núm. 3; J. Winston, «The Law and Legal Education in the Computer Age», en *Journal of Legal Education*, 1968, núm. 2. Pueden

también señalarse los trabajos de algunos juristas europeos como: A. Chouraqui, «*L'informatique au service du droit*, PUF, París, 1974; V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 4ª. ed., 1978, con trad. cast. de M. Salguero y Estudio preliminar a cargo de A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid; M. G. Losano, «Zwölf Thesen über die Rechtskybernetische Modelltheorie» en *Logique et Analyse*, 1971, núm. 2; A. E. Pérez Luño, *Cibernetica, informática y Derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976; A. Podlech, «Rechtskybernetik. Eine juristische Disziplin der Zukunft» en *Juristen-Jahrbuch*, 1969-1970, núm. 10. M. Atienza, «Enseñanza del Derecho e informática jurídica», en A. E. Pérez Luño; director de la ed., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*; (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987; A. E. Pérez Luño, *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

b) *Publicaciones españolas*. Entre las de carácter colectivo se debe aludir al vol. sobre *El primer año de Derecho* (Actas de las Jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho, en la Universidad de La Rábida, 27 agosto-5 septiembre de 1975), Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1978; así como al número monográfico de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1980-1981, núm. 20/21, dedicado a *La crisis de las Facultades de Derecho*, a cuyo respectivo contenido se hará referencia más adelante. Resulta también necesario reseñar la publicación de varios volúmenes colectivos: *I Jornadas sobre la enseñanza del Derecho* (Granada 1982); Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1982; *La enseñanza del Derecho. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985; y *La enseñanza del Derecho en España*, Tecnos, Madrid, 1987.

No es posible realizar aquí una reseña pormenorizada de los trabajos sobre la enseñanza del Derecho aparecidos en nuestro país en la primera mitad de siglo. Como ejemplo indicativo pueden recordarse la crítica radical al arcaísmo, rigidez y falta de adecuación a la realidad de nuestro sistema, contenida en el libro de Adolfo Bonilla y San Martín, *Atavismo en la estructura y en la enseñanza del Derecho en España*, Reus, Madrid, 1921; así como las lúcidas observaciones de Luis Jiménez de Asúa sobre «La enseñanza del Derecho» incluidas en su vol. *Política, Historia Nueva*, Madrid, 1927.

Al iniciarse la década de los 50 las «Reflexiones sobre los estudios de Derecho» de Eduardo García de Enterría publicadas en la *Revista de Educación*, 1952, núm. 5, supusieron una certera síntesis de las principales transformaciones producidas en la sociedad, de su incidencia en la función social de las principales profesiones jurídicas y de la necesidad consiguiente de replantear la enseñanza del Derecho para acomodarla a las nuevas circunstancias. A su entender, en la sociedad de nuestro tiempo el Derecho «ya no es, kantianamente, el punto de equilibrio de una sociedad que se desarrolla por sí misma, sino, por el contrario, el instrumento de la conformación social que el Estado sostiene y procura». De ahí, «que el modo ordinario de realizarse el Derecho, así entendido, no sea, como resultaba de la anterior concepción, el proceso, sino, predominantemente, la actuación administrativa» (pág. 45). Pese al tiempo transcurrido este trabajo sigue manteniendo, en su parte primordial, rigurosa actualidad. Tras su publicación se suscitó un significativo debate sobre la educación jurídica en el marco de la propia *Revista de Educación*. Frente a esta concepción innovadora de García de Enterría aparece la respuesta de Juan Vallet de Goytisolo, quien aún reconociendo que la progresiva intervención estatal ha modificado el papel de los juristas y que tal cambio debe ser asumido por la enseñanza del Derecho, estimaba fiel a una concepción jurídica tradicional que: «En la Facultad de Derecho lo primordial es dotar a los futuros licenciados de verdadero sentido jurídico. Ese sentido jurídico... es mucho más fácil adquirirlo estudiando el Derecho romano, en sus textos llenos de vida, que aprendiendo el texto abstracto de las leyes modernas». Por ello, a su entender, «Un buen privatista, de formación romanista, puede acometer con éxito cualquier tarea jurídica moderna», «Juristas libres, juristas de Estado y los estudios de Derecho», en *Revista de Educación*, 1953, núm. 7 (pág. 153). Desde premisas análogas, Jaime Guasp reprochaba, a lo que calificó de *impeachment* de García de Enterría contra las enseñanzas tradicionales de las Facultades de Derecho, «en que lo fundamental de la docencia jurídica no está en los datos que se tratan de transmitir a los alumnos, sino en la actitud que se les quiere hacer que asuman ante la vida». «Nuevas reflexiones sobre los estudios de Derecho» en *Revista de Educación*, 1953, núm. 8 (pág. 292). Fiel a una imagen clásica del Derecho y de los juristas defendía la idea de que la Facultad de Derecho no debería «hacer ninguna concesión a estas nuevas tendencias jurídicas, que no serían, en realidad, sino una confesión oficial de la decadencia del verdadero valor del Derecho. Debe,

por el contrario, reforzar su actitud académica, si es que se quiere llamar así a la contemplación fiel y objetiva de la esencia del Derecho» (páginas 293-294). En su contribución al debate Rafael Núñez Lagos abogaba por una educación jurídica integradora que asumiera los aspectos informativos (preceptos) y formativos (conceptos teóricos) del Derecho. Señalaba, así, con claridad las limitaciones de una enseñanza abocada unilateralmente a la práctica. «Es frecuente escuchar –dice Núñez Lagos– en la boca de los meros profesionales, la alabanza de la práctica y el vituperio de toda construcción teórica... Saber Derecho para ellos es retener, de memoria, preceptos de la ley y desdeñar el llamado, y ni siquiera vislumbrado, por ellos, *Derecho doctrinal*. Así se ganan oposiciones –triste verdad–, pero se esterilizan los cerebros» «Los estudios de Derecho», en *Revista de Educación*, 1953, núm. 11 (pág. 25). Una panorámica general de este debate fue trazada por Fernando Garrido Falla en su trabajo «Una polémica sobre la enseñanza del Derecho», en *Revista de Administración Pública*, 1953, núm. 10.

En ese mismo período se publicó la monografía de J. Guerra San Martín sobre «La formación profesional del abogado y la Universidad de Deusto» en *Estudios de Deusto*, 1954, núm. 2. Pocos años más tarde aparecen las *Consideraciones sobre la pedagogía jurídica*, de Manuel Batlle Vázquez, publicadas por la Universidad de Murcia en 1957. Pese a su brevedad debe también consignarse el estudio de Luis Jordana de Pozas, «La enseñanza del Derecho en España», incluido como apéndice de su traducción realizada en 1958 de la obra de Eisenmann ya citada. El tema de la educación jurídica fue objeto de especial atención en los Coloquios franco-españoles de Facultades de Derecho pirenaicas. Al primero de ellos celebrado en Zaragoza en el año 1958 presentó una Ponencia Miguel Sancho Izquierdo sobre «La enseñanza del Derecho», publicada posteriormente en *Temis*, 1959, núm. 5; quien presentó una nueva Ponencia en la reunión celebrada al siguiente año en Montpellier en relación con las «Materias fundamentales para la formación del jurista y que deben estudiarse en los primeros años de la carrera», en *Temis*, 1959, núm. 6. Asimismo, conviene recordar los trabajos de P. Aragoneses, «La enseñanza del Derecho en España», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1970, t. XX; y de Luis Legaz y Lacambra, «España: orientación de reforma y escuelas profesionales», publicado en *L'educazione giuridica*, vol. I. cit. En este trabajo se hacía especial consideración de las repercusiones de la Ley General de Educación de

1970 y su posible incidencia en la enseñanza del Derecho, con especial referencia a la innovación que suponía el sistema de ciclos que, como tantas otras reformas de nuestra historia universitaria, no llegó a implantarse. Una interesante exposición general sobre la evolución de los Planes de Estudios de nuestras facultades jurídicas, acompañada de amplia información bibliográfica se halla en el estudio de Mariano García Canales, «Los Planes de Estudio de la carrera de Derecho. Algunas reflexiones críticas» incluido en los vols. cols. ya citados *El primer año de Derecho y en La crisis de las Facultades de Derecho*, También contiene abundante documentación sobre el particular el libro de J. L. Meilán Gil sobre *Los planes universitarios de enseñanza en la España contemporánea*, ENAP, Madrid, 1970. Al método de enseñanza del Derecho dedica la última parte de su *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª. ed. 1969, Ramón Badenes Gasset; tema objeto central del volumen de Vicente Santos Martínez, *Para una didáctica del Derecho*, ICE, Murcia, 1978. Merecen asimismo consignarse varios estudios sobre la enseñanza del Derecho debidos a los romanistas: F.F. de Buján, *La reforma de los estudios de Derecho. El nuevo Plan de Estudios: su valoración y análisis histórico y comparado*, Dykinson, Madrid, 1992; M. García Garrido y F. Eugenio, *Estudios de Derecho y Formación de juristas*, Dykinson, Madrid, 1988; y R. Panero, *El Derecho romano y la formación del jurista*, PPU, Barcelona, 1988.

La crisis actual de las enseñanzas jurídicas tradicionales y su consiguiente papel ideológico en la sociedad actual ha sido el objeto principal del opúsculo de Juan Ramón Capella Hernández, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Fontanella, Barcelona, 1970; así como de los artículos de Francisco J. Laporta, «Notas sobre el estudio y la enseñanza del Derecho», en *Sistema*, 1978, núms. 24-25; y de Manuel Atienza, «¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1978, núm. 54.

c) *Crisis de la educación jurídica tradicional y propuestas de reforma.* El problema de la enseñanza del Derecho ha adquirido en Europa importancia prioritaria y especial actualidad tras los sucesos del 68 que evidenciaron, entre otras cosas, la quiebra del modelo tradicional de enseñanza jurídica y la urgencia de propiciar una alternativa; en el marco de un profundo replanteamiento de los estudios académicos y de la función de la propia institución universitaria. De ahí que resulte necesario hacer una referencia indicativa de algunas aportaciones relevantes de esta literatura de marcada orientación crítica y renovadora.

Diversos estudios contenidos en el vol. col. *L'educazione giuridica*, I, cit., se hallan dirigidos a informar sobre los proyectos de reforma en la enseñanza del Derecho. También en el número monográfico de los ACFS sobre *La crisis de las Facultades de Derecho*, cit. aparecen varios artículos sobre aspectos estructurales, teóricos e ideológicos de la polémica actual sobre la enseñanza del Derecho debidos a Nicolás M.^a López Calera, Hubert Rottleuthner, Modesto Saavedra y Mariano Maresca; así como algunos informes sobre el estado de la cuestión en diversos países entre los que merecen reseñarse especialmente los de: Wolf Paul, «Formación del jurista entre teoría y praxis. Comentarios sobre el sistema alemán y su origen, así como sobre la situación de su reforma», y Vittorio Frosini, «La Universidad desintegrada: la situación italiana»; a parte del trabajo ya aludido de Mariano García Canales sobre la situación en nuestro país.

Particular interés presenta el breve, pero estimulante volumen a cargo de R. Wassermann, *Erziehung zum Establishment*, Müller, Karlsruhe, 1969, en el que se recoge un penetrante ensayo de Rudolf Wiethölter, «Anforderungen an den Juristen heute». El propio Wiethölter fue uno de los principales exponentes del denominado «Loccumer Arbeitskreis» a cuyos componentes se debe el volumen *Neue Juristenausbildung*, Luchterhand, Neuwied-Berlín, 1970, donde se incluyó su trabajo «Didaktik und Rechtswissenschaft». Un claro justiprecio crítico de las directrices y vicisitudes de la reforma germana de la enseñanza del Derecho, así como del limitado alcance práctico de las iniciativas propuestas en su día por el Loccumer Arbeitskreis se refleja en la entrevista a Rudolf Wiethöler publicado en *Kritische Justiz*, 1981, núm. 1, con el significativo rótulo de «Reformatio in peius? Zur Geschichte der Ausbildungsreform». Sobre el particular ofrecen también amplia información los libros de Hans Erich Troje, *Juristenausbildung heute. Eine Pathologie der Reform*, Campus, Frankfurt a.M., 1979; así como el artículo de Karl Letzgus, «Reformierte Juristenausbildung», en *Juristische Schulung*, 1981, núm. 1. Se ha traducido al castellano, por J. Puente Egido, la obra de W.K. Goeck, *Los Planes de reforma de las Facultades de Derecho de la República Federal Alemana*, Bosch, Barcelona, 1979.

La denuncia del papel ideológico que hoy cumplen las enseñanzas jurídicas y de su función reproductora de categorías conceptuales y hábitos mentales se refleja en los volúmenes de: J. Arnaud, *Les juristes face à la société:*

du XIXe siècle à nos jours, PUF, París, 1975; P. Barcellona y G. Coturri, *Stato e giuristi, tra crisi e riforma*, De Donato, Bari, 1974, con trad. cast. de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1976; y P. Barcellona, D. Hart y U. Mückenberger, *L'educazione del giurista, Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, De Donato, Bari, 1973, de la que existe trad. cast. a cargo de C. Lasarte, Civitas, Madrid, 1977.

La función deformadora que cumplen, por su pervivencia en la enseñanza del Derecho, determinados conceptos perpetuados como dogmas inmovibles pese a la desaparición o transformación radical de las circunstancias en que se forjó su significación ha sido objeto de estudio, entre otros, por Thilo Ramm «Vertragsfreiheit Instrument der Ausbeutung?», en el vol. col. *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*. Müller, Karlsruhe, 1972. Sobre la necesidad de acomodar la formación jurídica a las exigencias de los cambios producidos en la sociedad tecnológicamente avanzada y la consiguiente conveniencia de estimular en los estudiantes de Derecho la capacidad de prospectiva, son de gran interés los trabajos de: N. Bobbio, «Diritto e scienze sociali», en su vol. *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, traducido al cast. por A. Ruiz Miguel en el vol. *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980; M. Cappelletti, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università*, Giuffrè, Milano, 1974; S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968; J. A. Van Damme, «L'enseignement interdisciplinaire et le droit» en *Rapports belges au Xe Congrès International de Droit Comparé* (Budapest, 23-28 aout 1978), Bruylant, Bruxelles, 1978; y V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981.

Sobre el cambio en la orientación de la formación jurídica abocada a una creciente especialización, que ha determinado una degradación paulatina del *status* social de los juristas giran las consideraciones, de marcado signo conservador, de Ernst Forsthoff. Quien en sus trabajos «Der lästige Jurist» y especialmente en «Der Jurist in der industriellen Gesellschaft», recogidos en su volumen *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, Beck, München, 2ª. ed. 1976, lamenta la pérdida de la función preeminente que los juristas gozaron en el siglo XIX. A su entender, la especialización ha relegado al jurista a mero técnico del derecho. La excepción a esta regla general vendría constituida por la mayor libertad de decisión de la magistratura en nuestro tiempo. Ahora bien, como

tal libertad no ha sido fruto de una atribución legal sino de una usurpación, ha significado una ruptura con los modos tradicionalmente ligados a la dignidad de la función judicial. De ahí Wietholter –concluye– que el haber abandonado estos modos de comportamiento «implica necesariamente una degeneración, esto es el abandono de una consagrada forma cultural (Kulturform) y, por tanto, una pérdida del nivel institucional (eine Einbusse an institutionellem Niveau)» (págs. 241-242). Muy distintas son las conclusiones del sociólogo Ralf Dahrendorf quien, aún reconociendo una cierta pérdida de poder social, señala la todavía persistente situación privilegiada de los juristas en la clase dirigente alemana, en su artículo sobre «Las Facultades de Derecho y la clase alta alemana», incluido en el vol. col. a cargo de W. Aubert, *Sociología del derecho*, trad. cast. Tiempo Nuevo, Caracas, 1971. Sobre el tema existe una amplia bibliografía entre la que pueden recordarse los trabajos de: J. S. Auerbach, *Unequal Justice. Lawyers and Social Change in Modern America*, Oxford University Press, 1976; M. R. Ferrarese, «Gli avvocati tra pasato e presente», en *Rassegna Italiana di Sociologia*, 1975, núm. 16; J. Ladinsky, «Careers of Lawyers, Law Practice and Legal Institutions», en *American Sociological Review*, 1963, núm. XXVIII; y en España los libros de: J. J. Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico*, Tecnos, Madrid, 1975; y de A. Zaragoza, *Abogacía y política*, Edicusa, Madrid, 1975; así como la monografía de A.E. Pérez Luño, «La Sociología del Derecho y la formación de los juristas en España», en el vol. col. a cargo de R. Bergalli, *El Desarrollo y las Aplicaciones de la Sociología Jurídica en España*, Publicaciones del Instituto Internacional de Sociología del Derecho, Oñati, 1995. Sobre este tema resultan ilustrativos los Capítulos 6 y 7 de la obra de Roger Cotterrell, *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. cast. de C. Pérez Ruiz, con Prólogo de A.E. Pérez Luño, Ariel, Barcelona, 1991.

d) *Las disciplinas iusfilosóficas y la educación jurídica.* El papel de las enseñanzas iusfilosóficas en los Planes de Estudio de las Facultades de Derecho, ha sido objeto de constante preocupación por parte de los docentes más responsables de estas materias. Quienes profesan asignaturas que tienen por objeto el estudio de los diversos sectores normativos del ordenamiento jurídico, encuentran en la propia existencia de unos códigos o cuerpos legales específicos la justificación inmediata de su presencia en el plan de enseñanza de las Facultades jurídicas. A diferencia de ellos, quienes están llamados a la docencia de disciplinas de tipo formativo general que

tienden a religar la experiencia jurídica con su contexto socio-cultural, abordándolas desde premisas históricas, económicas, sociológicas o filosóficas, se ven abocados, por propia sensibilidad autocrítica o apremiados por motivaciones externas (como pueden ser las amenazas de reforma, reducción, y en el peor de los casos, de supresión que periódicamente les acechan) a preguntarse a sí mismos y a explicar a los demás la razón de ser de su presencia en las Facultades de Derecho. Personalmente entiendo que de esta actitud no deben desprenderse consideraciones melancólicas o pesimistas a propósito de la inseguridad de estos docentes o de la precariedad del *status* teórico de sus disciplinas. En favor de ellos, por el contrario, debe reconocerse la obstinada constancia con la que han perseguido la clarificación del sentido y alcance de su labor universitaria. Ahora bien, el hecho de que los profesores más responsables de las materias fundamentales de carácter formativo, y en concreto los que imparten las disciplinas iusfilosóficas, hayan tomado plena consciencia de esta cuestión no se ha traducido en un abundante testimonio escrito de su inquietud. Se ha indicado, con razón, que la Universidad es mucho más de lo que se imprime. Pues bien, la más de las veces las reflexiones de los profesores de Filosofía del Derecho sobre el alcance y la significación formativa de sus enseñanzas para la educación jurídica se han llevado a cabo en las lecciones introductorias de sus cursos, al impartir seminarios o cursillos monográficos, o en los debates suscitados en el seno de las Juntas de Facultad o del Claustro. Se ha tratado en suma del testimonio palpitante de unas inquietudes que difícilmente se han transmitido al papel y más difícilmente todavía han superado la prueba de la imprenta. Muchos de los mejores docentes de nuestra disciplina han sido, en esta faceta de su magisterio, ágrafos en la acepción noble del término a la que, en fecha reciente, se han referido Francisco Murillo y Luis Díez del Corral para aludir a la situación «del que no escribe, siendo así que por alguna manera oral desborda ideas que se estiman merecedoras de la imprenta». Prólogo al vol. de Nicolás Ramiro Rico, *El animal ladino y otros estudios políticos*, Alianza, Madrid, 1980 (pág. 10).

Una observación inicial de los testimonios escritos de los profesores de Filosofía del Derecho muestra que suelen verse abocados a actitudes cíclicas de exaltación y desesperanza, en relación con su cometido en las Facultades de Derecho. Estos comportamientos que vienen condicionados por el signo de los tiempos permiten advertir que, en general, suelen

ser mucho más estimulantes y profundas sus argumentaciones cuando se desarrollan en un clima adverso; como si les fuera preciso medir desde la hostilidad crítica y la incompreensión el horizonte y el valor de su propio quehacer. Baste recordar, por ejemplo, que uno de los juicios más autocomplacientes sobre la importancia del Derecho natural calificado por Joaquín Marín y Mendoza, primer titular de la Cátedra de Derecho Natural y de Gentes creada en 1770 en los Reales Estudios de San Isidro de Madrid, como «el monumento más glorioso de cuantos ilustran el espíritu humano», fue precisamente expuesto en una obra de tan limitado alcance como su *Historia del Derecho Natural y de Gentes* (1776), de la que existe una ed. a cargo de M. García-Pelayo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950. No es de extrañar que, casi coetáneamente, este juicio hiperbólico se viera contrapuntado por la mordaz ironía con que José Cadalso estima la importancia de esos saberes en *Los eruditos a la violeta* (1772), hay una ed. a cargo de F. C. Sáinz de Robles, Aguilar, Madrid, 1944. Como punto de parangón a la actitud de exultante optimismo de Marín y Mendoza se pueden recordar las consideraciones de Benedetto Croce en su etapa de mayor dedicación al estudio de la filosofía jurídica: «In una facoltà di tecnici civilisti, romanisti, storici, economisti, quel povero insegnante di filosofia del diritto ha tuta l'aria di un intruso, di un inesperto che maneggia gli strumenti altrui e rischia di guastarli», escribía sobre el particular en su artículo sobre «La filosofía del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza», en *Critica*, 1907 (pág. 174).

El prestigioso anuario francés *Archives de Philosophie du Droit* dedicó monográficamente su vol. 6 en 1961 a *La réforme des études de droit, le droit naturel* recogiendo, entre otros, los trabajos de: J. Ellul, «Essai sur la signification philosophique des réformes actuelles de l'enseignement du droit»; A. Tunc, «La philosophie du droit dans l'enseignement des Facultés du Droit des Etats-Unis d'Amérique»; y M. Villey, «L'Université malade de réformité». En esa misma publicación, en su vol. 14 de 1969, el propio Michel Villey reivindicaba el valor del Derecho natural clásico para la enseñanza del Derecho en el curso de sus diálogos con alumnos de la Universidad de París al hilo de los sucesos del 68, recogidos bajo el título «De l'étude. Un cours sur les philosophies de l'Université».

La función de la Filosofía del Derecho en la formación de los juristas ha sido abordada por Widar Cesarini-Sforza en su trabajo «La riforma uni-

versitaria e la Filosofia del Diritto» en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964; así como por Uberto Scarpelli en sus monografías sobre «L'educazione del giurista», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968 y, de modo especial, en «Insegnamento del Diritto, Filosofia del Diritto e società in trasformazione» incluido en *L'educazione giuridica*, vol. I, cit., donde defiende las ventajas de una orientación analítico-lingüística en orden a la consecución de los objetivos prioritarios de una formación jurídica dirigida a: la promoción de una plena consciencia sobre la función instrumental de las estructuras y formas, de las actitudes y posiciones, de los métodos y estilos constitutivos de los ordenamientos jurídicos, de la praxis y de la doctrina jurídica, clarificando las diversas opciones políticas posibles y su posible justificación pragmática; contribuyendo así a elecciones plenamente conscientes» (pág. 67). También Giovanni Tarello ofrece una síntesis general de los objetivos, contenido y materiales para el estudio de la «Filosofía del Diritto» en el vol. col. a cargo de Sabino Cassese, *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, cit. En su opinión la Filosofía Jurídica cumple funciones de «introducción a los estudios jurídicos, de estimación crítica de los problemas fundamentales de las organizaciones jurídicas desde el punto de vista de las actividades y de los métodos de los operadores jurídicos, y de conexión entre las diversas disciplinas técnico-jurídicas, histórico-jurídicas y comparatistas» (pág. 53). Asimismo, constituye una breve, pero interesante síntesis sobre el valor actual de las enseñanzas iusfilosóficas en relación con otras materias afines el estudio de Winfried Hassemer «Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform», en el volumen a cargo de Arthur Kaufmann, *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, Müller, Karlsruhe, 1971.

Entre los numerosos trabajos dirigidos a reivindicar la necesidad de la presencia de enseñanzas filosóficas en las Facultades de Derecho para el mantenimiento de su condición universitaria; ante la tendencia a reducir su ámbito a las materias de carácter técnico que las relegaría a meras escuelas profesionales de grado medio, pueden citarse (a parte de los de Ch. Eisenmann, J. Ellul, M. Villey, W. Cesarini-Sforza... ya reseñados) los de Ilmar Tammelo, «The Perennial Role of Legal Philosophy» en el vol. col. *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1968; y Th. Würterberg, «Vom Weg des Juristen», en el vol. col. *Persönlichkeit in der Demokratie. Festschrift für Erich Schwinge zum 70 Geburtstag*, Hanstein, Köln-Bonn, 1973.

El valor de las aportaciones filosóficas de la nueva retórica y la teoría de la argumentación para la educación jurídica ha sido defendido por Ch. Perelman en su estudio «Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit» en su vol. *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, París, 1968; así como en el artículo, «La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique» en *L'educazione giuridica* II, cit., en cuya obra colectiva mantienen planteamientos análogos: R. Pérez Pérdomo, «Le discours du professeur comme modèle pédagogique du raisonnement juridique» y de A. Giuliani, «Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends».

Se ha pronunciado por una integración de la Filosofía Jurídica con las ciencias sociales, para una formación universitaria a la altura de las exigencias de nuestro tiempo, Umberto Cerroni en su contribución «Considerazioni sullo stato delle scienze sociali» al vol. col. *Università di oggi e società di domani*, Laterza, Bari, 1969. En su ensayo *Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores*, Nova Terra, Barcelona, 1968, Manuel Sacristán asigna a la filosofía la crítica de los fundamentos metodológicos y genéticos y de las perspectivas gnoseológicas y sociales de su conocimiento positivo; aludiendo expresamente a la Filosofía del Derecho como posible forma de proyección del aparato crítico filosófico al análisis de la experiencia jurídica.

Aunque centrado en la relevancia de la Filosofía del Derecho para la práctica legislativa, así como para la interpretación y aplicación de la norma, contiene interesantes alusiones a su valor formativo general el vol. col. a cargo de Thomas Würtenberger, *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1971. Conviene recordar que sobre el papel educativo de la enseñanza de la Filosofía del Derecho para la actividad jurídica práctica no han perdido todavía su vigencia las consideraciones de Rudolf Stammler en su *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, De Gruyter, Berlín-Leipzig, 3ª. ed., 1928.

De interés para la reciente evolución doctrinal e institucional de las disciplinas iusfilosóficas en las Facultades de Derecho españolas son los trabajos debidos a: L. Legaz y Lacambra, «Droit naturel et méthode dogmatique dans l'enseignement du Droit en Espagne», en *L'educazione giuridica*, II, cit.; J. F. Lorca Navarrete, «La Filosofía Jurídica española contemporánea», Apéndice a la trad. cast. del vol. III de la *Historia de la Filosofía del Derecho* de Guido Fassò, Pirámide, Madrid, 2ª. ed., 1981; E. Luño Peña,

«El Derecho Natural y la Filosofía del Derecho en los Planes de Estudios de la Universidad española», en su *Historia de la Filosofía del Derecho*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 3ª. ed., 1962; A. E. Pérez Luño, «El derecho natural en la España del siglo XX», en el vol. col. *El derecho natural hispánico*, ed. a cargo de F. Puy, Escelier, Madrid, 1973; id. «La filosofía e la teoria del diritto in Spagna» en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982, fas. 3 Id., «Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien», en *Rechtstheorie*, 1987, tomo, 18, fas. 3; F. Puy, *La Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago (1807-1975)*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1975; así como las contribuciones al número monográfico de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1975, núm. 15 sobre *La Filosofía del Derecho en España* y el monográfico 5, 1982, de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, sobre *La Filosofía y la Enseñanza del Derecho*.

Por último, para no desbordar los límites prefijados a esta reseña, conviene recordar los estudios de: E. Díaz, «Concepto y función actuales de la Filosofía del Derecho y del Derecho natural»; A. Montoro, «Significado y función de la Teoría fundamental del Derecho»; M. Atienza, «Ontología jurídica y Filosofía del Derecho», y B. De Castro Cid, «Los derechos del hombre, ¿nueva disciplina en las Facultades de Derecho», incluidos todos ellos en el vol. col. *El primer año de Derecho*, cit., que ofrecen una panorámica de diversos aspectos y problemas ligados con el estatuto teórico y la enseñanza de las disciplinas iusfilosóficas y otras materias afines. Entre los trabajos más recientes merece ser destacada la contribución de B. De Castro Cid, «Enseñanza del Derecho: el desafío de las nuevas metodologías», en el vol. col. *Didáctica Universitaria*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1995; así como la referencias a aspectos de la formación iusfilosófica para los profesionales del Derecho, contenidas en las obras colectivas: *El abogado. Formación, deontología y organización del despacho profesional*, ed. a cargo de F. Gutiérrez-Alviz, Aranzadi, Madrid, 1994; y *La Universidad y las profesiones jurídicas*, Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998.

3. La Filosofía del Derecho como tarea intelectual y compromiso político

En las reflexiones y documentación hasta aquí expuesta se comprueba la doble y, a mi entender, concomitante significación de la Filosofía del

Derecho: de una parte, se trata de una disciplina cultural tendente a promover la plena formación científica de los juristas; de otra, constituye una instancia crítica que invita a los operadores jurídicos a un compromiso activo en la realización de los valores que integran el sistema de legitimidad del Derecho.

Por coherencia intelectual y ética el jurista no puede limitarse a postular unos valores en la esfera de la reflexión jurídica sin que, al propio tiempo, no desarrolle el correspondiente esfuerzo por dotarles de eficacia y por hacer de ellos una experiencia tangible en la vida cotidiana de las sociedades democráticas.

La Filosofía del Derecho entraña, por tanto, *una tarea intelectual* y un *compromiso político*. Aludir, diferenciándolas, a estas dos facetas pudiera hacer pensar que se trata de una disyuntiva entre su dimensión intelectual y su aspecto político, que puede ser cuestionada.

Para el Platón de la *República*, por aludir a un notorio ejemplo, el intelectual debe ser el político, y viceversa, sin que quepa una disociación entre ambas condiciones. En el mundo contemporáneo, Marx rompe con la tradición de fractura anterior al establecer una continuidad necesaria entre la teoría intelectual y la *praxis* política. La idea del intelectual «orgánico» de Gramsci, del intelectual *engagé* de Sartre o el intelectual «interesado» de Habermas, han supuesto versiones renovadas del postulado marxiano.

La tesis contraria, propugnadora de establecer una línea de demarcación entre ambas esferas de la conducta humana, ha contado también con ilustres defensores. En la culminación autoconsciente de la modernidad, Hegel describe a Napoleón en carta a Niethammer de 1806 –tenida por Franz Rosenzweig (*Hegel und der Staat*) como una de las claves hermenéuticas para captar el despliegue de la filosofía política hegeliana en términos que no me resisto a reproducir: «He visto al Emperador, el alma del mundo (*Weltseele*)...; es una sensación maravillosa ver a un individuo tal que, sentado sobre un caballo, sobrepasa los confines del mundo y lo domina...». El teórico se distancia del político para admirar, explicar o sistematizar su acción o, en su caso, para criticarla.

El dualismo entre lo intelectual y lo político alcanzará una de sus más célebres expresiones en el pensamiento de Max Weber. La actividad del científico se cifra en la comprensión (*Verstehen*) intelectual, realizada a tra-

vés de categorías o tipos ideales (*Idealtypen*), de los fenómenos sociales y, en definitiva, de las acciones políticas. La diferencia de funciones se traduce en diferentes actitudes morales. Weber opone a la «ética de convicción» del intelectual basada en principios la «ética de responsabilidad» del político tendente al logro de consecuencias y resultados.

La concepción dualista halló su más elocuente y reiterado apoyo, entre nosotros, en el pensamiento de Ortega. Espigando en la dilatada obra orteguiana aparecen textos que enuncian, de forma nítida, la posición de su autor. «La misión del llamado «intelectual» —escribe en el «Prólogo para franceses» de *La rebelión de las masas*— es, en cierto modo, opuesta a la del político. La obra intelectual aspira, con frecuencia en vano, a aclarar un poco las cosas, mientras que la del político suele, por el contrario, consistir en confundirlas más lo que estaban». Ortega y Gasset se sitúa conscientemente en las antípodas de la *reductio ad unum* de intelectuales y políticos auspiciada por Platón. «Siempre he sido hostil —nos dice en *El Espectador*, VI— a Platón porque sostuvo que los filósofos debían gobernar. ¿Qué mal habían hecho a Platón para desearles semejante destino? Preferible es que los filósofos se ocupen sólo en pensar y que, de cuando en cuando, los gobernantes lean lo que los filósofos han pensado, no para hacerles caso —¡eso de ninguna manera!—, sino tan sólo por vía gimnástica y como puro ejercicio». En el ensayo «Reforma de la inteligencia», Ortega compendia el sentido de su recelo a la proyección política del intelectual: «La atención de lo demás nos seduce a que pensemos *para ellos*, y como su plural —la colectividad— no tiene más vida que la pseudovida de sus intereses externos, la inteligencia puesta a su servicio se hace utilitaria en el mal sentido de la palabra... Frente a ese «servilismo» de la inteligencia a la falsa vida, su uso auténtico adquirió ya entre los griegos el carácter «inutilitario» de pura contemplación». Se trata, en suma, de evitar la instrumentalización del intelectual y de mostrar que el carácter introspectivo y el uso desinteresado del intelecto, de la «pura inteligencia», es también práctica y técnica para «la vida auténtica».

No sería justo para con la actitud orteguiana reputarla como una infravaloración y desprecio de la política. Abundan en la vida y en la obra de Ortega testimonios que avalan su sensibilidad política. Su alegato en pro del carácter contemplativo de la inteligencia no le lleva a postular la fractura entre intelectuales y políticos. Por contra, Ortega lamenta esa falta de

entendimiento: «Todas las grandes épocas de la historia —advierte en el «Epílogo para ingleses» de *La rebelión de las masas*— han nacido de la sutil colaboración entre estos dos tipos de hombre. Y tal vez una de las causas profundas del actual desconcierto sea que desde hace dos generaciones los políticos se han declarado independientes y han cancelado esa colaboración». Late, las más de las veces, en la reflexión orteguiana un cierto pesimismo fatalista que le lleva a aceptar un hiato inevitable entre el «deber ser» de colaboración entre la ciencia y la política y la experiencia inmediata de continuos distanciamientos. Su actitud pudiera sintetizarse en una pretensión resignada: «Platón quería que gobernasen los filósofos; no pidamos tanto, reduzcamos al mínimo nuestro deseo, pidamos que no nos gobiernen analfabetos» (*Los problemas nacionales y la juventud*).

Las posturas reseñadas no agotan las posibilidades analíticas de concebir las relaciones entre teoría intelectual y práctica política. Se pueden imaginar, al menos, otras dos. Como variante de los planteamientos dualistas, cabe aludir a la tesis de quienes, partiendo de la diferencia funcional básica entre ciencia y política, no aceptan la equiparación de su importancia (que parece desprenderse del ideario de Hegel y Weber), ni menos la superioridad de la tarea intelectual (Ortega). Por contra, sostienen la primacía de la acción política. Un ejemplo extremo de esta actitud vendría condensado en la siniestra *bontade* que Albert Camus (*Pessimisme et tyrannie*) pone en boca de Goering: «Cuando se me habla de la inteligencia, saco mi revólver». Al tiempo que a la síntesis monista integradora de intelectuales y políticos se opone el eventual monismo desintegrador: ni intelectuales, ni políticos. Tal posición, ligada a diferentes versiones históricas del pesimismo antropológico, englobaría las tesis de quienes entienden que la mayoría decisiva de los seres humanos no son, o no deben ser, considerados ni como intelectuales ni como políticos. Frente a ella se pueden aducir los consabidos argumentos de que incluso las pretendidas posturas apolíticas son una determinada forma de hacer política, y, correlativamente, que la cultura más que el reducto de un grupo privilegiado es la expresión de las formas de vida de la humanidad.

Ahormada como está la mentalidad didáctica a discurrir *more tipologico*, se habrá de disculpar esta digresión clasificatoria. Estimo, no obstante, que no es ocioso establecer, de principio, algunas categorías conceptuales en las que poder alojar con sentido el uso e interrelación de términos tan

imprecisos y equívocos como los de «tarea intelectual» y «compromiso políticos». El inventario esbozado me permite encuadrar mi personal postura en un monismo integrador del quehacer intelectual y político. Suscribo, en concreto, la tesis habermasiana (*Erkenntnis und Interesse*) sobre el carácter necesariamente interesado del conocimiento intelectual y comparto su opción por un interés cognoscitivo emancipatorio que asegure la conexión entre saber teórico (intelectual) y práctica vivida (política).

En función de esas premisas, los cambios producidos en las tres últimas décadas en el panorama intelectual español, me parecen inseparables de los cambios políticos producidos en la sociedad española. Pienso que en esa etapa se da una efeméride decisiva: la Constitución de 1978, en cuanto marca dos momentos diferentes de actuación político-intelectual. El anterior a esa fecha, consagrado a la lucha por los derechos fundamentales y el Estado de Derecho; el subsiguiente, orientado hacia la difusión de una «consciencia constitucional» o una «voluntad de constitución» (*Wille zur Verfassung*), es decir, hacia el compromiso por hacer de la normativa constitucional experiencia política tangible en la vida cotidiana.

El papel que corresponde a la Filosofía jurídica durante estos años se halla inmediatamente vinculado a los dos grandes tipos de tareas político-intelectuales reseñadas, que han desarrollado y deben desarrollar quienes cultivan esta disciplina.

La evolución de las relaciones entre la tarea intelectual y el compromiso político este período registra el cambio de rumbo consiguiente a la fecha de inflexión aludida. Antes de 1978 la política-intelectual se hallaba éticamente abocada a pugnar por el cambio hacia la sociedad justa; después, a contribuir a trasladar los valores y cláusulas emancipatorias desde la letra de sus formulaciones constitucionales a la práctica política, social, económica y cultural.

El momento actual de la cultura iusfilosófica española no puede sustraerse de lo que debe considerarse el fin de cualquier formación cultural: la eliminación de la servidumbre, la injusticia y la mentira, en función de una comunicación universal, sin distorsiones, dominios o interferencias, entre los hombres. Los cambios producidos en la situación política interna e internacional, pienso, contribuyen a posibilitar unas formas de comunicación menos dogmáticas, más espontáneas y directas; en suma, más libres,

que pudieron serlo en etapas anteriores. Falta perspectiva para evaluar el grado de aprovechamiento de esa coyuntura favorable.

El peso de los filósofos del Derecho en la vida social y política española actual se mide por su contribución a plantear y ofrecer respuesta a los grandes retos de la era tecnológica y la sociedad global: la paz, la solidaridad cosmopolita superadora de los tribalismos excluyentes de cualquier signo, la consiguiente emancipación de los marginados, el medio ambiente y la calidad de vida, la defensa frente a la manipulación informática o genética... Personalmente, estimo que nuestra cultura política vive distante y ajena a los principales desafíos e implicaciones subyacentes a la constante expansión de las nuevas tecnologías. Faltan esfuerzos rigurosos e interdisciplinarios orientados a evaluar el impacto de la revolución tecnológica (*techno-logy assessment*) en el tejido social que sirvan de programas para el actuar colectivo. El problema reviste ahora urgencia inaplazable, si es que no queremos perder el tren que conduce, en dirección correcta, a la estación del futuro. A la funesta consigna de deserción: «Que inventen otros», se corre el riesgo de añadir ahora otra no menos irresponsable: «Que enjuicien otros las consecuencias de los inventos», la cultura iusfilosófica no puede ser inconsciente de que en lo que atañe a los usos, abusos y proyecciones de las nuevas tecnologías, en la experiencia social y jurídica en definitiva, *de nobis fabula narratur*.

CAPÍTULO IX^(*)

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

(*) El presente capítulo es el Apéndice del libro de Antonio-Enrique Pérez Luño, intitulado *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2003, págs. 579-631, y que aquí se publica con la autorización expresa del autor. (J.P.M.)

SUMARIO: 1. Los derechos humanos y el constitucionalismo Bajo el síndrome del cambio de paradigma. 2. Los derechos humanos: su trayectoria y decantaciones actuales. 2.1. Desde el esencialismo al funcionalismo. 2.2. Desde la desformalización al procedimentalismo. 2.3. Desde la autopoiesis a la heteropoiesis. 3. Los nuevos retos del constitucionalismo: hacia un Derecho Constitucional Común Europeo. 3.1. Elementos conformadores del DCCE. 3.2. Aporías y opciones del DCCE. 3.3. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. 4. Dilemas actuales del constitucionalismo y las libertades. 4.1. Dilema contextual: ¿nacionalismo o universalismo? 4.2. Dilema de los fines: ¿economía o ética? 4.3. Dilema de los medios: ¿pragmatismo o retórica? 4. Dilema de los resultados: ¿libertades modernas o libertades postmodernas? 5. Los Derechos humanos y El constitucionalismo bajo el signo de la educación. 6. Conclusión: Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Sociedad Globalizada.

1. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONSTITUCIONALISMO BAJO EL SÍNDROME DEL CAMBIO DE PARADIGMA

Una de las inquietudes más extendidas en la cultura y la ciencia actuales es el de la sensación de estar asistiendo a un proceso de profundo cambio. Ese cambio no significa necesariamente un avance, no implica siempre un progreso, antes al contrario, puede sospecharse en el cambio al que aludo el anuncio de una *reformatio in peius* de distintas disciplinas, instituciones y, en definitiva, de amplios sectores del pensar humano.

Ese fenómeno de cambio se ha manifestado también en la teoría de los derechos humanos y del constitucionalismo. Para captar la nueva situación, es evidente que se requiere, como presupuesto preliminar y básico, establecer un balance de la situación actual, es decir, el *status quaestionis*

teórico y práctico del constitucionalismo y las libertades. Se trata de dibujar una especie de mapa orientador de los problemas y tendencias del presente. Pero, esa indagación del pasado inmediato y del presente, tienen como fin prioritario captar el sentido de las transformaciones que se están operando y que se vislumbran como horizonte próximo en la evolución de estas materias. Para ello, habrá que arriesgar itinerarios de vanguardia, será necesario otear los rumbos futuros de unas realidades que hoy sólo pueden presagiarse.

Indica un conocido *molto* orteguiano que una teoría es digna del nombre de científica en la medida en que es capaz de avanzar profecías. Al asumir esa *working hypothesis*, estas reflexiones no han querido reducir su tarea a la explicación de las contingencias presentes del constitucionalismo y los derechos humanos; se han esforzado también en aventurar conjeturas sobre sus transformaciones y lo que pueda ser su realidad futura, cuyos rasgos pueden ya anticiparse.

Este enfoque parece el más idóneo para dar cuenta del síndrome inaugural de un nuevo tiempo que hoy se percibe como signo distintivo de nuestra época. Porque, se suele asociar a los inicios de siglo, más aún a los de milenio, la impresión del cambio en las ideas y en las formas de vida colectiva. Parece como si existiera una íntima coincidencia entre las reglas convencionales que rigen los periodos cronológicos y los movimientos existenciales que expresan los ciclos de las sociedades históricas. Quizás se deba a ello el síndrome de agotamiento de un periodo que hoy predomina en nuestra cultura y del consiguiente presagio de una mutación. Si bien, los rumbos del futuro no se precisan, sólo se conjeturan de forma indefinida y genérica.

En los últimos años se oye por donde quiera con monótona insistencia el tópico del fracaso y conclusión del paradigma de la modernidad y su sustitución por el de la postmodernidad. Conviene recordar que la noción de paradigma se asocia a la obra, publicada en 1962, de Thomas Kuhn *The Structure of Scientific Revolution*, responsable del ulterior predicamento adquirido por esa categoría. A juicio de Kuhn, las teorías científicas se desarrollan en el interior de «paradigmas», que constituyen los marcos de debate y solución de las cuestiones básicas que suscita el conocimiento. Fuera del paradigma no puede existir auténtica investigación científica. Además, periódicamente se producen crisis que expresan la discontinuidad del conoci-

miento y se traducen en «cambios de paradigma», es decir, representan la ruptura revolucionaria de un determinado modelo de ciencia y su sustitución por otro paradigma científico. Los distintos paradigmas son incompatibles entre sí y no existe posibilidad de comunicación inter-paradigmática⁽¹⁾.

Esta tesis ha sido, a su vez revisada y criticada por quienes estiman que la ciencia y la cultura se hallan en un estado de «revolución permanente». La ciencia y la cultura no se desarrollan a partir de cortes epistemológicos radicales que supongan hacer *tabula rasi* con el pasado; los hombres de ciencia y de cultura comparan, actualizan, revisan y mejoran teorías diversas y se apoyan en teorías anteriores para superarlas. Ese proceso se realiza a través de reconstrucciones racionales constantes contenidas en lo que Imre Lakatos denomina «programas de investigación»⁽²⁾; o mediante lo que Karl Popper califica de «falsación», por la que una teoría es científica en la medida en que pueda ser demostrada su falsedad; mientras eso no ocurre se considera verdadera, así los procesos científicos entrañan una continua sucesión de «conjeturas y refutaciones»⁽³⁾. En el conocimiento científico coexisten la continuidad y la discontinuidad. Se dan, sin duda, cambios que pueden desembocar en transformaciones revolucionarias, pero siempre permanecen determinados principios y categorías.

Estos presupuestos parecen de consideración obligada para plantear el debate sobre el supuesto cambio de paradigma de la modernidad y su sustitución por el de la postmodernidad. Lo primero que importa advertir es que la última etapa de nuestra experiencia cultural registra la aparición del término «Postmodernidad», con el que se alude a las más diversas expresiones artísticas, literarias e, incluso, científicas del presente. Se trata de una denominación que alcanzó fortuna tras la publicación en 1979 de la obra *La condición postmoderna* del francés Jean François Lyotard⁽⁴⁾. Con esa

(1) T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

(2) I. Lakatos, *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*, trad. cast. D. Ribes Nicolás, Tecnos, Madrid 2ª. ed., 1982.

(3) K. Popper, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, trad. cast. de N. Míguez, Paidós, Buenos Aires, 1967.

(4) J. F. Lyotard, *La condition postmoderne*, Minuit, París, 1979, (existe trad. cast. Cátedra, Madrid, 1984).

expresión se quiere aludir a un cambio de paradigma cultural cuya cronología es incierta y debatida (algunos sitúan sus orígenes en las postrimerías del s. XIX, otros tras el fin de la Primera Guerra Mundial, y no faltan quienes la ubican en la crisis de conciencia colectiva del final de nuestro siglo); y no lo es menos su propia significación (ha indicado Küng certeramente que, a menudo, se utiliza este término «en sentido nebuloso-folletinesco»⁽⁵⁾).

Más allá de sus ambigüedades e imprecisiones, y a falta de una denominación más apropiada, la postmodernidad constituye un marco convencional de referencia a la irrupción de un conjunto de signos que entrañan una ruptura respecto a los valores culturales de la modernidad. En el ámbito jurídico, moral y político se repiten con asiduidad las tesis de quienes propugnan abolir los grandes valores ilustrados: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, y propugnan reemplazarlos por una exaltación —muchas veces simplificadora y acrítica— de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuelta a un nacionalismo tribal y excluyente. Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de exigencias éticas universales, están siendo hoy cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias; la propia legitimación ética del Derecho y de la Política basada en principios consensuales universalizables se considera un ideal vacío y sospechoso de encubrir uniformismos totalitarios. A la unidad de el *ethos* moderno, se opone la fragmentación y multiplicidad de *ethos* basados en las diferencias «nacionales», «locales», «plurales», «particulares» (minorías étnicas, religiosas, lingüísticas, sexuales...).

Estamos asistiendo, en definitiva, a un nuevo asalto a la teoría postuladora de la integración de la Moral, la Política y el Derecho, en la medida en que dicha teoría formaba parte del aparato legitimador de los Estados de Derecho. La transformación de los valores y de los presupuestos sociales y políticos que sirvieron de contexto al Estado de Derecho y que han motivado sus sucesivas decantaciones, no podía dejar de manifestarse en sus criterios de legitimación. Por ello, el Estado de Derecho, que es uno de los grandes logros de la modernidad, se está viendo comprometido

(5) H. Küng, *Proyecto de una ética mundial*, trad. cast. de G. Canal, Trotta, Madrid, 1991, p. 19.

en una cultura como la nuestra calificada de postmoderna. El «asedio a la modernidad» (Sebreli) es, precisamente, el término con el que se quiere aludir al fenómeno de relativismo cultural y al auge de los particularismos antiuniversalistas propios de la fase histórica actual.

Una actitud notoria y arquetípica de oposición postmoderna, a la idea de los derechos humanos propia de la modernidad, es la representada por los planteamientos de Richard Rorty. Si para la filosofía práctica moderna la elaboración teórica de los derechos humanos, por su propia significación nodal para el Derecho, la ética y la política implicaba la exigencia de una argumentación particularmente «fuerte», para este representante de la cultura postmoderna, será una expresión del «pensamiento débil». Con ello, se quiere significar que la tematización postmoderna huye de cualquier pretensión de radicalidad de búsqueda de los presupuestos últimos, del significado y sentido de las libertades. Desde estas premisas se considera imposible escapar a la contingencia del lenguaje sobre los derechos y a la propia contingencia de la realidad inaprensible a la que ese lenguaje se refiere.

Reducida a sus aspectos básicos, la tesis de Rorty entraña una deliberada alternativa a algunos de los postulados caracterizadores de la concepción moderna de los derechos humanos.

1) *Pragmatismo frente a esencialismo.* Para Rorty cualquier intento de indagar la esencia de los derechos humanos, vinculándola a la propia naturaleza humana, supone una ilusión metafísica, carente de sentido. A esa pretensión ilusoria, contraponen una versión pragmática de las libertades, concebidas como meros instrumentos, históricos y contingentes, dirigidos a promover situaciones de bienestar y esperanza en la vida colectiva.

2) *Particularismo frente a universalismo.* Rorty niega abiertamente uno de los rasgos constitutivos del concepto de derechos humanos desde su génesis en la Ilustración: la universalidad. A tenor del enfoque de Rorty las libertades no dimanarían de valores universales atribuidos a todos los seres humanos, sino de los sentimientos de esperanza en mejoras futuras, o de solidaridad ante circunstancias presentes de injusticia. Se trata siempre, por tanto, de actitudes referidas a hechos particulares históricos, circunstanciales y situacionales.

Los derechos humanos no son categorías filosóficas, jurídicas o políticas abstractas universales e intemporales, sino el resultado de una tradi-

ción y de unos sentimientos de identidad compartida entre quienes integran sociedades concretas e históricas.

Mas allá de cualquier pretension de universalidad, los derechos humanos son el resultado de «mil puntadas menudas» de situaciones y circunstancias de sufrimiento que exigen una respuesta solidaria.

3) *Narración frente a fundamentación.* Para el pragmatismo de Rorty la emergencia de la cultura de los derechos humanos nada debe al desarrollo del conocimiento racional en el plano ético, jurídico y político, sino que es el producto de narraciones «tristes y sentimentales». La idea de los derechos humanos responde a unas narraciones, es decir, a unas formas de lenguaje que suscitan sentimientos de compasión, solidaridad o esperanza. Desde la perspectiva pragmática, que Rorty califica también de «ironía liberal» intentar elaborar un fundamento racional de los derechos humanos, pretender una solución teórica del problema de la crueldad, la injusticia u otros dilemas morales, constituyen una actitud propia de los teólogos o metafísicos. La única tematización de los derechos humanos que parece admisible para el pragmatismo «irónico-liberal» de Rorty, es la que fluye desde las emociones y los sentimientos, porque, en definitiva, debe descartarse cualquier tentativa de fundamentarlos racionalmente⁽⁶⁾.

No habré de insistir en la profunda divergencia existente entre la concepción de los derechos humanos de Rorty y la defendida en este libro, en especial, en lo que se ha tenido ocasión de exponer en el Capítulo tercero

⁽⁶⁾ R. Rorty, «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad» en el vol. col. a cargo de S. Shute y S. H. Urley, *Los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, trad. cast. de H. Valencia, Trotta, Madrid, 1998, pp. 117 ss.; id. *Contingencia, ironía, y solidaridad*, trad. cast. de A. Sinnott, Paidós, Barcelona, 1991; id. *Consecuencias del pragmatismo*, Tecnos, Madrid, 1996; id. *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, FCE, Buenos Aires, 1997; Sobre el alcance de la postmodernidad en relación con las libertades, vid., entre otros: J. Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989; A. de Julios Campuzano, *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia*, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Universidad de Sevilla, 2000. Cfr. E. Denninger, «Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno»; id. «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», recogidos ambos en el vol. col., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid 1996, pp. 53 ss. y 305 ss.; M.J. Fariñas Dulce, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la «actitud postmoderna»*, Universidad Carlos III & Dykinson, Madrid, 1997.

referente a la fundamentación de tales derechos^(*). A los solos efectos de clarificar sucintamente algunos de los aspectos que entiendo resultan particularmente insatisfactorios de la doctrina de Rorty, se puede apuntar lo siguiente:

1') En primer término, conviene advertir que aceptar la importancia cognoscitiva y comunicativa del lenguaje que sirve de vehículo expresivo a los derechos humanos, no tiene que conducir necesariamente a una concepción pragmatista de los mismos. El carácter inviolable e inalienable de los derechos humanos, corolario de la condición de fines en sí mismos de sus sujetos titulares, no implica la recaída en rancios postulados metafísicos ideales y abstractos, sino la apelación a lo que es significado y la razón de ser de esos derechos. Si se niega o se soslaya esta cualidad en nombre de premisas pragmáticas o utilitaristas, los derechos humanos quedan degradados de fines a medios; es decir, a meros instrumentos oportunistas y coyunturales para la defensa de intereses contingentes.

2') Tampoco es aceptable la impugnación de Rorty referida a la universalidad de los derechos humanos. La universalidad es un ingrediente básico e inherente a la formación histórica y al propio concepto actual de los derechos humanos. Los derechos humanos han significado, desde su orto en la época de la Ilustración, un conjunto de facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Por tanto, el rasgo principal que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad es precisamente el de su carácter universal; el de ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión. Conviene insistir en este aspecto, porque derechos, en su acepción de *status* o situaciones jurídicas activas de libertad, poder, pretensión o inmunidad han existido desde las culturas más remotas, pero como atributo de sólo alguno de los miembros de la comunidad. El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres; y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos. Por ello, los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconoci-

(*) Pérez Luño se refiere a su libro. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., págs. 132-184. (J.P.M.)

miento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.

3) También resulta falaz el intento de suplantar la fundamentación de los derechos humanos por su mera dimensión narrativa que se desprende de las propuestas de Rorty. Los derechos humanos son respuestas a determinadas agresiones e injusticias perpetradas contra la humanidad. En la denuncia y en la creación de un clima reivindicativo frente a esos abusos, las emociones, los sentimientos y las formas de expresión narrativas de los mismos han jugado un papel histórico incuestionable. Pero lo que ha permitido traducir ese cúmulo, muchas veces impreciso y confuso, de sentimientos en derecho o sea, lo que ha permitido formalizar los sentimientos morales en instituciones jurídico-políticas ha sido, precisamente, la fundamentación racional. Los derechos humanos son el fundamento del Estado de Derecho y para serlo precisan hallarse bien fundamentados. La función legitimadora de los sistemas democráticos, que compete a los derechos humanos se vería gravemente comprometida si el significado y el alcance de tales derechos fuera fruto de argumentaciones frívolas ligeras o de meras ironías ocurrentes. La propia contradicción intelectual de la tesis de Rorty se pone al descubierto cuando tras impugnar la posibilidad de una fundamentación racional de los derechos humanos, dedica amplias disquisiciones e incluso publicaciones enteras a defender su concepción pragmática, emocional y narrativa. Estos argumentos no se contentan con enunciar una versión alternativa a la fundamentación racional, sino que se explayan en una serie de «buenas razones» aunque se trate de razones débiles) con las que Rorty intenta persuadirnos de la idoneidad de su doctrina: en otros términos, nos ofrece «su fundamentación» débil» de los derechos humanos».

Importa insistir, en definitiva, en que los ideales de la modernidad fueron los valores ilustrados de la razón, la libertad, la igualdad y la fraternidad universal. De ahí que debamos ser conscientes que la negación postmoderna de la tradición ilustrada comporta un abandono de esos valores que siguen siendo básicos para legitimar a las instituciones jurídicas y políticas del presente. Tiene razón Habermas⁽⁷⁾ cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado, y que en lugar de abandonar ese proyecto como una

(7) J. Habermas, «La modernidad: un proyecto inacabado», en su vol. *Ensayos políticos*, trad. cast., de R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988, pp. 279 ss.; vid.

causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad.

2. LOS DERECHOS HUMANOS: SU TRAYECTORIA Y DECANTACIONES ACTUALES

El despliegue histórico de las libertades sugiere, *prima facie*, una confirmación de la teoría paradigmática. En efecto, la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista

también su obra, *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. cast. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1989. Sobre las repercusiones político culturales de la postmodernidad, vid., asimismo, la obra de J. J. Sebrelli, *El asedio a la modernidad*, Ariel, Barcelona, 1992. Sobre la formación histórica del proyecto ilustrado de la modernidad vid., F. Llano Alonso, *El humanismo cosmopolita de I. Kant*, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, en curso de publicación por la Universidad Carlos III & Dykinson, Madrid.

Un ejemplo de esos «programas extravagantes» antimodernos de inquietantes consecuencias, es el que se desprende de las tesis de Peter Sloterdijk. En fecha reciente ha suscitado una notoriedad muy superior a la enjundia y originalidad de sus argumentos de la polémica promovida por Peter Sloterdijk contra Jürgen Habermas, que en Alemania ha rebasado los ámbitos académicos para expresarse a través de distintos medios de comunicación. Uno de los aspectos centrales de dicha polémica, ha sido precisamente, la crítica de Sloterdijk al proyecto humanista ilustrado de la modernidad. Según este autor el humanismo moderno ha supuesto un modelo socio-cultural nivelador y uniformador, con el consiguiente desprecio y represión de los «mejores», es decir, de las individualidades superiores. Sloterdijk auspicia, como un proyecto alternativo al humanismo ilustrado, un «elitismo genético» basado en los desarrollos actuales biotecnológicos y en el que también se advierte la impronta de Nietzsche. Tal proyecto podría forjar una especie de «super-hombres», unos seres cuya perfección y superioridad se hallaría garantizada por los desarrollos de la ingeniería genética. Entre las obras más destacadas de Sloterdijk pueden mencionarse: *Extrañamiento del mundo*, trad. cast. de E. Gil, Pre-Textos, Valencia, 1998; id., *El pensador en escena: el materialismo de Nietzsche*, Pre-Textos, Valencia, 2000; id., *Normas para el parque humano: una respuesta a la Carta sobre el humanismo de Heidegger*, trad. cast., de T. Rocha, Siruela, Madrid, 2000; id., *El desprecio de las masas: ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*, trad. cast., de G. Kano, Pre-Textos, Valencia, 2002. Para la crítica de las concepciones irracionistas y elitistas, en su rechazo de la universalidad de los derechos humanos, vid. A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos y el Estado constitucional*, con Prólogo de L. Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 36 ss.

que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Cabría reputar esos cambios generacionales de los derechos humanos como cambios de paradigmas. E incluso se podría establecer una cierta conexión entre las libertades de la tercera generación y los derechos y libertades propios de la tercera fase de desarrollo del Estado de derecho⁽⁸⁾, que en de-

(8) Vid. mis trabajos: «Le generazioni dei diritti umani», en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, pp. 139 ss.; «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, n.º. 10, pp. 203 ss. Sobre la noción de Estado Constitucional, vid., mi libro, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, cit., pp. 57 ss.

terminadas perspectivas de la teoría actual del Derecho público, se denominan Estado constitucional. No obstante, la concepción generacional de los derechos humanos implica, más bien, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de «deber ser». Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo de su concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad. Cada generación aparece así aclarada y exigida por la situación humana que la reclamó, pero, al mismo tiempo, descubre su relativa insuficiencia de la que toma su punto de arranque la generación sucesiva. La nueva generación no es simplemente «otra» que la anterior, sino que, en cierto modo, es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para completar sus insuficiencias y corregir sus errores. De esta forma evolucionan los derechos humanos en dirección al presente acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación. La historia de los derechos humanos se revela, a la vez, como paradigma y como progreso constante.

En todo caso, la teoría de los paradigmas ha tenido la virtualidad de resaltar que la idea de los derechos humanos se lleva a cabo siempre dentro de determinadas tradiciones de pensamiento en cuyo seno se desenvuelve la vida cultural. Las continuidades o rupturas operan siempre respectos a marcos culturales paradigmáticos, que conforman el subsuelo intelectual de las distintas concepciones de los derechos humanos. Como revela la crítica a Kuhn, esas tradiciones de pensamiento o marcos teóricos no son compartimentos estancos comunicables. En la teoría de los derechos humanos es posible detectar la existencia de paradigmas, con la condición de que se reputen modelos abiertos y porosos a partir de los cuales la historia de las libertades renace, inicia rumbos parcialmente nuevos y vuelve a reorganizarse.

Estas precisiones metódicas nos sitúan ante un interrogante fundamental: ¿qué signos definen el cambio de rumbo actual de los derechos humanos? ¿cuáles son los aspectos más decisivos en los que se concreta el desplazamiento de las libertades hacia nuevos ámbitos? En trabajos anteriores he intentado desvelar algunas opciones básicas que caracterizan el actual horizonte de la Teoría del Derecho y de las generaciones de derechos humanos⁽⁹⁾, reelaborando esas apreciaciones entiendo que el cambio de rumbo de las libertades puede compendiarse en tres desplazamientos básicos: desde el esencialismo hacia el funcionalismo; del antiformalismo al procedimentalismo; y de la autopoiesis a la heteropoiesis. La primera decantación se refiere al fundamento y al sentido de las libertades; la segunda a la actitud metódica de su enfoque; y la tercera a sus presupuestos, implicaciones y proyecciones. Intentaré, por aproximación sucesiva, y con la mayor concisión que me sea posible, dar cuenta de estos nuevos rumbos sobre los que navegan los derechos humanos.

2.1. Desde el esencialismo al funcionalismo.

La concepción de las libertades constitucionales se planteó tradicionalmente como un ejercicio intelectual tendente a revelar los aspectos permanentes y esenciales que definen cada uno de los derechos fundamentales otorgándoles un sentido y una identidad propios. La idea de *rigidez constitucional*, es decir, las garantías jurídicas dirigidas a preservar su contenido frente a cualquier intento modificador, estimulaba la consideración de que la Constitución poseía unos rasgos esenciales e inalterables, representados por las libertades que constituían su base y que, por ello, se denominaban derechos fundamentales. Esos caracteres reflejaban el modelo o la idea del pacto social en cuanto fundamento de la legitimidad del Estado y condición para que los ciudadanos le presten su asentimiento. Refiriéndose⁽¹⁰⁾ a

⁽⁹⁾ Cfr. mi Discurso sobre: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, pp. 87 ss. y 101; y mi monografía, «Análisis funcional de los derechos fundamentales», en «Anuario de Derechos Humanos», 1988, n.º. 5, pp. 177 ss.; vid. también, M.J. Fariñas Dulce, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la «actitud postmoderna»*, cit., pp. 45 ss.

⁽¹⁰⁾ P. Häberle, *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, en *Völkerrecht im Dienste des Menschen. Festschrift für Hans Haug*, Paul Haupt, Bern-Stuttgart, 1986, pp. 81 ss.

esas notas constitutivas ha podido referirse Peter Häberle a unas «cláusulas de eternidad» de las constituciones.

También ha contribuido y contribuye a fomentar esa óptica de análisis el reconocimiento expreso en algunas constituciones de un *contenido esencial* de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados (la *Grundgesetz* alemana de 1949 art. 19.2 y la española de 1978 en su art. 53.1). La evolución del pensamiento constitucional germano de las últimas décadas registra un tránsito desde una concepción del contenido esencial como núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, como entidad previa e indisponible por el legislador (Willi Geiger, Weinkauff, Dürig), hacia una consideración institucional (personificada por Häberle) definida por el conjunto de fines objetivamente establecidos, es decir, institucionalizados por la Constitución e interpretados de acuerdo con las condiciones histórico-sociales que informan el proceso aplicativo de la norma constitucional⁽¹¹⁾.

Paralelamente, en España, el Prof. Antonio Ojeda al examinar la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en relación con el reconocimiento del contenido esencial de la libertad sindical, ha aludido, no sin una cierta dosis de ironía, a *Un contenido esencial algo venial*⁽¹²⁾; la pretendida esencialidad del acercamiento a la Constitución cede ante el empuje de factores coyunturales y circunstanciales. Cabría pensar, por ello, si no sería más acorde con los hechos reemplazar la invocación a un pretendido contenido esencial por la más modesta, pero más realista, de un mero contenido existencial. Todo ello invita a plantear si no se estará también produciendo un cambio desde el esencialismo al funcionalismo en el ámbito de la interpretación constitucional, paralelo al fenómeno registrado por Norberto Bobbio, en el plano de la Teoría del Derecho, y que da nombre a su libro *Dalla struttura alla funzione*⁽¹³⁾.

Sería exceso de prolijidad por mi parte intentar reseñar o incluso resumir las decisiones de nuestro máximo intérprete de la Constitución en las que se refleja la tensión entre las polaridades de esa dicotomía. Baste recor-

(11) Cfr. el Capítulo 7 de mi libro, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., especialmente, pp. 295 ss. y 311 ss.

(12) A. Ojeda Avilés, «Un contenido esencial algo venial», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1990, n.º. 44, pp. 581-605.

(13) N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

dar que una de sus primeras sentencias (STC 15/6/81) ofrecía una visión esencialista de los derechos fundamentales al reputarlos como «componentes estructurales básicos del orden jurídico objetivo que son fundamento de la unidad política»; y en fecha más reciente en su célebre fallo sobre la despenalización del aborto aludía al carácter de determinados derechos fundamentales como «*prius lógico y ontológico de todo el sistema jurídico*» (STC,53/1985). Pero frente a ellas se abre paso progresivamente una abundante serie de decisiones funcionalistas como las que proclaman que la Constitución desea organizar un orden de convivencia de cara al futuro, las que funcionalizan su contenido en aras de la consecución protéica de la ponderación de bienes, o las que exigen una interpretación evolutiva y expansiva de la Constitución que lejos de quedar petrificada en pautas hermenéuticas inmutables debe responder a las exigencias de una sociedad en constante mudanza⁽¹⁴⁾.

2.2. Desde la desformalización al procedimentalismo

Si hubiera que describir la posición dominante en las corrientes metodológicas de la teoría y de la práctica del Derecho en las últimas décadas podría tomarse como punto de referencia el título de la obra del sociólogo de la cultura americano Morton White, *The Revolt Against Formalism*⁽¹⁵⁾. La rebelión contra el formalismo también ha hallado su puntual reflejo en la interpretación de los derechos constitucionales. Así, la «desformalización» es una de las exigencias que hoy se reclama a una hermenéutica de la Constitución por quienes abogan por la mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de solución de conflictos sociales.

En la inmediata postguerra se produjo una difusa, pero porfiada, reacción respecto a los dogmas de la sujeción absoluta del juez a la ley positiva, así como de la concepción mecánica de la aplicación judicial del Derecho. El asalto se dirimió en un doble frente: político y teórico. Desde el primero⁽¹⁶⁾, las trágicas consecuencias, en términos de «perversión del orden jurí-

(14) Cfr. mi trabajo, «Análisis funcional de los derechos fundamentales», cit. en la nota 9.

(15) M. White, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, New York, 1952.

(16) *Die Perversion von Rechtsordnungen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1955, es el título de un relevante libro de Fritz von Hippel en el que se analizan las funestas consecuencias del nazismo en la experiencia jurídica germana.

dico», que en los sistemas totalitarios se derivó del mantenimiento a ultranza del culto a la legalidad positiva condensado en el principio «*Gesetz ist Gesetz*» motivó su profunda revisión. Se pretendió, así, distinguir la sumisión del juez al Derecho, en cuanto orden normativo axiológicamente legitimado, de su servidumbre a los contenidos de cualquier tipo de legislación positiva. Al propio tiempo, las críticas a la ideología de la función judicial, propiciadas las más de las veces desde enfoques marxistas, pusieron de relieve que la neutralidad de la magistratura, en su aplicación pretendidamente aséptica de la ley, encubre, sea o no consciente de ello, la defensa ideológica de intereses políticos.

Esas nuevas coordenadas han contribuido a potenciar de tal modo el protagonismo del juez en la elaboración del Derecho, que se ha llegado a caracterizar la situación jurídica del presente como suplantación del Derecho legal (*Gesetzesrecht*) por el Derecho judicial (*Richterrecht*). La crisis de la función de la ley como fuente exclusiva del Derecho ha potenciado una renovada dimensión pretoriana de la producción jurídica, hasta el punto de suscitar una abierta polémica sobre los denominados «jueces legisladores»⁽¹⁷⁾. Pero este proceso junto a sus luces, en términos de una mejor adaptación de los sistemas jurídicos a las exigencias de unas sociedades en constante transformación, comporta las sombras de su coste en erosión de la seguridad jurídica⁽¹⁸⁾.

Nuestro TC también ha mostrado su hostilidad hacia el formalismo. Espigando en su jurisprudencia se encuentran afirmaciones tan contundentes como estas: «las normas que contienen requisitos formales han de

⁽¹⁷⁾ A. Arndt, «Gesetzesrecht und Richterrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, pp. 1273 ss. Entre los trabajos publicados en España sobre las actuales orientaciones de la función judicial, pueden citarse los debidos a: J.A. García Amado, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Cívitas, Madrid, 1988; J. Igartua (director de la ed.), *Los jueces en una sociedad democrática*, IVAP, Oñati, 1987; A. Ollero, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; L. Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987; en la nota 72; M. Saavedra, *Interpretación del Derecho e ideología*, Universidad de Granada, 1978. En relación con los jueces legisladores, cfr.: O. Bachof, «Der Richter als Gesetzgeber?» en el vol. col. a cargo de J. Gernhuber, *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500. jährigen Bestehen*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1977, pp. 177 ss.; M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁽¹⁸⁾ Vid., mi libro, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2ª. ed., 1994, pp. 133 ss.

ser aplicadas teniendo siempre presente el fin perseguido al establecer dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista» (STC, 17/1985, de 9 de febrero, FJ 2); asimismo propugna prevenir una manipulación meramente formalista» en la admisibilidad del Amparo (STC 14/7/81); con relación a la naturaleza del Amparo el TC lo define como «un recurso concebido en términos escasamente formalistas (STC 28/1982, de 26 de mayo, FJ 1); y se refiere a «un rigorismo formalista contrario a la jurisprudencia de este Tribunal» (STC, 81/1983, de 10 de octubre, FJ 1).

Pero esas tendencias antiformalistas han chocado en los últimos años con la tendencia hacia el *procedimentalismo*. Conviene no olvidar que en una reciente obra colectiva, *Critical Legal Thought*, que viene a ser para los años 90 lo que en la década de los 70 supuso el Congreso de Catania sobre el Uso Alternativo del Derecho, Rudolf Wiethölter ha definido la tarea a cumplir en los años inmediatos por la teoría crítica del Derecho, como la «Proceduralización» de las categorías jurídicas⁽¹⁹⁾. Esa tarea ha sido concretada, en la propia obra, por Erhard Denninger como un esfuerzo hacia la garantía a través del procedimiento de un equilibrio de posiciones entre los miembros de la sociedad democrática, en las relaciones entre particulares y de éstos con los poderes públicos. Ese *status activus processualis*, que completaría la teoría de los *status* elaborada por Jellinek, constituye un factor clave de los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Este *status* procesal se concibe como el reconocimiento de cada persona de participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en las estructuras organizativas. En el plano de los derechos fundamentales⁽²⁰⁾, implica acoger formas de

(19) R. Wiethölter, «Proceduralization of the Category of Law», en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D.M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 501 ss.; id. «Materialization and Proceduralization in Modern Law», en el vol. col. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, a cargo de G. Teubner, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1986, pp. 221 ss. Cfr. G. Martin, H. Renk y M. Sudhof, *Masstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters*, en «Kritische Justiz», 1989, n.º. 2, pp. 244 ss.

(20) E. Denninger, «Government Assistance in the Exercise of Basic Rights» (Procedure and Organization), en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, cit., pp. 461 ss.

participación dinámicas y activas por parte de los interesados en los procedimientos tendentes a la formación de actos jurídicos.

Haciéndose eco de esa inquietud, que no tiene por qué suponer una recaída en el formalismo, ha reconocido nuestro TC que: «Para la ordenación adecuada del proceso existen impuestos, formas y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia», pero sin que ello suponga aceptar la validez de obstáculos procesales que «sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginan con el derecho a la justicia». (STC, 95/1983, de 14 de noviembre FJ. 5. Vid. también en sentido análogo las SSTC, 3/1983 de 25 de enero, FJ 1; 19/1983, de 14 de marzo FJ 4; 65/1983, de 21 de julio FJ 4).

En lo que respecta a la tensión entre los enfoques *antiformalistas* y *procedimentales* de las libertades, entiendo que es deseable una postura mediadora. Cabe demandar a los actuales empeños teóricos y prácticos sobre la significación de los derechos humanos un esfuerzo de mediación entre un antiformalismo, corolario del deseo de apoyar las libertades en la justicia material, y un procedimentalismo entendido como respeto a las garantías procesales que son inherentes e irrenunciables en un Estado de Derecho. No huelga recordar, por lo demás, que las más recientes y estimulantes reivindicaciones del procedimentalismo no pretenden un retorno a los viejos postulados formalistas, sino garantizar por vía del procedimiento la imparcialidad y la simetría de posiciones de la participación intersubjetiva en la consecución de los grandes valores éticos, jurídicos y políticos.

2.3. Desde la autopoiesis a la heteropoiesis

Conviene advertir que esa revalorización del procedimiento por parte de Wiethölter y Denninger, influidos ambos directamente por la Escuela⁽²¹⁾

(21) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 1969; *The Unity of the Legal System*, en el vol. col. *Autopoietic Law*, a cargo de G. Teubner, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1988; «Coding of the Legal System», en el vol. col. *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, a cargo de G. Teubner, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1989; G. Teubner, «And God Laughed... Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law», en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D.M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989; «Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem or Legal Regulation», en el vol. col. *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, cit.; *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1989.

de Frankfurt y en especial por Habermas, no tiene nada que ver con la *Legitimation durch Verfahren*, auspiciada en un conocido libro de Niklas Luhmann. Como es sabido, la justificación procedimental, en cuanto procedimiento de consenso, de los valores defendida por Habermas no entraña sólo el respeto de posiciones formales, sino la defensa de un procedimiento que tiene como presupuesto la ausencia de dominación en las estructuras sociales y que tiende a crear las bases para una sociedad definitivamente emancipada y desalienada. Existe, por tanto, una radical diferencia de las tesis sustentadas por Luhmann y por Günther Teubner para quienes el procedimiento constituye el instrumento para una legitimación autopoietica del Derecho. Desde esas premisas, los derechos constitucionales serían un sistema basado en la autoreferencia (*Selbsreferenz*) que se constituye, se conserva, se reproduce y se explica por pautas internas, a través de un proceso de continua autoconstitución. La autopoiesis explica la unidad, la plenitud y clausura del sistema jurídico y del subsistema constitucional de los derechos fundamentales.

Estas tesis habrían hallado cierto eco en la interpretación constitucional en la obra de Friedrich Müller, *Einheit der Verfassung*. Importa advertir, no obstante, que la obra más significativa y completa de Friedrich Müller, su reciente volumen *Strukturierende Rechtslehre*, implica una inequívoca actitud heteropoiética. En este libro, Friedrich Müller desarrolla su doctrina sobre la relevancia concreta de los derechos fundamentales al estimar que el contenido de cada derecho fundamental viene determinado por el juego del «programa normativo» y el «sector normativo» de los distintos derechos. El primer término designa al mandato o prescripción contenido en la norma que delimita su objetivo y proyecciones, mientras que el segundo hace referencia al ámbito de la vida social que el «programa normativo» ha seleccionado o acotado como objeto de su regulación. Müller insiste, casi obsesivamente, en contraponer al concepto formal y abstracto (autopoiético) de norma, su alternativa en favor de un proceso práctico de estructuración concreta y empírica (heteropoiética) de la normatividad. Su enfoque⁽²²⁾ propugna una mediación constante entre la estática del texto normativo, la

(22) F. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1979; id., *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª. ed., completamente reelaborada, ampliada y actualizada, Duncker & Humblot, Berlín, 1994. Cfr. mi recensión a esta última obra en *Revista de Estudios Políticos*, 1995, n.º 88, pp. 341 ss.

dinámica de su dimensión programática y sus proyecciones «sectorial normativas» en los ámbitos de la realidad social.

Debo indicar, de inmediato, mi personal discrepancia de los enfoques autopoieticos. Entiendo que lo que tales premisas metódicas pueden tener de bueno no es nuevo, y que lo que tienen de nuevo no es bueno. El intento más acabado de explicar el Derecho a través de un sistema cerrado, autónomo, autosuficiente en función de un concepto autoreferente de validez normativa se debe a Kelsen; al ideal kelseniano de la pureza metódica *Reinheit*, como intento de explicar el Derecho sin importar modelos externos de la política, la sociología o la ética. Frente a ese ambicioso pero coherente propósito, los actuales empeños de Luhmann y Teubner incurren en la inconsecuencia metodológica de querer fundar la autopoiesis jurídica en base a modelos importados de otras ciencias no jurídicas. Pues la idea de sistema autopoietico procede de la biología, en concreto de las investigaciones biológicas debidas a Varela y Maturana⁽²³⁾.

Quizás convenga recordar aquí, como síntoma ejemplar de los empeños actuales superadores de la autopoiesis y orientados en dirección heteropoietica, la dilatada obra de Luigi Ferrajoli *Diritto e ragione*. En ella, establece como postulado nuclear de su concepción filosófica jurídica y política «garantista», el imponer al Derecho y al Estado «l'onere della giustificazione esterna»; es decir, la exigencia de que el Derecho y, por ello, también los derechos fundamentales, se justifiquen en función de los bienes e intereses cuya garantía constituye su finalidad⁽²⁴⁾.

3. LOS NUEVOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO: HACIA UN DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO

Al igual que se ha tenido ocasión de enunciar rasgos característicos del estado presente de las libertades, también el constitucionalismo actual registra tendencias que le otorgan una peculiar fisonomía. En el seno de estas orientaciones quizás sean las más significativas las que conciernen a los procesos de comunicación, recepción y unificación constitucional. Entre

(23) Cfr. mi trabajo, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, cit., pp. 57 ss.

(24) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 893. (De esta obra existe una trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995); id., *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

ellos destacan los actuales empeños dirigidos a la elaboración de un Derecho Constitucional Común Europeo.

En aparente paradoja el término «Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)», supone una expresión nueva de vieja raigambre jurídica. Se trata de una expresión nueva en cuanto ha sido acuñada por el Profesor Peter Häberle, Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Público en las Universidades de Bayreuth y St. Gallen, pero su modelo inspirador se remonta al *ius commune*. El DCCE se halla integrado por «un conjunto de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no»⁽²⁵⁾. Dichos «principios comunes» proceden de las constituciones de los Estados de Derecho europeos, del Derecho constitucional consuetudinario de esos Estados, así como del «Derecho europeo» surgido de la Unión Europea, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

Esos principios integradores del DCCE están destinados a cumplir en el ámbito del Derecho público un papel análogo al desempeñado por el *ius commune* como fundamento de las instituciones del Derecho privado; conformándose como un auténtico *ius commune constitutionale*⁽²⁶⁾.

3.1. Elementos conformadores del DCCE

Compendiada en sus elementos básicos la concepción del DCCE que dimana de las tesis de Häberle se puede cifrar en:

a) Un *método*: la comparación jurídica de las normas, principios e instituciones que conforman los Derechos nacionales de los Estados europeos. Peter Häberle considera al derecho comparado como el «quinto método» de interpretación (*fünfte Auslegungsmethode*) que se añade a las cuatro posturas hermenéuticas clásicas (gramatical, lógica, histórica y sistemática)⁽²⁷⁾ ela-

⁽²⁵⁾ P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», trad. cast. de E. Mikunda, en *REP*, 1993, n.º. 79, p. 11.

⁽²⁶⁾ *Ibid.*, p. 36.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, pp. 27 ss.; Vid. también sobre este punto sus trabajos: «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat»; en *Juristen Zeitung*, 1989, pp. 913 ss., reed. en el vol. col. a cargo de A. López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 260 ss.; «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», en *Juristen Zeitung*, 1992, pp. 1033

boradas por Savigny. La comparación jurídica «aparece así como la «clave común europea», como el método de elaboración del contexto europeo por excelencia»⁽²⁸⁾.

Conviene advertir que para Peter Häberle el «quinto método», que obliga a elaborar lo afín y lo desigual, no tan sólo ayuda a conocer los sistemas jurídicos ajenos, sino a comprender mejor el propio. El profesor de Bayreuth entiende que el postulado de Goethe a cuyo tenor quien no conoce ningún idioma extranjero, tampoco conoce el suyo, es plenamente aplicable a los juristas respecto a su ordenamiento jurídico nacional⁽²⁹⁾.

No parece ocioso recordar, en este punto, que la comparación jurídica puede tener por objeto normas, instituciones y sistemas jurídicos en su conjunto y que a medida que su ámbito se amplía se hacen más estrechas sus relaciones con la Filosofía del Derecho. Una comparación entre cosas por completo heterogéneas no es posible, ya que ésta estriba en la observación de lo que es semejante y desemejante dentro de una misma clase o especie de objetos. «De esta suerte –escribía Del Vecchio– no cabe dudar de que la comparación jurídica presupone la idea del Derecho, aun cuando no la contemple *sub specie aeterni* ni la analice tampoco en abstracto, ya que, antes bien, ha de considerarla en concreto, en su realización múltiple en los datos y hechos de la experiencia»⁽³⁰⁾.

El método comparativo cuando se propone impulsar procesos de unificación jurídica, como en el supuesto del DCCE, no puede reducirse a un catálogo o inventario de coincidencias y diferencias entre las leyes e instituciones vigentes en un mismo periodo en distintos ordenamientos jurídicos. Cualquier movimiento unificador en el Derecho, conduce a inda-

ss. y «Verfassungsrechtliche Fragen im Process der europäischen Einigung», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1992, pp. 429 ss. Algunos de los trabajos más significativos de Peter Häberle relativos a la cultura jurídica europea han sido recogidos en su obra, *Europäische Rechtskultur*, Nomos, Baden-Baden, 1994.

(28) *Ibid.*, p. 43.

(29) P. Häberle, «El concepto de los derechos fundamentales», Ponencia presentada al *Seminario Internacional sobre Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid 1-4 de Junio, 1993, cito por el texto del paper presentado al Congreso, p. 110.

(30) G. Del Vecchio, *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, trad. cast. de E. Galán y Gutiérrez, Reus, Madrid, 1953, p. 4.

gar los rasgos jurídicos comunes que integran el patrimonio de valores universales de la humanidad, o el patrimonio cultural de determinadas áreas geográficas. La comparación jurídica desemboca en la Filosofía del Derecho porque, en definitiva, se fundamenta en la unidad del género humano⁽³¹⁾.

b) Acorde con las exigencias de esa actitud metódica, el *fundamento* del nuevo Derecho se construye sobre «la unidad cultural de Europa, cuya raigambre forma el substrato del DCCE»⁽³²⁾. El Derecho es, para Häberle, una manifestación cultural forjada sobre experiencias positivas y negativas de la historia. Por ello, el DCCE aparece, al mismo tiempo, como *consecuencia* de la propia identidad cultural de los pueblos de Europa; y como un *estímulo* para la «europeización de Europa» (*Europäisierung Europas*)⁽³³⁾.

Estas tesis enlazan y prolongan las diversas concepciones de Europa como expresión de cultura. En este punto resulta todavía elocuente el testimonio doctrinal de Paul Koschaker, que afirmó con rotundidad: «Europa es, ante todo, un fenómeno cultural, una mezcla de elementos culturales clásicos y germánicos con preponderancia del factor romano, y en la que no es posible prescindir del elemento cristiano». De ahí desprende la convicción de que Europa no es «un producto natural, un supuesto geográfico espontáneo, sino que es una creación de la historia»⁽³⁴⁾. Es decir, Europa es una realidad de fronteras geográficas móviles y contingentes que, por ello, cifra su identidad en la cultura. Esa misma idea ha sido expresada, entre nosotros, con ejemplar nitidez por Antonio Truyol y Serra en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre *La integración europea*, texto en tantos aspectos premonitorio⁽³⁵⁾.

La comunicación del Derecho se plantea, en definitiva, como un aspecto del fenómeno más amplio y general de la comunicación de la cultura.

(31) *Ibid.*, *passim*. Cfr. mis *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 7ª. ed., 2ª. en Mergablum, Sevilla 1999, pp. 142 ss.

(32) P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», *cit.*, p. 27.

(33) P. Häberle, «Verfassungsrechtliche Fragen im Process der europäischen Einigung», *cit.*, p. 429.

(34) P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, trad. cast. de J. Santa Cruz, Edersa, Madrid, 1955, pp. 18 y 21.

(35) A. Truyol y Serra, *La integración europea: idea y realidad*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1972.

La Ciencia jurídica y los sistemas normativos se integran en el ámbito de manifestaciones culturales a las que siempre se ha hallado vinculado⁽³⁶⁾.

c) Al DCCE se le asigna como *objetivo* o *fin* prioritario el contribuir a forjar una Constitución común para Europa. En reiteradas ocasiones, con referencia expresa a la UE, se ha denunciado que se trata de una organización institucional económica y política que carece de Constitución. El DCCE vendría a colmar esa carencia e incluso a rebasarla, ya que la auspiciada Constitución europea lo sería de toda la Europa cultural y no sólo de la comunitaria. La Constitución europea representaría la casa constitucional común europea (*das gemeinsame europäische Verfassungsbaus*), con múltiples alcobas hacia el interior y el exterior, pero con autoconsciencia de que sus cimientos son comunes⁽³⁷⁾.

Entre esos cimientos comunes del DCCE se debe hacer hincapié en el relevante papel jurídico que, como guía de actuación y fuente de obligaciones de comportamiento, desempeñan los principios, concretados en los derechos fundamentales que dimanan de las constituciones de los Estados miembros y del Convenio Europeo de Derecho Humanos. La expresión, por demás feliz de Karl-Peter Sommermann cuando alude a una «*Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*», es decir, una amistad o afecto

(36) P. Häberle, «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», cit., p. 1033. Aunque no pueda hablarse de una adscripción estricta de Häberle a los planteamientos de la Filosofía del Derecho de la cultura, dirección que en las primeras décadas de nuestro siglo contó en Alemania con figuras tan representativas como las de Emil Lask, Max Ernst Mayer, Fritz Münch y el propio Gustav Radbruch, existen numerosos puntos de coincidencia de su obra respecto a la de aquellos pensadores. Son especialmente significativos para calibrar su orientación jurídica culturalista los trabajos de Häberle sobre: «Zeit und Verfassungskultur» en: *Die Zeit*, (Schriften der Carl-Friedrich-von Siemens-Stiftung), 1983, 289 ss.; id., *Klassikertexte im Verfassungsleben*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981; id., *Feiertagsgarantien als Kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987; *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, ed. cast. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000. Sobre la cultura constitucional española, vid., J. L. Cascajo Castro, «Apuntes sobre transición política y cultura constitucional: el caso español», en *Responsa iurisperitorum Digesta* vol. III, Ediciones Universidad, Salamanca, 2002, pp. 29 ss.

(37) P. Häberle, «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», cit., pp. 1033 ss.; id., «Verfassungsrechtliche Fragen im Process der europäischen Einigung», cit., pp. 430 ss.

ción de la Ley fundamental germana hacia los derechos humanos⁽³⁸⁾, es plenamente predicable del DCCE que cifra su aparato normativo en los principios básicamente integrados por derechos fundamentales.

La Constitución común europea implicaría la culminación del método comparativo y el fundamento cultural del DCCE. Sería el producto de la estrecha y profunda colaboración, por vía comparativa, de las distintas culturas europeas. Peter Häberle muestra cómo en distintas disciplinas como la historia, la literatura y el arte existen antecedentes de una puesta en común del acervo cultural europeo. Esos modelos obligan a que los juristas se pregunten si ha llegado ya el tiempo de un trabajo en común para la elaboración de una Constitución europea. El ambicioso designio de Häberle ha venido a llenar un vacío doctrinal en una época en la que se han sucedido acontecimientos y mutaciones políticas y jurídicas en Europa, con mucha mayor celeridad que la reflexión tendente no ya a predecirlos, sino incluso a explicarlos. El prestigio de determinadas ciencias sociales se cifraba en su pretendida capacidad para predecir el curso de los comportamientos colectivos. Por ello, sucesos, que están muy próximos a nuestras experiencias más decisivas de estos últimos años, tales como la caída del «muro» de Berlín y la subsiguiente reunificación alemana, el desmoronamiento del bloque socialista del Este, las guerras balcánicas, han venido a comprometer, con la prueba irrefutable de los hechos, la supuesta capacidad de previsión de las ciencias sociales. De ahí el interés de los esfuerzos teóricos que, como el que propone Häberle, se proponen no sólo dar cuenta del Derecho Constitucional europeo vigente, sino a programar el previsible para un futuro que se está haciendo presente.

3.2. Aporias y opciones del DCCE

No obstante los méritos incuestionables de la propuesta formulada por Häberle, a la misma se le plantean encrucijadas que no es posible soslayar, y de las que el propio Häberle es, de forma implícita, consciente.

(38) K.P. Sommermann, «Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Massstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1989, pp. 391 ss. Cfr., sobre el alcance de los principios, mi trabajo: «Principi generali del diritto: fortuna attuale di una formula sfortunata», en el vol. col. a cargo de F. Modugno, *Esperienze Giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 159 ss.; «La peculiaridad normativa de los principios generales del derecho», en *Persona y Derecho*, 2000, vol. 42, pp. 131 ss.

a) En primer término, surge la duda de si *bic et nunc*, el DCCE constituye un *tipo ideal*, una hipótesis teórica de trabajo, o representa ya una *realidad verificable* y operativa. Determinadas afirmaciones del profesor Häberle parecen abonar la dimensión ideal de DCCE. Así cuando enfatiza el protagonismo de la Ciencia Jurídica en la conformación de ese nuevo Derecho, que vendría a ser como una renovada versión de un *Juristenrecht*⁽³⁹⁾; y especialmente cuando reconoce que la esfera teórica de elaboración del DCCE no puede evitar «ciertas dosis de osadía, ya que la propia Europa jamás avanzaría un paso en su desarrollo sin unas gotas de utopía»⁽⁴⁰⁾.

Pero, en otros momentos el DCCE deja de presentarse como una hipótesis de *lege ferenda* o un proyecto de *ius condendum*. Así, cuando recuerda que existen un conjunto de principios europeos comunes que se hallan ya vigentes. Entre ellos cabría aludir al Estado constitucional, que implica el respeto a la dignidad humana, la democracia pluralista, los derechos fundamentales, el Estado de Derecho que asegura el imperio de la ley, la justicia social, la autogestión administrativa a nivel municipal, la subsidiariedad, la tolerancia y el respeto de las minorías así como el regionalismo y federalismo; asimismo se están haciendo comunes fines constitucionales europeos en materia de desarrollo cultural, protección del medioambiente y Estado social⁽⁴¹⁾.

El DCCE se manifiesta, por tanto, como una categoría ambivalente conformado por principios e instituciones que operan en los distintos sistemas jurídicos europeos (aunque conviene recordar que tales principios no son sólo los del Derecho positivo). Pero, al propio tiempo, es una tarea abierta a los distintos operadores jurídicos: legisladores, jueces, y especialmente, científicos del Derecho, tendente a elucidar, desarrollar, y elaborar principios jurídicos comunes para el logro de una Constitución europea común.

b) La tesis de Häberle plantea también una disyuntiva sobre el sentido *horizontal* o *vertical* de los procesos conformadores del DCCE. Reitera

(39) Cfr. P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», cit., p. 44 ; id., «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», cit., pp. 1042 ss.

(40) P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», cit., p. 11.

(41) P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», cit., pp. 22 ss.; id., «Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der europäischen Einigung», cit., pp. 432 ss.

Häberle que debe excluirse cualquier apresuramiento en la construcción del nuevo orden jurídico europeo. Tal Derecho no debe convertirse en un instrumento «de allanamiento o nivelación uniforme ni de igualamiento forzoso de todo Derecho Constitucional nacional, en una Europa unida puramente imaginaria o en una que lo pretenda llegar a ser»⁽⁴²⁾. El DCCE debe ser el resultado de una actuación armónica y paralela de los operadores del Derecho (legisladores jueces y juristas) de las distintas culturas jurídicas europeas.

Ese propósito de construcción horizontal, es decir, basado en la simetría y equilibrio de principios de las distintas culturas jurídicas europeas, parece avenirse poco con la teoría de la «voz cantante» a la que alude el propio Häberle como factor creativo del DCCE. Peter Häberle establece una sugerente analogía entre los procesos formativos del DCCE y un concierto musical en el que muchas naciones unas veces lleven la «voz cantante» y otras operen como mero «acompañamiento». Entiende Häberle que la historia constitucional enseña cuáles han sido las aportaciones nacionales de mayor éxito en los procesos de producción y recepción de principios jurídicos comunes europeos. Así, entre los ejemplos clásicos, cabría citar al parlamentarismo británico, a las declaraciones de derechos humanos francesas, y a la división de poderes de Montesquieu. En época más reciente se pueden citar, entre otros ejemplos, la aportación de Alemania al acervo europeo de la doctrina y la jurisprudencia de los derechos fundamentales, o el art. 24 de la Constitución griega de 1975 que ha servido de modelo para la protección del medio ambiente; la doctrina francesa de la discrecionalidad tan aplicada en el Derecho Comunitario, etc.⁽⁴³⁾

Para salvar el escollo de una contraposición entre un planteamiento pluralista u horizontal del DCCE, que sería el producto de una «masa coral» y su teoría vertical y dirigista de «la voz cantante», Häberle señala una vía de mediación. Mediante ella trata de evitar la unilateralidad de ambas

⁽⁴²⁾ P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», cit., p. 38. Häberle se muestra decididamente partidario de un constitucionalismo pluralista, que excluye cualquier aceptación de un modelo vertical o jerárquico en esta materia. Vid., sobre ello, su libro: *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002.

⁽⁴³⁾ P. Häberle, «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», cit., p. 1042.

polaridades. «No existen directores de orquesta en la conformación de DCCE; se trata más bien de una «partitura» integrada por notas procedentes de las diferentes naciones europeas. En esa partitura contrapuntística no hay lugar para «directores de orquesta», lo más que se permite es llevar «la voz cantante» durante un periodo de tiempo limitado»⁽⁴⁴⁾.

c) Estas alternativas se prolongan y desembocan en el planteamiento de una opción entre *eurocentrismo* y *multiculturalismo*. Cabría reputar las tesis de Häberle para la conformación del DCCE como una iniciativa jurídica y política de inequívoco signo eurocentrista. Desde estas coordenadas cabría pensar que su teoría representa una renovada legitimación ideológica de la superioridad del genio cultural y jurídico europeo. En el pensamiento jurídico europeo de los siglos XVIII y XIX y en la primera mitad del nuestro existía la convicción, más o menos consciente, de que entre las distintas culturas jurídicas, se daba una jerarquía en la que Europa ocupaba el primer rango. Por eso, cuando se apelaba a valores propios de los países civilizados, en realidad, se quería aludir a los pertenecientes a la cultura jurídica europea. Las referencias a la cultura jurídica de la humanidad hipostasiaban lo que, de hecho, eran apelaciones a los modelos jurídicos europeos. El progreso jurídico, en ocasiones avalado por una determinada concepción del Derecho Comparado, consistía en promover el que las otras culturas «salieran» de su barbarie o subdesarrollo y se acomodaran al marco jurídico institucional europeo, lo que se consideraba que redundaría en un beneficio para ellas.

Esa fase de colonialismo jurídico eurocéntrico sufrió una profunda crisis con el movimiento descolonizador que sigue al fin de la Segunda Guerra Mundial. Hoy, por contra, se asiste a un fenómeno que tiende a enfatizar la peculiaridad de las distintas civilizaciones y el consiguiente multiculturalismo jurídico. Pero, a su vez, este fenómeno puede encubar el riesgo de un relativismo jurídico cultural con la consiguiente pérdida del horizonte universalista y cosmopolita de las libertades y el constitucionalismo.

Peter Häberle que es un pensador singularmente bien dotado para captar los signos definitorios de nuestra época no podía dejar de ser sensi-

⁽⁴⁴⁾ *Ibíd.*

ble a estas circunstancias. Quizás se deba a ello su deliberado afán por evitar que pueda acusarse al DCCE de ser un instrumento solapado para absorber y fagocitar otras culturas jurídicas y los distintos derechos nacionales europeos. Para evitar ese recelo indica, de forma recurrente, que el DCCE no ha nacido para negar ni abolir «el Derecho Constitucional *sui generis* de cada nación, sino, al contrario, pretende ante todo colaborar en su fundamentación, asumirlo y, simultáneamente, potenciarlo»⁽⁴⁵⁾. Asimismo, al exponer los límites y riesgos del DCCE explicita que el vigor y la fuerza del DCCE dependen de su riqueza, incluyendo el sentido particular y las peculiaridades de cada uno de los tipos de derechos contenidos en sus constituciones nacionales⁽⁴⁶⁾.

Parece desprenderse de estos asertos que la formación del DCCE debería ser el resultado de una comparación por vía inductiva de los distintos sistemas constitucionales nacionales europeos. Pero esta conclusión sería engañosa. Es cierto que en la elaboración del DCCE concurren las experiencias legislativas, judiciales y doctrinales de las distintas naciones de Europa, pero el DCCE no es la mera suma de esos elementos. El DCCE constituye una categoría cultural previa a esos elementos particulares y, por tanto, en su elaboración se debe operar también por vía deductiva, a partir de la idea de una comunidad de valores y principios jurídicos europeos que actúan como elemento conformador, aglutinante y orientador del proceso. Si no existiese la convicción de un tipo ideal de DCCE sería imposible enjuiciar y valorar la aproximación o alejamiento de las distintas experiencias jurídicas europeas respecto a ese ideal superior que, tal como se ha indicado, actúa como motor «utópico» del proceso de convergencia jurídica europeo.

Häberle concibe el devenir de los derechos fundamentales como una trayectoria dirigida a culminar en el *status mundialis hominis* del que se deriva, en el plano de la fundamentación teórica, el *status civilis* y *culturalis* nacional. Los derechos fundamentales universales deben penetrar en la teoría y en la práctica de los derechos fundamentales nacionales. Ello exige un

⁽⁴⁵⁾ P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», cit., p. 13.

⁽⁴⁶⁾ P. Häberle, «Verfassungsrechtliche Fragen im Process der europäischen Einigung», cit., pp. 430 ss.

concierto multinacional y multicultural de muchas, o, más bien, casi de todas las culturas y doctrinas de derechos fundamentales⁽⁴⁷⁾.

La garantía de los derechos fundamentales, en su dimensión operativa práctica, debe comenzar a implantarse a nivel de los Estados nacionales para posteriormente universalizarse, pero los derechos fundamentales nacionales no pueden interpretarse sino a partir de los derechos humanos universales; y en ello el art. 10.2 de la Constitución española ofrece un estimulante ejemplo. En definitiva, el DCCF no puede abdicar de su vocación supranacionalista y de su papel de estadio en la conformación de un Derecho Constitucional en el que tenga plena vigencia el *status mundialis hominis* como derecho fundamental universal⁽⁴⁸⁾.

Es evidente que la construcción de un DCCE, por fuerza, debe presentarse con inequívoca vocación universalista y multicultural de signo humanista y cosmopolita, máxime cuando se plantea como en el caso de Häberle desde una filosofía de la cultura. Sensible a esta exigencia, la construcción del profesor de Bayreuth concibe el *ius commune constitutionale europaeum* como un estadio, o aspecto parcial, del desarrollo jurídico de la humanidad mientras llega la hora del «Estado constitucional a nivel planetario»⁽⁴⁹⁾. La penetración de los presupuestos del Estado constitucional en la Europa del Este y, a través de ella, en grandes zonas de Asia, su paulatina presencia en los países africanos en vías de desarrollo, así como el influjo del constitucionalismo hispano-luso en Iberoamérica son hitos dirigidos hacia ese logro.

Constituiría, por tanto, una grave incompreensión del DCCE diseñado por Häberle el entenderlo como un alegato eurocentrista encubridor de un

(47) P. Häberle, «El concepto de los derechos fundamentales», cit., pp. 94 ss.

(48) *Ibid.*, p. 126.

(49) P. Häberle, «Derecho Constitucional Común Europeo», cit., p. 46. Häberle atribuye a un déficit de tolerancia y a falta de entrenamiento en la vivencia de una cultura universal de los derechos fundamentales, la eclosión de los «nuevos nacionalismos» surgidos en la Europa del Este para llenar el vacío ideológico dejado por la quiebra del marxismo-leninismo. Ello ha provocado las funestas consecuencias, especialmente trágicas en la antigua Yugoslavia, de Estados integrados por diversos pueblos que se desmoronan entre guerras civiles en pequeños Estados que, a su vez, siguen teniendo problemas con sus minorías. «El concepto de los derechos fundamentales», cit., p. 118.

renovado colonialismo jurídico-constitucional. Pero esa sensibilidad a las exigencias jurídicas del multiculturalismo no le hace ser un relativista. Uno de sus últimos trabajos se refiere, precisamente, al desafío que representa el fundamentalismo para el Estado constitucional. En opinión de Häberle la mejor defensa de la sociedad abierta contra los peligros de los fundamentalismos de todo signo será la garantía real de tres libertades básicas inherentes al Estado de Derecho: la libertad en materia de creencias (tolerancia), la libertad del arte y la libertad de la ciencia⁽⁵⁰⁾.

Retomando el hilo conductor de la argumentación de Häberle podría compendiarse su actitud, respecto a las tres alternativas básicas aquí enjuiciadas, en los siguientes términos.

1^a.) En lo que atañe al significado ideal o empírico del DCCE, se infiere de sus tesis que ese nuevo Derecho no es una entelequia, sino una realidad operativa que cuenta con un soporte de experiencias jurídicas concretas y operativas en Europa. Pero se trata de una realidad abierta e *in fieri*, que recibe su orientación y su impulso de un modelo ideal o, si se quiere, utópico, que estimula y dinamiza su proceso conformador. Como se ha tenido ocasión de advertir, el alcance del DCCE es más amplio y ambicioso que la proyectada Constitución limitada al ámbito de la Unión Europea. Viceversa los autores de ese Proyecto pueden encontrar en los trabajos de Häberle un ilustrado y valioso estímulo. Se ha firmado, por la autorizada voz de Rudolf Bernhardt que: «la Constitución comunitaria en su conjunto no depende de los detalles, sino del futuro desarrollo hacia una auténtica Unión Europea»⁽⁵¹⁾. Pero, al propio tiempo, el parlamentario Fernand Herman, ponente del Proyecto de Constitución de la Unión Europea elaborado por el Parlamento Europeo en 1993, recordaba en la sesión plena-

⁽⁵⁰⁾ P. Häberle, «Der Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungss-taates: rechts- bzw. kulturwissenschaftlich betrachtet», en la obra col. *Liber Amicorum Josef Esser*, ed. a cargo de E. Schmidt y H. L. Weyers. Cf. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 50 ss.

⁽⁵¹⁾ R. Bernhardt, «Las fuentes del Derecho comunitario: la Constitución de la Comunidad», en la obra col. *Treinta Años de Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1994, p. 86. Sobre el Proyecto de Constitución Europea, vid. el trabajo de Francesc de Carreras Serra, «Por una Constitución Europea», en el vol. col., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, cit., en nota 6, pp. 225 ss.

ria de dicho Parlamento celebrada en Estrasburgo en febrero de 1994, que la elaboración de una Constitución Europea permitiría «poner fin a la actual etapa de crisis y confusión en relación con la construcción europea», y añadía que: «el Tratado de Maastricht ha complicado, en lugar de simplificar, la construcción europea y un texto constitucional permitiría corregir este extremo»⁽⁵²⁾. Todo ello significa que si la Constitución Europea no puede sustraerse a los avatares del proceso de construcción de la Unión, ésta, a su vez, tendrá uno de sus principales mecanismos impulsores, ordenadores y clarificadores en su Constitución.

2ª.) Sobre el sentido horizontal o vertical del DCCE propugna una solución mediadora. El nuevo Derecho debe ser fruto de la concurrencia plural y equilibrada de las distintas culturas nacionales. En la construcción del DCCE no es admisible partir de hegemonías jurídicas (en la metáfora musical de Häberle, «directores de orquesta») corolario de las económicas o políticas, pero sí reconocer protagonismos culturales (en expresión de Häberle «voces cantantes») episódicos, que indiquen la pauta a seguir en el «concierto» de la unidad jurídica europea.

3ª.) En la renovada tensión entre eurocentrismo y multiculturalismo el DCCE se alinea inequívocamente en la órbita de las concepciones culturales jurídicas de signo universalista y cosmopolita: se presenta, en definitiva, como un estadio en la construcción del Derecho Constitucional común de la humanidad.

3.3. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

En el desarrollo del constitucionalismo y de las libertades en Europa está llamada a jugar un papel relevante la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que fue proclamada en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE celebrada en Niza y finalizada el 11 de diciembre de 2000. El antecedente inmediato de dicho texto debe situarse en el Consejo de Tampere de octubre de 1999, en el que fue creada una Convención para elaborar el proyecto de dicha Carta. Esa Convención se hallaba integrada por quince representantes de los Jefes de Estado y de

⁽⁵²⁾ Vid. «Actividad de la Unión Europea: Parlamento Europeo», en *Europa Junta*, 1994, n.º. 24, pp. 33-34.

Gobierno de los países miembros, un representante de la UE, dieciséis miembros del Parlamento europeo y treinta miembros de los parlamentos nacionales⁽⁵³⁾.

La Carta de Niza constituye el núcleo de lo que puede ser la parte dogmática, es decir, aquella en la que se consagran los derechos y libertades de los ciudadanos, de la futura Constitución de la Unión Europea. Mientras que la segunda parte, o parte orgánica, de dicha Constitución, aquella a la que los constitucionalistas atribuyen la regulación de la estructura y funcionamiento de los poderes públicos, tiene como presupuestos los sucesivos Tratados que han servido y sirven de instrumento regulador de la UE.

El texto de la Carta se halla integrado por un Preámbulo y 54 artículos. Ese articulado aparece distribuido en siete Capítulos, respectivamente dirigidos a desarrollar los siguientes epígrafes:

Capítulo I *Dignidad* (artículos 1-5). Dentro del cual se proclama la inviolabilidad de la dignidad humana, así como el derecho a la vida con la expresa prohibición de la pena de muerte. También se reconoce la integridad de la persona, con la consiguiente prohibición de la tortura, y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Son también objeto de expresa prohibición: la esclavitud y el trabajo forzado.

Capítulo II *Libertad* (artículos 6-19). En este amplio Capítulo se recogen la mayoría de libertades individuales propias de la tradición liberal. Se consagran aquí: el derecho a la libertad y la seguridad, a la vida privada y datos personales, a contraer matrimonio y fundar una familia. Asimismo, se reconocen las libertades de pensamiento, conciencia, religión, expresión e información, de reunión y asociación, de las artes y las ciencias y el derecho a la educación. También se proclaman expresamente las libertad profesional, el derecho al trabajo, la libertad de empresa y los derechos a la propiedad, de asilo, con la consiguiente protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

⁽⁵³⁾ Cfr., entre otros: A. Rodríguez Bereijo, «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, 2001, n.º. 192; F. Rubio Llorente, «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *REDC*, 2002, n.º. 64, pp. 13 ss.; A. Weber, «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *REDC*, 2002, n.º. 64, pp. 79 ss.

Capítulo III *Igualdad* (artículos 20-26). Tras la proclamación de la igualdad ante la ley de todas las personas, en este Capítulo se vetan todo tipo de discriminaciones, con especial referencia a las que tienen su origen en motivos de sexo, minoría de edad, ancianidad o discapacidad; al tiempo que la unión expresa su respeto por la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

Capítulo IV *Solidaridad* (artículos 27-38). Bajo esta rúbrica, la Carta de Niza enumera una serie de derechos sociales dirigidos a la garantía del *status* laboral de los trabajadores. Sucesivamente, se declara el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, a la negociación colectiva, al acceso a los servicios de colocación y a unas condiciones laborales justas y equitativas. Asimismo, se prohíbe el trabajo infantil y se garantiza la protección de la familia en el plano jurídico, económico y social. En ese mismo Capítulo se proclama las garantías de la seguridad social y la protección de la salud, del medio ambiente y de los consumidores.

Capítulo V *Ciudadanía* (artículos 39-46). Se incluyen dentro de las garantías de este Capítulo: el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo, así como en las elecciones municipales. También son objeto de reconocimiento expreso el derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos, al tiempo que se consagra, como institución tutelar de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión o de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, la figura del Defensor del Pueblo. También se reconoce el derecho de petición, la libertad de circulación y de residencia, al tiempo que el derecho a la protección diplomática y consular. Respecto al alcance de esta última, se prevé que todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado al que pertenece, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.

Capítulo VI *Justicia* (artículos 47-50). En este Capítulo se acogen las principales garantías procesales que conforman lo que en la tradición jurídica anglosajona se denomina *due process of law*. Entre ellas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y derechos de la defensa. En este Capítulo se incluyen también las garantías penales propias de los Estados de derecho: el principios de legalidad y de

proporcionalidad de los delitos y las penas, así como el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito

Capítulo VII *Disposiciones generales* (artículos 51-54). En este epígrafe se establece el ámbito de aplicación, el alcance de los derechos garantizados, el nivel de su protección y la prohibición del abuso de derecho.

No es este el lugar para un comentario, demorado en pormenores, de la Carta. Entre aquellos aspectos que suscitan mayor interés o entraña un planteamiento novedoso, se puede aludir al encuadre en el Capítulo referente a la libertad del derecho a la intimidad, denominado aquí vida privada y familiar, (art. 7) así como a la protección de datos personales (art. 8). En la teoría de los derechos fundamentales, así como en algunos textos constitucionales y declaraciones internacionales, estos derechos, al igual que el referente a la imagen, se entroncan en el ámbito de facultades que dimanán del derecho a la integridad moral y que, por eso mismo, se consideran especificaciones del valor de la dignidad. También debe ser reseñada la inclusión de los derechos sociales de carácter laboral en el Capítulo referente a la solidaridad. No huelga recordar que en el seno de la tradición de los derechos sociales, éstos se consideraban prolongaciones del valor de la igualdad. Si bien, la opción clasificatoria utilizada en la Carta parece hacerse eco de las actitudes doctrinales que conciben la solidaridad, en el plano jurídico, como la dimensión material o real de la igualdad. Asimismo, cabe reseñar que la inclusión de los derechos de los consumidores (art. 38) en ese mismo Capítulo referido a la solidaridad, se aleja de la tendencia actual a incluir tales derechos en el ámbito de protección de la ciudadanía.

Más allá de estos aspectos concretos y marginales, entiendo que la Carta se halla inspirada por tres ideas-guía fundamentales:

1ª.) Una clara orientación hacia el *axiologismo*. La Carta, desde su propio Preámbulo, afirma –y ello puede considerarse como la propia clave *teleológica* del texto– la inequívoca voluntad de los pueblos de la Europa, para crear una unión cada vez más estrecha, cifrada en la decisión de «compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes».

El logro de valores compartidos es, por tanto, *el fin* que se fija la Unión Europea; pero al propio tiempo los valores son también su *fundamento*. De forma expresa, el Preámbulo de la Carta proclama la consciencia de los Estados miembros de la Unión Europea de poseer un común «patrimonio

espiritual y moral». De ahí, que se declare que: «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho».

No debe pasar desapercibida la inequívoca concepción universalista a que responde la Carta. La universalidad es un rasgo constitutivo de los derechos y al reconocerlo así, la Unión Europea inscribe su Carta Magna de libertades en la órbita universalista que parte de la Ilustración y que tuvo una consagración de decisiva importancia en la declaración universal de derechos humanos de la ONU de 1948. De este modo, la Carta no puede suscitar ningún recelo de localismo o particularismo eurocentrista. Al propio tiempo, desea expresamente alejarse de cualquier propósito tendente a ignorar, avasallar o uniformar determinadas diferencias relevantes. El texto de la UE declara, en esta materia, su reconocimiento de «la diversidad de tradiciones y culturas de los pueblos de Europa» (Preámbulo), y especifica que: «La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística» (art. 22). Si bien, dicho reconocimiento, en ningún caso, puede significar una legitimación para establecer discriminaciones en el disfrute de los derechos postulados en la Carta.

La evidente opción axiológica de la Carta se manifiesta también en su propio sistema de clasificación de los derechos en ella reconocidos. Ha sido habitual en los textos internacionales o constitucionales utilizar un esquema generacional de positivación de los derechos. A tenor de dicho método, se suelen distinguir: los derechos de la primera generación, que corresponden a las distintas libertades individuales; los de la segunda generación, integrada por los derechos económicos, sociales y culturales; e incluso, en los documentos más recientes, se abre paso la recepción de una tercera generación de derechos destinada a establecer las garantías de las libertades en la era tecnológica. En otros textos se ha adoptado un método clasificatorio basado en la distinta intensidad de los mecanismos de protección de los distintos derechos y libertades.

Frente a estos sistemas, la Carta nuclea los derechos fundamentales en ella reconocidos en torno a una serie de valores básicos. De los siete Capítulos que la integran, seis ostentan como categorías inspiradoras y fundamentadoras distintos valores. Los cuatro primeros Capítulos hacen referencia a los cuatro valores que, como se ha tenido ocasión de indicar

supra, se consideran fundamentadores de la propia UE: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

El Capítulo quinto se halla consagrado a explicitar los derechos que dimanen de la condición de ciudadanía, entendida esta como un valor de la vida política y no como una mera descripción de *status*, o situaciones subjetivas. De igual modo, el Capítulo sexto hace referencia a la justicia aunque no en su significado de valor jurídico omnicompreensivo y plenario, sino en esa dimensión procedimental de la justicia que se identifica con la seguridad jurídica. En cualquier caso, la significación axiológica de ese Capítulo resulta incuestionable.

Pueden también considerarse como apelaciones a una concepción axiológica de las libertades, dos significativas cláusulas incluidas en las Disposiciones generales del Capítulo séptimo. La primera, se refiere a la remisión de la Carta al respeto del *contenido esencial* (*Wesensgehalt*) de los derechos en los supuestos de limitación legal de su ejercicio (art. 52), lo que equivale a reconocer el núcleo valorativo que informa cada derecho. La segunda, alude a la prohibición del *abuso del derecho* (art. 54), lo que evoca un orden de valores ético-jurídicos (equidad, buena fe, lealtad...) como pauta básica para el ejercicio de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Carta.

2ª.) Un decidido impulso de la *ciudadanía europea*. Otro de los rasgos caracterizadores de la Carta es su compromiso en pro de la afirmación y el reforzamiento de un *status activae civitatis* en el ámbito europeo. En un fragmento muy significativo del Preámbulo se declara que la Carta: «Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación».

No deja de ser paradójico que la noción de ciudadanía, uno de los ejes en torno al cual se gestó la concepción moderna de las libertades en el siglo XVIII, constituya hoy, cuando se inicia el siglo XXI, una de las categorías más asidua y ubicuamente invocadas en la esfera de los derechos fundamentales. Sensible al signo de los tiempos, la Carta de la UE consagra su Capítulo V a perfilar la situación jurídica de los ciudadanos europeos. No debe pasar desapercibida esta importante innovación, respecto a declaraciones de derechos y libertades anteriores, en las que la ciudadanía no alcanzaba el rango sistemático de merecer un capítulo autónomo a su definición y alcance.

En dicho Capítulo se definen los derechos de participación política de los ciudadanos europeos, sus facultades frente a la Administración y su acceso a los documentos de la UE. Pero, sin resquicio a dudas, su aportación más relevante es el de definir y consolidar el *status* de la ciudadanía europea.

Durante mucho tiempo el uso lingüístico del término «ciudadanía» hacía referencia a un vínculo único y exclusivo entre el individuo y el Estado: se trataba por tanto de una relación *unilateral* y omnicomprensiva de toda la actividad política entre el individuo y el Estado.

El reconocimiento de una ciudadanía europea en la Carta de la UE constituye un paso decisivo en la decantación desde esa idea *unilateral* de ciudadanía hacia una ciudadanía *multilateral*. Esta última consiste en ir más allá de una mera ciudadanía *diferenciada* en el interior del Estado.

El reconocimiento del desbordamiento político y jurídico del Estado a través de los fenómenos de «supraestatalidad» (supeditación del Estado a organizaciones internacionales) y de «infraestatalidad» (asunción de competencias jurídico-políticas por entes menores que el Estado) invita a admitir ese uso lingüístico multilateral de la idea de ciudadanía. Así, por ejemplo, en el seno de la UE, pueden reconocerse y hacerse operativas hasta cuatro ciudadanía en sus Estados miembros con estructura federal o autonómica: la ciudadanía europea, la estatal, la federal o autonómica y la municipal.

3ª.) Una peculiar garantía de la *seguridad jurídica*. La Carta dedica por entero su Capítulo VI a establecer el marco de garantías procesales y penales, que tradicionalmente se consideran ingredientes básicos del valor de la seguridad jurídica.

Es notorio que la seguridad jurídica constituye uno de los apartados de la justicia general, al ser condición de la sociedad correctamente ordenada. De ahí, la imposibilidad de establecer una antítesis entre justicia y seguridad, por cuanto ambas comportan presupuestos y procedimientos ineludibles para garantizar el buen orden de la sociedad. No obstante esa coincidencia básica no excluye la posibilidad de reconocer perfiles propios de la seguridad jurídica (o, si se prefiere, especificaciones de los requisitos de seguridad implícitos en la justicia general), que se cifran en exigencias «objetivas» de: corrección estructural (formulación adecuada de las nor-

mas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción «subjctiva» encarnada por la *certeza del Derecho*, como la proyección en las situaciones personales de las cláusulas estructurales y funcionales de la seguridad objetiva, especialmente en lo que atañe a las garantías procesales y penales (garantismo). La certeza del Derecho se traduce, básicamente, en la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos. Con ello, se tiende a establecer ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho que integran la UE.

Una de las garantías penales básicas, que integran el valor de la seguridad jurídica, es la referente al *principio de legalidad penal*. Esta garantía ha sido recogida en el artículo 49 de la Carta, en los siguientes términos: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional... 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones».

Estimo que el art. 49 de la Carta sustituye el principio de legalidad penal, basado en la estricta tipificación legislativa de las infracciones, por el principio de juridicidad penal, que se basa en fuentes normativas tan indeterminadas y difusas como el Derecho internacional (art. 49.1), o como los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones (art. 49.2). La Carta parece querer sumarse al reforzamiento de la universalidad de los derechos humanos, que sirvió de idea legitimadora a los Tribunales de Nuremberg. Pudiera también querer sintonizar, por anticipado, con lo que se prevé que pueda ser el parámetro sancionador del Tribunal Penal Internacional.

El planteamiento de la Carta afecta directamente a los principios garantistas y de seguridad jurídica que informan el sistema penal del constitucionalismo europeo y, en concreto, el art. 25 CE. Para evitar esa evidente antinomia, no se vislumbra otra alternativa que entender por Derecho Internacional y/o principios generales de la comunidad de las nacio-

nes, al principio de legalidad penal reconocido en las constituciones de los Estados que integran la UE. No se me oculta que es una interpretación forzada, pero, de otro modo, se hace insalvable la discrepancia entre el principio de legalidad penal, tal como es halla garantizado en las constituciones de los Estados que integran la UE y el texto básico de derechos fundamentales de la propia UE.

En cualquier caso, la Carta de Niza, con sus logros y avances –que, sin duda, los tiene– y sus aspectos discutibles, constituye un eslabón insoslayable en la construcción de un espacio común de libertades para Europa. Sus redactores han querido que el texto suponga un decisivo impulso para la consolidación de los derechos fundamentales, «a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológico» (Preámbulo). Las circunstancias políticas, económicas y sociales determinarán, como ocurre con cualquier norma jurídica, la eficacia futura de este relevante documento para la integración Europea.

4. DILEMAS ACTUALES DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS LIBERTADES

En la hora presente se asiste a una transformación de las ideas y de las formas institucionales que integraban el tradicional marco de referencia de los derechos humanos y el constitucionalismo. Pero la consciencia de esa transformación no supone un conocimiento claro y preciso de los rumbos futuros del fenómeno de cambio. La coyuntura cultural es más bien una encrucijada cuyas alternativas entrañan sendas divergentes que conducen a metas, asimismo diversas.

Para analizar algunos aspectos actuales de los derechos humanos y el constitucionalismo, parece oportuno recurrir a un modelo dilemático. Las libertades y el orden constitucional no tienen un solo perfil como los antiguos relieves de Egipto o Asiria; al abordar su análisis se suceden una serie de bifurcaciones o dilemas. Si se conviene que dilema es el argumento que se escinde en dos opciones, de ahí su denominación clásica de *syllogismus cornutus* por entrañar dicotomías o alternativas, no parece ocioso proyectar un planteamiento dilemático a la consideración actual de las libertades. Las elaboraciones doctrinales del tiempo presente, más proclives a argumentar en términos de conjeturas abiertas que de certezas dogmáticas, han propiciado una revalorización teórica del dilema. En la doctrina moral ha adquirido notoriedad el «dilema del prisionero» planteado

por Derek Parfit⁽⁵⁴⁾, asimismo se recurre a la noción de dilema para designar los conflictos deónticos (paranomas) entre reglas de un mismo o de distintos sistemas normativos⁽⁵⁵⁾. Mientras en el plano jurídico Gunther Teubner empleó esta categoría en el rotuló de un importante volumen colectivo sobre las funciones del Derecho en el Estado de bienestar: *Dilemmas of Law in the Welfare State* ⁽⁵⁶⁾ y se ha referido al «trilema regulativo», que se plantea a la actividad legislativa como exigencia de poner en relación tres sistemas autónomos: el jurídico, el político y el del sector social que pretende reglamentar⁽⁵⁷⁾.

En función de esos estímulos teóricos el enfoque que aquí se avanza partirá del dilema contextual, que hace referencia al marco cultural y político sobre el que se articula el debate de las libertades y el constitucionalismo. Este planteamiento se prolonga en los dilemas que hoy se suscitan sobre los fines, los métodos y los resultados que se prevén o se desean en el horizonte de cambio de los derechos humanos y el Estado constitucional.

4.1. Dilema contextual: ¿nacionalismo o universalismo?

Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la exigencia de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Pero, como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se oponen ahora el resurgir de nacionalismos de zafio cuño tribal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a «los cuatro jinetes del Apocalipsis»: el hambre, la peste, la guerra y la muerte, en aquellos lugares en los que la barbarie nacionalista ha impuesto su sinrazón.

(54) D. Parfit, «Prudence, Morality, and the Prisoners Dilemma», en *The Proceedings of the British Academy*, 1979, vol. LXV, pp. 539 ss., existe trad. cast. de G. Gutiérrez, Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1991. Al analizar algunos aspectos actuales del derecho a la intimidad tuve ocasión de aludir a los dilemas que se plantean en torno a esa libertad, vid., mi trabajo, «Dilemas actuales de la protección de la intimidad», en el vol. col. a cargo de J. M. Sauca, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, cit. en la nota 29, pp. 311 ss.

(55) R. Barcan Marcus, «Moral Dilemmas and Consistency», en *Mind* 1980, n.º. 77, pp. 121 ss.

(56) G. Teubner, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlin, 1985.

(57) G. Teubner, «Das Regulatorische Trilemma», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 1984, vol. 13, pp. 110 ss.

El nacionalismo constituye un absurdo lógico y ético, no obstante lo cual ha gozado en el pasado y goza en el presente de una amplia aceptación política. Desde el punto de vista *lógico* el nacionalismo representa una de las manifestaciones más burdas de la falacia naturalista (*Naturalistic Fallacy*), que hace referencia a la inconsecuencia lógica que entraña derivar el «deber ser» del «ser»; denunciada por David Hume y expresamente formulada por George Edward Moore⁽⁵⁸⁾. El discurso nacionalista parte siempre de la descripción de una serie de obviedades fácticas: que determinadas personas o grupos tienen rasgos distintivos en función del color de su epidermis, o de sus cabellos, o de los sonidos guturales que emiten, o de su sistema de creencias, apetitos o temores colectivos. Tras esos hechos notorios inmediatamente derivan prescripciones sobre la superioridad de determinadas razas, o el mejor derecho de unas tribus sobre otras. En todo caso, lo que hace de esas derivaciones algo *éticamente* inaceptable es que la apelación a la diferencia tiende siempre a establecer discriminaciones en favor de quienes la postulan.

La pugna entre los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios propios del universalismo, frente a la reivindicación de la individualidad, la variedad y la diferencia propias del nacionalismo han tenido repercusiones en distintos ámbitos y contextos de la vida jurídico-política contemporánea. En una interesante exposición crítica de las labores de reforma constitucional que se están gestando en Alemania, Erhard Denninger ha podido detectar algunos rasgos que resultan altamente significativos. Según el Catedrático de Derecho Público de Francfort, en el proceso constitucional germano que ha cristalizado en las recientes constituciones de los cinco nuevos *Länder*, que corresponden a los territorios de la antigua Alemania Oriental incorporados a la República Federal de Alemania, se pueden vislumbrar, entre otros aspectos, los siguientes: una especial sensibilidad por la *desigualdad*, por aquellas peculiaridades individuales que hacen diferentes a los hombres, frente al culto por la *igualdad* que se refleja en la *Grundgesetz*, continuadora en este aspecto del espíritu iluminista de la Revolución Francesa. Asimismo, en estas nuevas constituciones se aprecia el gusto por la

⁽⁵⁸⁾ Sobre la «falacia naturalista», en relación con el fundamento de los derechos humanos, vid., el Capítulo 3 del libro, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 180 ss.; asimismo mi monografía, *La universalidad de los derechos y el Estado constitucional*, cit. en nota 7, pp. 21 ss.

variedad y el redescubrimiento de la *multiplicidad*, todo ello acorde con el clima «postmoderno» que, según Denninger, impregna las actuales manifestaciones de la cultura y, por ello, también de la cultura jurídica constitucional⁽⁵⁹⁾.

Reflejando también los síntomas de nuestro tiempo el profesor francés Joseph Yacoub ha indicado en una obra muy actual que, probablemente, el siglo XXI será la época de las identidades y los particularismos étnico-nacionales y culturales. Frente al ideal de la convergencia en la igualdad de derechos y deberes para asegurar la cohesión de las sociedades, se alza una divisa que, invirtiendo el lema marxista, proclama: «¡Nacionales de todos los países, separaos!»⁽⁶⁰⁾.

El nacionalismo particularista y discriminatorio choca frontalmente con el ideal universalista que es inherente a la propia idea de los derechos humanos y de un constitucionalismo común de la humanidad. Por eso, el nacionalismo entraña un disvalor moral frente a la valoración ética positiva que merecen otras actitudes para las que la comprobación de diferencias fácticas no legitima la discriminación, sino que las lleva a postular, en el plano del «deber ser», la paridad de trato en función del dato común de la racionalidad, la dignidad o las necesidades de todos los hombres (iusnaturalismo racionalista, humanismo democrático, igualitarismo, cosmopolitismo...).

En este punto conviene recordar una certera observación del profesor Truyol y Serra, avalada por la experiencia histórica, de que el peligro para la identidad y la personalidad nacionales no ha procedido de su incorporación libre a comunidades más amplias, sino más bien de conquistas o anexiones, de intentos de asimilación directa o indirecta, o formas

⁽⁵⁹⁾ Cfr. E. Denninger, «Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno», cit., en nota 7; id. «La Reforma Constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», cit., en nota 7.

⁽⁶⁰⁾ J. Yacoub, *Les Minorités, quelle protection?*, Desclée de Brouwer, París, 1995. Vid., también las obras de J. de Lucas, *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992; y *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994 y el estudio reciente de E. Beltrán Pedreira, «Diversidad y deberes cívicos: liberalismo, ciudadanía y multiculturalismo», en el vol. col., a cargo de E. Díaz y J. L. Colomer, *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 371 ss.

hegemónicas⁽⁶¹⁾. Dicho en otros términos, que el enemigo de la identidad y personalidad nacionales no debe buscarse en el universalismo, que incita a la *Aufhebung* libre y consciente de las contingencias particularistas en aras de lo trascendente común, sino en otros nacionalismos más fuertes y agresivos.

4.2. Dilema de los fines: ¿economía o ética?

Uno de los dilemas más arduos que se plantean ahora al Estado constitucional y a las libertades es el que afecta a la propia fijación de sus objetivos básicos. Desde la génesis del Estado de Derecho en la modernidad, a través de la garantía constitucional de los derechos humanos, se consideró que estos fenómenos entrañaban un inequívoco sentido ético: el Estado de Derecho y los derechos humanos suponían el reconocimiento de determinados valores de la persona y, en definitiva, implicaba cifrar la legitimación del orden jurídico y político en valores éticos. Durante casi dos siglos no se ha discutido la finalidad y el fundamento ético de estas categorías de legitimación. No obstante, en los últimos años, esta dimensión axiológica está siendo combatida y, en ocasiones, arrinconada en nombre de una lógica económica o economicista. En función de ella se juzga que el fin y el fundamento del orden constitucional y de las libertades consiste en la aceptación sumisa de las denominadas «leyes del mercado».

La economía y el mercado, antes instrumentos al servicio de los grandes fines éticos de la sociedad política, han pasado a ser los fines de esa actividad. En el siglo XIX, como se ha tenido ocasión de exponer *supra*, las luchas sociales se encargaron de mostrar que la finalidad ética del Estado cifrada en la emancipación, requería completar el catálogo de los derechos individuales con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos se irán abriendo paso con la consiguiente decantación del Estado liberal de Derecho hacia el Estado social de Derecho, que se ha producido en nuestro siglo. Pero esa trayectoria se ha visto interrumpida en los últimos años en los que se ha defendido y repetido, con monótona insistencia, la tesis neoliberal conservadora sobre la perversidad y/o inviabilidad de los derechos sociales y del Estado social.

⁽⁶¹⁾ A. Truyol y Serra, *La integración europea: idea y realidad*, cit. en la nota 35, p. 68.

Desde estas premisas se insiste en afirmar el carácter irreductible de la contraposición entre la libertad y la igualdad, al tiempo que se sostiene que cualquier avance igualitario implica necesariamente un menoscabo de la libertad. Se acusa, desde esta óptica, al intervencionismo del *Welfare State*, dirigido a promover un equilibrio en el disfrute del bienestar, de haber generado un gasto público insostenible responsable de la denominada «crisis fiscal del Estado» (James O'Connor); a la vez que se le hace responsable de haber corroído la libertad y la prosperidad de los individuos. Resumiendo este punto de vista señalan Milton y Rose Friedman que: «una sociedad que anteponga a la libertad la igualdad, en el sentido de los resultados, acabará sin una ni otra. El uso de la fuerza para lograr la igualdad destruirá la libertad, y la fuerza, introducida con buenas intenciones, acabará en manos de personas que la emplearán en pro de sus propios intereses»⁽⁶²⁾. El intervencionismo del Estado social y la tutela de los derechos sociales desembocará, de modo irremediable, en el fenómeno definido por Friedrich von Hayek como *Camino de servidumbre*⁽⁶³⁾.

Como quiera que la imagen del ser humano a que responden estas críticas se halla deformada por la evidente ideología que la inspira sus conclusiones incurren en una evidente parcialidad. Todo ese esfuerzo especulativo no toca el nudo de la cuestión, es decir, si es bueno o malo que el Estado realice una política tendente a satisfacer las necesidades básicas en materia educativa, sanitaria, laboral, asistencial... Por eso, en los últimos años esta cuestión no se debate en términos éticos o axiológicos, sino prioritariamente económicos. Hoy el asalto neoliberal a los derechos sociales y su asedio al Estado social se dirime en nombre del condicionamiento económico de los derechos y la política estatal dirigida a satisfacerlos. Se alude así a expresiones tales como la de «el condicionamiento fiscal», o la «reserva económica de lo posible», para negar, supeditar, limitar o aplazar la satisfacción de los derechos sociales.

Debo indicar, de inmediato, mi personal preferencia por la opción ética de este dilema. No pretendo ignorar con ello los condicionamientos

⁽⁶²⁾ M. y R. Friedman, *Libertad de elegir*, trad. cast. de C. Rocha, Grijalbo, Barcelona, 1980, pp. 194-195.

⁽⁶³⁾ F. von Hayek, *Camino de servidumbre*, trad. cast. de J. Vergara, Alianza, Madrid, 1978.

económicos que gravitan sobre la acción del Estado y, especialmente, sobre la que tiende a garantizar los derechos sociales. Soy consciente del riesgo que para cualquier derecho implica el ser reconocido en Declaraciones internacionales o constitucionalmente con formulaciones tan grandilocuentes como ilusorias. La frustración y desconfianza que provocan esas proclamas solemnes, carentes de eficacia, no autoriza a abordar esta cuestión en términos de un utopismo ingenuo o un voluntarismo irreflexivo.

Pero no conviene resbalar sobre dos falacias concomitantes que se deslizan en numerosos planteamientos actuales de la cuestión:

- a) La primera, consiste en una variedad de «falacia naturalista» que tiende aquí a confundir hechos y valores; es decir, la fundamentación de los derechos con su realización. Cuando se afirma que sólo se pueden sostener como derechos aquellos para los que existen medios económicos para satisfacerlos, se está postulando que «debe ser lo que es». Esa falacia ha sido denominada «la lógica de Palmström», a tenor de la cual se dice que una cosa o un comportamiento «debe ser así porque así es»⁽⁶⁴⁾. De aceptarse esta tesis la fundamentación de los derechos humanos, lejos de cifrarse en la universalización de la exigencia de unos derechos básicos para todos los hombres, legitimaría todo tipo de discriminaciones en su reconocimiento, que quedaría supeditado a la contingencia de las posibilidades de su satisfacción en cada situación concreta. De este modo, los derechos humanos perderían su dimensión emancipatoria y su misma entraña axiológica, al quedar identificados con los contenidos empíricos del Derecho positivo de cada sistema político, que es, a la postre, quién interpreta las condiciones de posibilidad para la realización de los derechos⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ U. Mückenberger, «La legitimación a través de la negación de la realidad», en el vol. col. de P. Barcellona, D. Hart y U. Mückenberger, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. cast. de C. Lasarte, Civitas, Madrid, 1977, p. 102.

⁽⁶⁵⁾ Me he referido a ello, en el Capítulo 3 de mi libro *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 175-176; así como en mis trabajos: «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y cultura-

- b) La segunda, es la falacia determinista, que entraña la paradójica apología neoliberal de las versiones más crudas del determinismo economicista marxista. Según esta postura son las inexorables leyes del mercado las que deben definir el alcance de los derechos, a través del análisis económico de los presupuestos de cada uno de ellos. Esta tesis ha desembocado en el sofisma del denominado «fin de la historia», al postular que el desarrollo histórico converge necesariamente en un marco de economía de mercado y democracia liberal, que constituye la plasmación definitiva del progreso social y político. Con razón refuta esta falacia Noam Chomsky, para quién representa: «una descripción ridícula pero natural para los dirigentes culturales, mientras sigan fieles a su vocación de servicio al poder y de control del populacho»⁽⁶⁶⁾.

Hoy juristas, economistas y filósofos, de diversas culturas lingüísticas e idéntica observancia conservadora, se inclinan ficticiamente compungidos sobre lo que ellos consideran como el cadáver del Estado social de Derecho y los derechos sociales, que ellos no han engendrado ni nutrido. Las leyes infalibles del mercado son, a tenor de estas tesis el síntoma y la causa de la defunción. Pero frente a ese determinismo fatalista de signo economicista hay que recordar que las leyes económicas no son leyes físicas producto de una causalidad ineluctable sino leyes creadas por los hombres que sirven a fines humanos. «El mercado no es un Moloch intocable e inflexible; –en palabras de Francisco Contreras– el mercado es una hipóstasis una abstracción... bajo la que se esconde simplemente una pluralidad de voluntades humanas, voluntades que pueden ser modificadas y que pueden llegar a acuerdos»⁽⁶⁷⁾.

les», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1982, tomo 1, pp. 257 ss.; «Dimensiones de la igualdad material», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1985, tomo 3, pp. 253 ss. Vid., también la monografía de L. Prieto Sanchís, «Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial», en *Doxa*, 1994, n.ºs 15-16, pp. 367 ss.

⁽⁶⁶⁾ N. Chomsky, *Política y cultura a finales del siglo XX*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 21.

⁽⁶⁷⁾ F. J. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 99. Se ha ocupado también de esta problemática, G. Peces-Barba, en su trabajo: «Escasez y derechos humanos» que abre el Capítulo de colaboraciones referidas a: *Los derechos humanos y el problema de la escasez*, en el vol. col. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, cit., en la nota 29, pp. 193 ss.

Pienso, por tanto, que sólo a través de una concepción ética de las metas que corresponden al constitucionalismo y a los derechos humanos será posible mantener vivo un programa humanista emancipatorio en favor de todos los hombres y todos los pueblos. Este planteamiento permitirá mantener la reivindicación y la denuncia de aquellas situaciones internas o internacionales (por desgracia todavía innumerables) que revelen discriminación en el disfrute de los derechos, pero sin que ello afecte al fundamento y a la propia existencia de los mismos.

4.3. Dilema de los medios: ¿pragmatismo o retórica?

En los últimos años se ha repetido con harta frecuencia la divisa proclamada por Norberto Bobbio, en el Congreso de L'Aquila celebrado en 1964, sobre «El fundamento de los derechos del hombre», a tenor de la cual el problema básico de los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos⁽⁶⁸⁾. Este designio sintetiza la actitud de un buen número de estudiosos de las libertades en la hora presente. Suele oponerse a esta concepción pragmatista de los derechos una alternativa peyorativa: su postulación retórica. De forma paralela la célebre tipología de las constituciones debida a Karl Loewenstein opone las constituciones *normativas*, aquellas que son «efectivamente vividas», a las constituciones *semánticas*, que son una especie de «disfraz» retórico de unas realidades del todo ajenas a las formas normativas constitucionales⁽⁶⁹⁾.

De esa antítesis cabría inferir que el dilema presente entre pragmatismo y retórica, en el plano de los medios para el avance del constitucionalismo y de las libertades, debería decidirse sin vacilaciones en favor de la primera alternativa. Esta opción resulta *prima facie* inobjetable. No obstante lo cual parece conveniente avanzar algunas precisiones sobre su alcance.

En fecha relativamente reciente se publicó un volumen colectivo bajo un título significativo para el tema que aquí se aborda: *Human Rights. From*

⁽⁶⁸⁾ N. Bobbio, «L'illusion du fondement absolu», en el vol. col. *Le fondement des droits de l'homme*, (Actas del convenio del Institut International de Philosophie, celebrado en L'Aquila, 14-19 de Septiembre de 1964), La Nuova Italia, Firenze, 1966, pp. 3 ss.

⁽⁶⁹⁾ K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 2ª. ed., 1976, pp. 216 ss.

Rhetoric to Reality. Ese rótulo sugiere que la obra nace para expresar orgánica y formalmente los afanes pragmatistas latentes en la actual coyuntura de las libertades. Esa impresión es cierta. La obra tiende, en efecto, a estudiar los cauces para que las necesidades humanas básicas y las aspiraciones razonables de las personas puedan ser realizadas dentro y protegidas por el Derecho («realized in and protected by law»). Pero, al propio tiempo, en la Introducción del volumen, que compendia y se hace cargo de su sentido general, Tom Campbell advierte que el discurso sobre los derechos humanos posee una ineliminable dimensión retórica, que no está exenta de significado práctico.

A la acepción peyorativa de la «retórica», que la identifica con la vacuidad verbal, opone Campbell una acepción positiva en la que la retórica viene entendida como la expresión lingüística de pensamientos o creencias con mayor dosis de eficacia comunicativa. En este sentido positivo, la retórica tiene por objeto la persuasión y como método la argumentación dirigida a convencer no a engañar y, por tanto, no a manipular a los interlocutores. La retórica, así entendida, desempeña una relevante función para el logro de objetivos morales y políticos. En esa acepción no-peyorativa se puede considerar el discurso de los derechos humanos como un tipo característico de lenguaje retórico. La propia Declaración Universal de los derechos humanos de la ONU, así como los preámbulos de numerosas constituciones avalan esta dimensión «retórica» de los derechos. Sin duda, lo que se pretende es que las exigencias sobre las libertades expresadas retóricamente devengan realidades prácticas, pero esto no hace inútil o redundante, sino más bien lo contrario, el recurso a la retórica. Campbell considera que varias de las contribuciones incluidas en el libro colectivo, al que su estudio sirve de antesala, arguyen en favor de la dimensión retórica de los derechos humanos, al indicar la importancia de determinadas acciones del gobierno en relación con la libertad de los ciudadanos, o al promover la sensibilidad de la consciencia popular respecto a la fuerza imperativa de determinadas necesidades y aspiraciones básicas⁽⁷⁰⁾.

⁽⁷⁰⁾ T. Campbell, «Introduction: Realizing Human Rights», en el vol. col., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, Basil Blackwell, Oxford-New York, 1986, pp. 1 ss.

Tuve ocasión de insistir, al ocuparme de los perfiles vigentes del derecho a la intimidad⁽⁷¹⁾, de que existe un método de probada eficacia para medir el índice de actualidad de los distintos derechos fundamentales. Me apresuraba a reconocer que se trata de un método dramático: consiste en comprobar la frecuencia e intensidad con la que cada derecho es violado. Se trata, en cualquier caso, de un método acorde con la propia tematización de las libertades, que impone la reivindicación y la crítica y se halla reñido con actitudes conformistas o autocomplacientes. Por esa vía negativa, que computa agresiones en vez de evaluar los grados de satisfacción y disfrute de las libertades, se suele iniciar el mecanismo del reconocimiento jurídico (positivación y garantía) de los derechos fundamentales.

Corroborra esta tesis el aserto de Erhard Denninger de que: «la consideración histórica enseña que los derechos fundamentales no son la expresión, ni el resultado de una elaboración sistemática de carácter racional y abstracto, sino respuestas normativas histórico-concretas a aquellas experiencias más insoportables de limitación y riesgo para la libertad»⁽⁷²⁾. Asimismo, incide en la dimensión reivindicativa y crítica de las libertades la postura de Javier Muguerza, quien sitúa el fundamento de los derechos humanos en la «alternativa del disenso», o sea, en el «imperativo de la disidencia»⁽⁷³⁾.

Es evidente que la denuncia «retórica» de las trágicas violaciones de los derechos humanos que se están perpetrando en la Guerra de los Balcanes, en las continuas matanzas tribales africanas, o en las situaciones de hambre, marginación y subdesarrollo que aquejan a los países del Tercer Mundo no basta, sino redundante en soluciones reales a esos graves problemas. La retórica no siempre permite salvar la distancia entre los anhelos y las realizaciones. Pero las reivindicaciones retóricas son como aldabas, es decir, instrumentos de resonancia que aumentan el volumen de la voz de la opinión pública que clama en favor de los derechos humanos. Y es evidente

(71) Vid. mi trabajo, «Dilemas actuales de la protección de la intimidad», cit., pp. 311-312.

(72) E. Denninge, «Einleitung vor Art. 1», en *Kommentar zum Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare*, Luchterhand, Neuwied, 1986, p. 249.

(73) J. Muguerza, «La alternativa del disenso», en el vol. col. *El fundamento de los derechos humanos*, ed. a cargo de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1989, pp. 20 ss.

que importantes logros contemporáneos en materias tales como la paz, el racismo, la xenofobia, el desarrollo de los pueblos o la defensa del medio ambiente se han logrado gracias a esos requerimientos retóricos en la medida en que se han traducido en actitudes ampliamente compartidas.

Existe, una insoslayable «carga retórica» en todas las denuncias reivindicatorias, slogans provocativos e imágenes dramáticas unidas al secular esfuerzo de los hombres y los pueblos tendente a la afirmación de sus derechos humanos. Estos derechos tienen un sentido utópico/revolucionario que no puede, ni debe, ser ignorado o menospreciado. Pero los derechos humanos no son *sólo retórica*, aún en esa acepción lingüística positiva. En el plano del fundamento filosófico de las libertades la postulación retórica deberá argumentarse «racionalmente», de forma que permita arribar a consensos intersubjetivos sobre las necesidades básicas de los seres humanos.

Esta exigencia de dotar de racionalidad a las argumentaciones del discurso retórico, es la que motiva mi discrepancia con las tesis de Richard Rorty, que se han tenido ocasión de enjuiciar *supra*, tendentes a suplantarse la fundamentación racional de los derechos humanos por su mera narración retórico-emotiva. Frente a ese propósito y la postura aquí sostenida entiendo que la denuncia retórica constituyen sólo un aspecto inicial e insuficiente del proceso de reconocimiento de los derechos humanos. Para completar y perfeccionarse dicho proceso resulta insoslayable completarlo con la justificación racional, es decir, con su fundamentación.

La exigencia de racionalizar las argumentaciones retóricas concuerda con los afanes de la denominada «nueva retórica» (Perelman) y las recientes teorías de la argumentación (Alexy) tendentes a fortalecer la dimensión racional de los discursos argumentativos a través de la corrección de sus premisas justificativas y el rigor de sus procedimientos⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. mis trabajos: «Los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica», en *Doxa*, 1992, n.º 12, pp. 313 ss.; «Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica», en *Cuadernos sobre Vico*, 1996, n.s 5-6, pp. 123-138; «Un modelo histórico de argumentación jurídica: Giambattista Vico», en *Revista de Ciencias Sociales*, (Universidad de Valparaíso-Chile), 2000, n.º 45, pp. 15-37 ss. Sobre la incidencia de la retórica en el pensamiento jurídico y político español contemporáneo, vid., «Aproximación al ideario jurídico de Niceto Alcalá-Zamora y Torres», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1999, vol. LI, pp. 591-610 ss.

De igual modo, en la esfera jurídica, la reivindicación retórica no se puede quedar en un mero *flatus vocis*, o sea, en un huero verbalismo. Su función es la de promover e incentivar el proceso de positivación y garantía procesal efectiva de los distintos derechos fundamentales; en otros términos, tiene que cristalizar en actuaciones de los poderes públicos. Esa exigencia de intervención pública plantea, a su vez, una paradoja fundamental lúcidamente expresada por Denninger: «El mismo poder estatal para cuyo límite surgen los derechos fundamentales es, a la postre, el único que puede proteger eficazmente tales derechos»⁽⁷⁵⁾. Esta penetrante observación nos conduce también a reflexionar sobre la tradicional barrera del «*domaine réservé*», es decir, del arbitrio de la soberanía de los Estados en el ejercicio de los derechos humanos por parte de sus ciudadanos. En este supuesto las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales (ONG), tienden a la superación de esa barrera al señalar que los derechos humanos no son una cuestión doméstica (*domestic question*) sino algo que incumbe a la comunidad internacional en su conjunto; se trata, a la postre, de una reivindicación retórica que empieza ya a lograr frutos pragmáticos.

En definitiva, la retórica y la pragmática son dos instancias o dos momentos mutuamente condicionados y necesarios para el pleno desarrollo de los derechos humanos. La argumentación retórica sobre las libertades, en cuanto deja de ser un discurso emotivo y se expresa en forma de justificaciones racionales, es un presupuesto para su realización práctica. No huelga recordar a estos efectos la impecable e implacable crítica kantiana *Sobre el lugar común de que lo que es correcto para la teoría no es válido para la práctica*⁽⁷⁶⁾, de la que se desprende que una correcta justificación teórica (aunque se exprese en forma retórica) no sólo no es ajena ni opuesta a la práctica, sino que es su ineludible condición.

(75) E. Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*, Beltz Athenäum, Weinheim, 1994, p. 11.

(76) I. Kant, *Teoría y práctica*, ed. cast. a cargo de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986.

4.4. Dilema de los resultados: ¿libertades modernas o libertades postmodernas?

El orto de las libertades en la modernidad va ligado a su impronta individualista: son libertades del hombre en cuanto individuo. Para la ideología liberal el individuo es un fin en sí mismo, y la sociedad y el Derecho no son sino medios para facilitarle el logro de sus intereses. A este respecto se ha recordado certeramente que el mito más representativo de esta ideología es Robison Crusoe, que es «el héroe del individualismo en acción»⁽⁷⁷⁾. Desde esas coordenadas los derechos humanos son considerados en sentido eminentemente negativo como garantía de no injerencia estatal en su esfera.

El significado «moderno» de la libertad fue contrapuesto a su sentido «antiguo» en el célebre Discurso pronunciado en el año 1819 por Benjamin Constant: *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Entendía Constant que la libertad representaba prioritariamente para los antiguos la garantía política de participación en el poder de todos los miembros de la comunidad; mientras que para los modernos supondrá el goce individual de determinadas facultades, bienes o poderes. «La libertad de los antiguos, —en palabras de Constant— consistía en la participación activa y continua en el poder colectivo. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de la independencia privada»⁽⁷⁸⁾. Los modernos no niegan la existencia de una libertad política que regula la organización del poder en la comunidad, pero la supeditan a la realización de los intereses individuales.

La concepción moderna de la libertad sufrió una erosión con el reconocimiento de la segunda generación de los derechos humanos, conformada por los derechos económicos, sociales y culturales. La teoría liberal-individualista forjó un modelo de sujeto de Derecho de espaldas a la experiencia social. De ahí, que el pretendido individuo libre y autónomo que despliega su personalidad en el seno de relaciones intersubjetivas, se tradujera, en muchas ocasiones, en una hipóstasis enmascaradora de la paulatina

⁽⁷⁷⁾ V. Frosini, *La estructura del Derecho*, ed. cast. a cargo de A.E. Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 167.

⁽⁷⁸⁾ B. Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en su vol. *Escritos políticos*, ed. cast. a cargo de M^a. L. Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 267-278.

manipulación de las personas por mecanismos de control externo, por ello, frente a la imagen ideal y abstracta de un «hombre sin atributos», por decirlo con las palabras que titulan una conocida obra de Rober Musil, los derechos sociales han propiciado una imagen del sujeto de los derechos que responde a una idea real y concreta del hombre, al asumirlo en el conjunto de sus necesidades e intereses.

Esta decantación ha alcanzado un desarrollo ulterior en la actual etapa de los derechos humanos de la tercera generación, nucleados en torno al valor-guía de la solidaridad. El auge en la cultura postmoderna del denominado movimiento «comunitarista», certificaría el desplazamiento de las libertades desde el individuo a la comunidad. Cabría, simplificando los términos del fenómeno, aludir a un cambio del paradigma de la libertad individual y privada de los modernos, por el de la libertad solidaria y comunitaria de los postmodernos.

Reducida a lo básico la incidencia del comunitarismo, en la órbita constitucional y de los derechos humanos, puede cifrarse en los siguientes rasgos y tendencias:

- a) Acentuar la dimensión intersubjetiva de las libertades frente a la intrasubjetiva propia del individualismo.
- b) Postular una consideración contextualizada de los derechos y de las constituciones en función del carácter histórico y culturalmente condicionado de los valores y principios que las informan. El comunitarismo se opone así a una pretendida visión ideal, abstracta y desarraigada de esas categorías propiciada por la modernidad.
- c) Situar el fundamento de las constituciones y de los derechos en la identidad homogénea comunitaria que se expresa en el *ethos* social, es decir, la *Sittlichkeit*, como alternativa a la diversidad desarraigada y atomista de las sociedades complejas liberales.

Conviene recordar que el movimiento comunitarista no constituye una escuela monolítica. En su propia significación como movimiento cultural emblemático de la postmodernidad se pueden advertir dos direcciones. La primera, representada por autores como Taylor y Walzer, entraña una relectura de las tesis hegelianas y, en cierto sentido, desea recuperar los valores de la modernidad y de la ilustración a través de una lectura en

clave comunitaria que intenta evitar la interpretación individualista. La segunda, que tiene su máximo exponente en Alasdair MacIntyre, reivindica una vuelta a la tradición aristotélica en cuanto opuesta a la modernidad y defiende un proyecto anti-ilustrado nostálgico de la concepción premoderna de la comunidad. Entiendo que el *ethos* social puede ser un marco de referencia más adecuado que el reducto de la moral individual para plantear determinados problemas ético-jurídicos contemporáneos: el significado y alcance de los valores y principios constitucionales, el fundamento de las libertades, el deber de obediencia del Derecho... Pero esas apreciaciones de los aspectos más progresistas del comunitarismo actual, pienso, que no deben hacerse extensivas a aquellos enfoques conservadores que conciben el *ethos* social comunitario como una vuelta a las identidades colectivas nacionalistas o tribales. Frente a estos últimos enfoques hoy más que nunca se precisa una fundamentación de los sistemas constitucionales y de los derechos humanos basada en un *ethos* universal síntesis de valores multinacionales y multiculturales; un *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz⁽⁷⁹⁾.

5. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONSTITUCIONALISMO BAJO EL SIGNO DE LA EDUCACIÓN

Tal vez pueda afirmarse con verdad que los problemas centrales del constitucionalismo y las libertades, en parangón con los cuales el resto se relativiza, consisten en la educación y la cultura cívica. Educación y cultura cívica vienen a ser los «géminis» de ese peculiar zodiaco que conforman hoy el Estado de Derecho y los derechos que lo fundamentan. La clave de bóveda de estas categorías jurídico-políticas estriba en la solidez de esas dos líneas de fuerza que la sustenta.

Puede valer muy bien, como síntesis del papel de la educación y la cultura cívica en el desarrollo de las libertades, una lúcida observación de-

⁽⁷⁹⁾ Cfr. mi libro, *La universalidad de los derechos y el Estado constitucional*, cit. en la nota 7, pp. 29 ss., vid., también, entre una amplia bibliografía sobre el comunitarismo, los trabajos de: E. Beltrán Pedreira, «Diversidad y deberes cívicos: liberalismo, ciudadanía y multiculturalismo», cit. en la nota 60, pp. 380 ss.; F. Contreras Peláez, «Tres versiones del relativismo ético-cultural» en *Persona y Derecho*, n.º. 38, 1998, pp. 69 ss.; L. Villar Borda, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 28 ss.

bida a George Herbert Mead: «los derechos humanos —advertía Mead— nunca corren mayor peligro que cuando su única garantía son las instituciones políticas y aquellos que desempeñan cargos en dichas instituciones»⁽⁸⁰⁾. A los poderes públicos les compete una importante función en la defensa de las libertades, pero para que su afirmación y tutela no sea ilusoria o precaria, se precisa que el programa emancipatorio de los derechos humanos se traduzca en vigencias colectivas mayoritariamente compartidas. La experiencia nacional e internacional muestran que sólo donde existe una aceptación social generalizada de los derechos humanos, estos se cumplen bajo la presión de una «opinión pública» humanitaria. Entonces, y sólo entonces, se puede hablar en plenitud del término de unos derechos humanos vigentes. Sólo cuando los derechos humanos se hallan inscritos en la consciencia cívica de los hombres y de los pueblos actúan como instancias para la conducta a las que se puede recurrir. Las normas, las instituciones y los jueces son condiciones necesarias, pero no suficientes, para el efectivo disfrute de las libertades. Esa necesidad de adhesión social es también del todo predicable respecto al constitucionalismo. He tenido ocasión de indicar que la realización del ordenamiento constitucional depende de la existencia de lo que Konrad Hesse denomina *Wille zur Verfassung*, o de lo que Vittorio Frosini califica de *coscienza costituzionale*; es decir, del esfuerzo, del compromiso y de la convicción no sólo de todas las instituciones, sino de todos los ciudadanos por hacer de la normativa constitucional experiencia tangible en la vida cotidiana⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ G. H. Mead, «Natural Rights and the Theory of the Political Institution», en su vol. *Selected Writings*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1964, p. 169. Sobre educación, cultura y derechos humanos, vid., B. De Castro Cid, «Los derechos del hombre, ¿nueva disciplina en las Facultades de Derecho», en el vol. col., *El primer año de Derecho* (Actas de las Jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho, en la Universidad de La Rábida, 27 agosto-5 septiembre de 1975), Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1978; id., «Dimensión científica de los derechos del hombre», en el vol. col. A. E. Pérez Luño, *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, id., «Enseñanza del Derecho: el desafío de las nuevas metodologías», en el vol. col. *Didáctica Universitaria*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1995;

⁽⁸¹⁾ Cfr. el Prólogo de este libro p. 16. La importancia que reviste para las sociedades democráticas la educación en los valores constitucionales fue objeto de la monografía de P. Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Alber, Freiburg-München, 1981.

La adhesión cívica a los derechos humanos y al constitucionalismo no se produce de forma espontánea, requiere de una enseñanza y un aprendizaje, es decir, de una *Paideia*. Sólo la educación en los valores y principios que informan las libertades y las normas constitucionales pueden asegurar su vivencia y su vigencia. Pero esta afirmación conduce a una paradoja ineludible: ¿cómo el Estado de Derecho que surge para tutelar constitucionalmente el pluralismo y los derechos humanos que tienen una de sus insoslayables raíces en el principio de la tolerancia pueden imponer una determinada visión del mundo? El Estado de Derecho y los derechos humanos están fundamentados *en* y orientados *hacia* un sistema de valores que no pueden imponer. Conviene apuntar, en aproximación sucesiva, algunas ideas que permitan un mejor entendimiento y elucidación de esta paradoja fundamental.

a) En primer término, no huelga recordar que el pluralismo propio de los Estados de Derecho y la tolerancia que inspiró la formación de los derechos humanos no permiten que se afirme una única y omnicomprensiva doctrina filosófica o moral como fundamento de las instituciones jurídicas y políticas. En el Estado de Derecho no cabe una «tiranía de los valores», pero ello, no significa que se avenga con un relativismo político-cultural conducente a un nihilismo, una abstinencia o una disolución de los valores. Las sociedades democráticas poseen un ideario conformado por sus valores éticos, jurídicos y políticos y unas virtudes cívicas que garantizan su propia conservación.

b) La adhesión a ese sistema axiológico propio de los Estados de Derecho no se *impone* coercitivamente, a través de modelos educativos dogmáticos, sino que se *promueve* a partir de la comunicación y el consenso. Por eso, la educación democrática y los derechos humanos son dos factores constitutivos de los Estados de Derecho que se hallan íntima e inescindiblemente aunados; en cierto modo, son dos condiciones de un mismo objetivo: el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana.

En anteriores investigaciones sobre los derechos humanos he tratado de exponer las virtualidades de la proyección de la teoría consensual de los valores formulada por Jürgen Habermas para discernir el fundamento de las libertades. En fecha más reciente el propio Jürgen Habermas en su amplia investigación dedicada a cuestiones de filosofía jurídica y política: me refiero a su libro *Faktizität und Geltung*, formula una teoría de los derechos humanos basada en la idea de la comunicación y el consenso. Para

Habermas el Derecho tiene una dimensión *de facticidad* (*Faktizität*), que se concreta en el hábito de su cumplimiento social respaldado por la coacción; y una dimensión de *validez* (*Geltung*). Pero el concepto de validez no es entendido por Habermas en su sentido técnico jurídico, es decir, como cumplimiento de las condiciones de pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico, sino como el cumplimiento social del Derecho. Se desprende de todo ello que facticidad y validez se identifican, en la tesis habermasiana, en cuanto que ambas categorías aluden al cumplimiento social del Derecho. La diferencia estriba en que la validez no se basa en la mera coacción, sino que exige la aceptación social de las normas sustentada en la participación de los ciudadanos en los procesos de creación del Derecho. La validez postula y exige procedimientos consensuales de racionalidad comunicativa a través de los que se articula la participación democrática, es decir, se identifica con el fundamento de legitimidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Los derechos humanos constituyen una exigencia que los ciudadanos deben reconocerse recíprocamente si desean un Derecho positivo legítimo, que regule una sociedad de hombres libres e iguales. El carácter preexistente de tales derechos —advierte Habermas— no significa que tengan un fundamento religioso o metafísico; se trata de presupuestos de racionalidad inmanentes a todo Estado de Derecho, en los que opera la soberanía popular y se elaboran discursivamente a través del ejercicio de la racionalidad comunicativa como forma de racionalidad intersubjetiva⁽⁸²⁾. De este modo, los derechos humanos son *presupuestos* del Estado de Derecho en el que se garantiza el *status* jurídico de los ciudadanos como titulares de libertades; pero son también el *resultado* del proceso discursivo de comunicación intersubjetiva de hombres libres e iguales que contribuyen a conformar ese marco jurídico de convivencia.

El punto de partida para establecer un paralelismo entre la educación y los derechos humanos estriba en la idea de comunicación; en el presupuesto antropológico de concebir al ser humano como un ser comunicati-

⁽⁸²⁾ J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pp. 45 ss., 109 ss., 152 ss. y 541 ss. (existe trad. cast. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998). Cfr., sobre el pensamiento de Habermas, las pp. 164 ss. y 564 ss. de mi libro ya citado *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*.

vo. Sin comunicación no puede existir la transmisión de conocimientos entre los hombres, raíz de toda experiencia cultural y educativa, ni tampoco pueden existir relaciones de cooperación entre los hombres, que son el sustrato de las comunidades libres. La actividad comunicativa tiene como requisito social la existencia libre e indiscriminada de los hombres y como fin la emancipación humana, valores comunes a la educación y a las libertades. Además, las condiciones que definen el proceso comunicativo son las de racionalidad, universalidad y consenso. La comunicación se halla condicionada, en primer término, por la «*racionalidad comunicativa*», es decir, por la experiencia de quienes argumentan de que sus eventuales discrepancias pueden ser superadas sin el recurso a la autoridad, a la tradición o a la fuerza, sino aportando motivos en favor de una pretensión y apoyándola con evidencias y argumentos frente a su eventual crítica. Esa versión dialógica de la racionalidad se prolonga en la exigencia de *universalización* en cuya virtud sólo se consideran argumentos comunicativos pertinentes los que puedan recibir un reconocimiento general en su ámbito de aplicación. Las premisas y normas que regulan la comunicación tienden, en definitiva, a alcanzar el *consenso*. La comunicación, en cuanto forma de discurso práctico, supone la participación libre e igual de quienes argumentan para alcanzar el entendimiento mutuo. Para lograrlo deberán emplearse razones susceptibles de encontrar asentimiento general, por lo que quedan excluidas como no susceptibles de consenso todas las pretensiones que encarnan intereses particulares que, por tanto, no pueden universalizarse⁽⁸³⁾. De nuevo, nos hallamos ante el común presupuesto comunicativo de la educación y las libertades.

La educación cívica y los derechos humanos se expresan a través de cauces discursivos institucionalizados a cuya garantía se dirigen los procedimientos jurídicos del Estado de Derecho. Por ello, en los Estados constitucionales, la soberanía popular se articula y ejerce a través de aquellos procesos institucionales educativos y del ejercicio de las libertades que con-

(83) Me he ocupado de analizar la importancia del valor de la comunicación para la génesis de la idea de los derechos humanos en el pensamiento clásico español, con especial referencia a las tesis de Francisco de Vitoria, en mi libro, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 78 ss.

tribuyen a la formación y expresión de una opinión pública racional, libre y responsable.

c) La adhesión, a través de los procesos educativos, al sistema de valores democráticos propios de los Estados de Derecho no implica tampoco postular un marco axiológico único y omnicomprensivo.

Los últimos años han sido testigos, en la cultura política y jurídica anglosajona, de algunas tentativas mediadoras entre la concepción axiológica atomista, descontextualizada y ahistórica atribuida a los liberales y las identidades colectivas, concretas e históricas convencionalmente asociadas al *ethos* auspiciado por los comunitaristas. Uno de esos empeños se debe a William A. Galston, que concibe los valores del Estado constitucional liberal como un núcleo de ideas ético-políticas concreto e históricamente determinado, que es responsabilidad de los poderes públicos comunicar a los ciudadanos a través de la educación cívica. La diferencia de otros modelos políticos reside en que ese proceso de educación cívica deja un ámbito mayor de autodeterminación a los ciudadanos, pero partiendo siempre de la premisa de que existe un único y determinado modelo ético, político y cultural liberal⁽⁸⁴⁾.

Esta concepción choca frontalmente con la expuesta por el último John Rawls en su obra *Political Liberalism*. Para el prestigioso filósofo de Harvard debe ser «desechada la esperanza de una comunidad política unida en la afirmación de una única doctrina omnicomprensiva»⁽⁸⁵⁾. El pluralismo de visiones del mundo es para Rawls un elemento esencial de los Estados de Derecho basados en el liberalismo político. La tolerancia y el pluralismo son, a la vez, exigencias teóricas y políticas, inspiradoras del orden interno, así como de las relaciones internacionales⁽⁸⁶⁾. El liberalismo

⁽⁸⁴⁾ W. A. Galston, *Liberal Purposes. Goods, Virtues and Diversity in the Liberal State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp. 16 ss., 155 ss. y 241 ss.

⁽⁸⁵⁾ J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 146 (existe trad., cast., de A. Domech, Crítica, Barcelona, 1996). Vid., también la obra: Habermas, J. y Rawls, J. *Debate sobre el liberalismo político*, trad. cast. de G. Villar, con Introducción de F. Vallespín, Paidós, Barcelona, 1998.

⁽⁸⁶⁾ John Rawls, ha expuesto sus tesis sobre el orden internacional en su libro, *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*, trad. cast. de H. Valencia, Paidós, Barcelona, 2001.

político no puede identificarse con una visión comprensiva del mundo ni, propugnarla. A diferencia del realismo moral que postula la posibilidad de intuir racionalmente los valores éticos fundamentales, el liberalismo político es una doctrina «constructivista». Según esa teoría los valores ético-políticos son resultado de un proceso de construcción, que lleva a cabo la razón práctica, a partir de una concepción compleja de la persona y de la sociedad que permite establecer la idea de lo que se considera razonable⁽⁸⁷⁾. La aportación básica del constructivismo político-liberal reside en la posibilidad de arribar a un «consenso por superposición» (*overlapping consensus*), entre doctrinas comprensivas racionales, que expresan visiones religiosas, filosóficas y morales diferentes. De este modo, las modernas sociedades democráticas pueden asegurar la coexistencia de una pluralidad de visiones del mundo contradictorias⁽⁸⁸⁾. El ejercicio de ese pluralismo político se expresa a través del consenso por superposición, que tiene unas reglas y vínculos que limitan su ejercicio. El principal es la «carga o exigencia de razón» (*burdens of reason*), es decir, la exigencia de que los desacuerdos o acuerdos se expresen a través de una argumentación racional y no estén provocados por el prejuicio, la desorientación o la ignorancia⁽⁸⁹⁾. Ello implica otorgar un papel central a la educación cívica como instrumento para el logro del consenso. De este modo, Rawls ha intentado rectificar el carácter irreal de su concepción de la «sociedad bien ordenada» defendida en su célebre obra anterior *Teoría de la Justicia*, en la que los principios de justicia eran establecidos a partir de una hipotética situación de «velo de la ignorancia» (es decir, sin contaminación de intereses particulares y concretos). En su obra sobre el *Liberalismo Político*, Rawls desea ofrecer una concepción moral practicable, estable y sensible a las circunstancias histórico-sociales que permita hacer viable la justicia en sociedades bien ordenadas empíricamente.

El consenso *por* superposición, o *en* la superposición, al que hacen referencia las tesis de Rawls, resulta útil para explicar el juego de la alternancia política de las mayorías en los sistemas liberales. Pueden no obstante, distinguirse también, en el seno de las sociedades democráticas, otros

⁽⁸⁷⁾ J. Rawls, *Political Liberalism*, cit., pp. 93 ss.

⁽⁸⁸⁾ *Ibíd.*, pp. 90 ss. y 144 ss.

⁽⁸⁹⁾ *Ibíd.*, pp. 67 ss.

tipos de acuerdos políticos. Así, por ejemplo, el *consenso por integración*, que hace referencia al acuerdo básico y pleno al que llegan grupos que sustentan doctrinas políticas distintas, sobre los valores, derechos o principios organizativos por los que va a regirse su convivencia; y el *compromiso*, por medio del cual ideologías divergentes pactan la aceptación de unos valores, derechos o principios organizativos, comunes, pero mantienen diferencias interpretativas sobre los mismos, con el propósito de hacerlas valer, cuando su acceso, por vía democrática, al poder se lo permita. Los periodos constituyentes, así, como supuestos de pactos sociales, suelen recurrir a estos dos últimos de acuerdos políticos.

Me apartaría del objeto de estas reflexiones de querer demorarme en un análisis crítico de las principales tesis del último Rawls. Baste apuntar que este planteamiento implica una cierta circularidad entre sus presupuestos y sus fines (la sociedad bien ordenada –justa/pluralista– es el presupuesto para que pueda establecerse un consenso por superposición; y éste es, a su vez, el presupuesto para el logro de la sociedad bien ordenada...; la racionalidad y la tolerancia son presupuestos y objetivos del consenso por superposición...). Rawls se preocupa más del *desde* y del *a dónde*, que del *cómo* lograr ese consenso por superposición: analiza sus presupuestos (tolerancia, pluralismo, racionalidad) y sus fines (la sociedad bien ordenada, estable, en la que se garantiza la prioridad de las libertades fundamentales), pero no lo medios para lograrlo. Sus postulados «constructivistas» apenas profundizan en las exigencias del discurso práctico y los procedimientos argumentativos. El consenso por superposición, en definitiva, no es un procedimiento menos ideal y contrafáctico que el velo de la ignorancia, en ambos supuestos los sujetos que deben actuar tales procedimientos están más cerca de los «hombres nouménicos» que de los «hombres fenoménicos», por decirlo en términos kantianos.

Para eludir el relativismo y/o el escepticismo, que John Rawls no duda en calificar como perniciosos para cualquier concepción política, el liberalismo político que propugna, acepta como valores básicos de la sociedad bien ordenada las libertades fundamentales, cuya tutela considera la finalidad prioritaria de la justicia. Rawls defiende que esas libertades no son puramente formales y entrañan un sistema coherente y armónico, si bien, las instituciones públicas no pueden actuar al servicio de valores materiales omnicomprendidos y cerrados.

En su libro *The Law of Peoples (El derecho de gentes)*, Rawls considera que los derechos humanos constituyen un tipo de derechos que cumplen una función legitimadora básica, lo mismo para el orden jurídico interno, que para el internacional.

Les asigna tres funciones prioritarias:

- «1. Su cumplimiento es condición necesaria de la decencia de las instituciones políticas y del orden jurídico de una sociedad.
2. Su cumplimiento es suficiente para excluir la intervención justificada de otros pueblos a través de sanciones diplomáticas y económicas o *manu militari*.
3. Fijan un límite al pluralismo entre los pueblos».

La violación sistemática de los derechos humanos convierte a un Estado en lo que Rawls denomina «Estado criminal», cuando se da esa situación política, la justicia legítima que «los pueblos libres y decentes» tengan «el derecho, conforme al derecho de gentes, de no tolerar a los Estados criminales»⁽⁹⁰⁾.

En una época como la nuestra en la que las sociedades democráticas se debaten en una crisis de valores ético-políticos, que tiene uno de sus principales síntomas en lo que Vittorio Frosini ha calificado de «deseducación cívica»⁽⁹¹⁾, resulta estimulante el esfuerzo de John Rawls por acentuar la importancia de la cultura cívica de la sociedad y «el ejercicio informado de las libertades», tal ejercicio se explicita, básicamente, a través de la *cultura política pública*.

⁽⁹⁰⁾ J. Rawls, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, cit. nota 86, pp. 94-95. Pudiera reprocharse a John Rawls el no haber profundizado en las fuentes doctrinales del Derecho de gentes. Pensadores tan decisivos para la formación de esa disciplina jurídica como, por ejemplo, Grocio y Vitoria, no son ni siquiera aludidos en el texto rawlsiano. De igual forma, el problema de la intervención de los Estados legítimos en los Estados ilegítimos, por razones de humanidad, fue objeto de insoslayables reflexiones en el seno de nuestro pensamiento clásico, cuya doctrina hubiera contribuido a reforzar y enriquecer las tesis de Rawls. Vid., mi trabajo, «Intervenciones por razones de humanidad. Una aproximación desde los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho», *Revista de Occidente*, 2001, n.º. 236-237, pp. 70 ss.

⁽⁹¹⁾ V. Frosini, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano, 1986, pp. 79 ss.

En las sociedades liberales, es decir, aquellas que se hallan bien ordenadas en función de principios de justicia, los ciudadanos actúan como seres racionales, libres y dotados de autonomía moral, que interviene en el debate político formando parte de distintas instituciones. La cultura política pública es el ámbito de expresión de las distintas doctrinas generales, sean de inspiración religiosa o secular. Tales doctrinas o concepciones políticas generales concurren en el debate político a través de lo que Rawls denomina «*la estipulación*». Con ello, quiere aludir a que esas doctrinas deben justificarse en términos razonables. No se exige «que sean correctas desde el punto de vista lógico, que estén abiertas al escrutinio racional o que estén sustentadas por pruebas»; basta con que actúen de acuerdo con la racionalidad práctica cifrada en argumentos razonables y persuasivos, tendentes a que esas opiniones sean ampliamente aceptadas. En todo caso, la estipulación en la se que expresa la cultura política pública, debe partir de los principios de la buena fe, la reciprocidad (respeto mutuo entre las distintas doctrinas generales que concurren al debate político) y la lealtad. Rawls considera que la lealtad de la ciudadanía democrática a los valores de las sociedades liberales se vertebra a través de la lealtad a sus respectivas doctrinas generales; la cultura política pública liberal, es un cauce educativo para que la adhesión de los ciudadanos, a los valores que informan la sociedad liberal, no se conciba como un postulado abstracto, sino que se vertebre en el ejercicio libre de un debate político en el que la posibilidad de defender y propagar las ideas del grupo al que se pertenece, se vea enriquecido con el debate de otras doctrinas generales y todo ello promueva la adhesión a un sistema que permite ese ejercicio cívico de la libertad, «así, —en palabras de Rawls— la lealtad ciudadana al ideal democrático de la razón pública se fortalece por las razones correctas»⁽⁹²⁾.

El empeño discursivo de John Rawls por explicar su concepción de la cultura política pública no resulta del todo diáfano. El encaje de esas doctrinas generales que expresan el sistema de ideas políticas de las institucio-

⁽⁹²⁾ J. Rawls, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, nota 86, p. 178; *Political Liberalism*, sobre la educación cívica en Rawls, cfr., entre otros los trabajos de: E. Beltrán Pedreira, «Diversidad y deberes cívicos: liberalismo, ciudadanía y multiculturalismo», cit., en la nota 60, pp. 374 ss.; J. Rubio Carracedo, *Educación moral, postmodernidad y democracia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 113 ss.; L. Villar Borda, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, cit. en la nota 79, pp. 26 ss.

nes sociales, a través de argumentaciones de racionalidad práctica coyunturales y empíricas, con la noción ideal de cultura política pública. Porque, si ésta se considera como resultante del juego de esas doctrinas, entonces queda comprometido su carácter ideal, contrafáctico y deontológico; si, por el contrario, ese ideal de cultura política se considera previo e independiente a esas doctrinas empíricas, entonces se ve comprometido el esfuerzo rawsiano por dotar de mayores dosis de realismo y concreción a su teoría política liberal.

Una cuestión básica planteada al modelo educativo de las sociedades liberales es el de los límites del pluralismo y de la tolerancia. Como se ha indicado, John Rawls, para eludir los riesgos del relativismo y el escepticismo, sitúa en el respeto a las libertades fundamentales la frontera de la tolerancia. Se trata, en todo caso, de un viejo dilema del Estado liberal, que tiene como valores constitutivos el pluralismo y la tolerancia, pero que no debe confundirse con un «club de suicidas» y, por tanto, tiene que poner límites a quienes se aprovechan de la tolerancia y de la libertad para destruirlas. Ese dilema halló una respuesta tajante, en plena Revolución francesa, en la célebre máxima del jacobino, amigo de Robespierre y miembro del Comité de Salvación pública, Louis de Saint-Just: «no debe haber libertad para los enemigos de la libertad»⁽⁹³⁾.

En su obra *La sociedad multiétnica* Giovanni Sartori ha propuesto tres criterios para establecer los límites actuales a la elasticidad de la tolerancia en las sociedades liberales. El primero, consiste en la exigencia de proporcionar argumentos sobre lo que se considera intolerable, porque la tolerancia es incompatible con el dogmatismo. El segundo, implica el *harm principle*, el principio de no dañar, es decir, que no se debe ser tolerante con comportamientos que entrañan un mal o un daño. El tercero, se refiere a la reciprocidad, que alude al ser tolerantes con los demás podemos exigir el ser tolerados por ellos⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹³⁾ A. C. Jemolo, «La libertà ai negatori di libertà», en su vol. *I problemi parici della libertà*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 58 ss.

⁽⁹⁴⁾ G. Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 42-43.

Los límites a la tolerancia indicados por Sartori, pueden traducirse en tres postulados básicos del Estado de Derecho: 1º) La necesidad de que cualquier limitación de las libertades realizada por los poderes públicos se lleve a cabo a través de una *motivación racional*, que evite cualquier forma de arbitrariedad. 2º) La garantía de que sólo se considerará como comportamiento dañoso para la sociedad, aquello que por su gravedad y relevancia se encuentren tipificados como tales en el Código penal; en otros términos, que el límite de la tolerancia es el *delito*. 3º) que, por ser las sociedades liberales sociedades coherentes, y que aspiran a la autoconservación, reclaman *reciprocidad y lealtad* como contrapartida lógica a quienes se benefician de sus valores del pluralismo y la tolerancia. Por eso, en el seno de tales sociedades no es admisible el absurdo lógico y político de ser tolerantes y ofrecer la libertad a quienes postulan la intolerancia y la supresión de la libertad.

Tales actitudes supondrían, además, en el plano jurídico incurrir en supuestos del fraude de ley o del abuso del derecho⁽⁹⁵⁾.

La polémica entre liberales y comunitaristas en relación con los valores y derechos que deben informar la educación cívica en las sociedades democráticas, no se ha circunscrito a la pugna entre el modelo único y omnicompreensivo y el pluralista, ha tenido también, como uno de sus principales focos de debate, la tensión entre el *patriotismo nacionalista* y el *universalismo cosmopolita*. Para los partidarios de la opción *patriótica-nacionalista*, los estudiantes de las sociedades democráticas deben ser educados en la adhesión a los valores propios de la patria o nación a la que pertenecen. Sólo a partir de la clarificación de los valores que se hallan vinculados a sus propias señas de identidad comunitarias, es decir, al conjunto de creencias, ideales y valores que conforman y vertebran su propia cultura, será posible la comunicación y la comprensión con el sistema de valores de otras culturas.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. los trabajos de: C. Gómez Torres, «El abuso de los derechos fundamentales», en el vol., col. A. E. Pérez Luño, *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, cit., en la nota 80, pp. 301 ss.; E. Vidal Gil, *Los conflictos de derechos en la legislación y la jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, con Prólogo de Javier de Lucas, Tirant lo Blanch & Universidad de Valencia, Valencia, 1999, passim.

Frente a esta tesis, los partidarios del universalismo cosmopolita, entienden que la formación en una sociedad liberal y democrática debe partir de la consciencia de que todas las personas forman parte del género humano. Esta premisa permitirá que los miembros de cada grupo o sociedad puedan tener un mejor conocimiento de ellos mismo, que no se vea ofuscado por prejuicios étnicos, o particularismos tendentes a crear diferencias irreales o a confundir las desigualdades fácticas con la legitimación de determinadas discriminaciones. Tal formación parece hoy más necesaria que nunca en el seno de sociedades interconectadas y de Estados multiculturales, lo que apremia a partir de valores universales compartidos sobre los que sea posible construir un diálogo multicultural. Además, sólo la educación cosmopolita se halla en condiciones de fomentar, en términos de una obligación moral, política y jurídica, el reconocimiento de los derechos de los miembros de otros grupos o sociedades. En definitiva, sólo la actitud cosmopolita constituye un fundamento sólido para defender la universalidad de los derechos humanos⁽⁹⁶⁾.

Un modelo de educación cívica basado en el patriotismo nacionalista, corre el riesgo de incubar comportamientos excluyentes y atávicos. Por eso, parece incompatible con los valores cívicos de las sociedades liberales y democráticas del presente. No puede, por ello, considerarse casual que en los últimos años, Jürgen Habermas haya propugnado la alternativa de un *patriotismo constitucional*: se trataría de la actitud cívica de lealtad y adhesión a unos valores e instituciones comunitariamente compartidos, tal como son expresados en las vigentes constituciones de los Estados de Derecho⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁶⁾ Sobre la actitud universalista y cosmopolita, vid. el interesante trabajo de M. Nussbaum, «Patriotismo y cosmopolitismo», en el vol. col., a cargo de M. Nussbaum, *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundiales*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 13 ss. En esta obra se recogen una serie de trabajos relevantes de la polémica entre partidarios del patriotismo nacionalista y el universalismo cosmopolita, en cuanto modelos de cultura cívica.

⁽⁹⁷⁾ J. Habermas, *Identidad nacional y postnacional*, trad., cast., de M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1989; id. *Más allá del Estado nacional*, trad. cast. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1997. Al parecer fue el politólogo germano Dolf Stern Berger, quien acuñó el término «patriotismo constitucional» a finales de la década de 1970. Sobre ello, vid., F. Llano Alonso, *El humanismo cosmopolita de I. Kant*, cit., en nota 7, Capítulo V.

La herencia de la tricolor (libertad, igualdad, fraternidad), la tolerancia, así como el también principio ilustrado de la dignidad humana, tan inescindiblemente unido al pensamiento jurídico-político de Kant⁽⁹⁸⁾, constituyen el núcleo de valores y bienes que informan el actual constitucionalismo democrático. Esos valores, actualizados y prolongados por otros (la paz, el pluralismo, la solidaridad...) poseen desde su génesis una inequívoca orientación universalista y cosmopolita.

No hace aún muchas décadas el patriotismo nacionalista, en su versión española, decretó el antiespañolismo y antipatriotismo de enteros movimientos culturales, como las Generaciones del 98 y del 27; o de determinadas personalidades: Sánchez Albornoz, Picasso, Buñuel ... Hoy, desde un patriotismo constitucional, se consideran a esos grupos y figuras como algunos de los más sólidos valores del patrimonio cultural español. El ejemplo debiera prevenir la desafortunada tendencia de las Comunidades Autónomas españolas regidas por gobiernos nacionalistas, en las que tantas veces se tiende a confundir el patriotismo con el «arzallusismo» o con el «pujolismo». Este enfoque estrecho, excluyente y anti-ilustrado es más patriotero que patriótico. Su mayor riesgo es que puede condenar a miles de ciudadanos a la subalternidad política y cultural. Porque en el patriotismo nacionalista, incluso en sus versiones no violentas y expresadas a través de cauces democráticos, existe siempre el peligro de sucumbir a la tentación de reescribir la historia para reemplazarla por un catecismo de fantasías heroicas, de fabricar chivos expiatorios para responsabilizarlos de los yerros y frustraciones nacionales, en definitiva, de sustituir por el mito a la razón.

Sigue en pie, por tanto, el reto de fundamentar los ordenamientos internos y las relaciones internacionales en valores éticos compartidos, porque como advierte Hans Küng «sin un talante ético mundial, no hay orden mundial... Si queremos una ética que funcione en beneficio de todos, ésta ha de ser única. Un mundo único necesita cada vez más una acti-

⁽⁹⁸⁾ Vid. mi trabajo «Kant y los derechos humanos», en colaboración con F. Contreras Peláez, en el vol. col., a cargo de G. Peces-Barba y E. Fernández, *Historia de los derechos fundamentales. T. II, Siglo XVIII, vol. II. La Filosofía de los derechos humanos*, Dykinson, & Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2001, pp. 447 ss.

tud ética única. La humanidad postmoderna necesita objetivos, valores, ideales y concepciones comunes»⁽⁹⁹⁾.

En las sociedades interconectadas del presente el problema de los valores se amplía a escala planetaria. Consciente de ello Hans Küng propugna una ética mundial (*Weltethos*), y en la misma dirección Karl-Otto Apel defiende una ética planetaria de la corresponsabilidad (*universalistischen Makroethik der Mit-verantwortung*). Dicha ética tendería a superar las hoy angostas e históricamente obsoletas esferas de la ética convencional y las microéticas propias de los grupos tribales y los Estados nacionales. Apel considera que es posible salvaguardar el pluralismo de las formas de vida sólo si se respeta una ética universal de iguales derechos e igual responsabilidad en la solución de los grandes problemas comunes a toda la humanidad⁽¹⁰⁰⁾.

6. CONCLUSIÓN: DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALISMO EN LA SOCIEDAD GLOBALIZADA

Los problemas actuales del constitucionalismo y de los derechos humanos deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad. La sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas éticos, jurídicos y políticos. Por eso, hay que captar la dinámica y compleja red de sus conexiones globales. La tendencia hacia la *globalización* viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del Estado de Derecho y las libertades.

La «*globalización*» es el término con el que se alude a los actuales procesos integradores de la economía: financiación, producción y comercialización. Dichos procesos de integración e interdependencia se producen a escala planetaria, rebasando los límites tradicionales establecidos por las fronteras de los Estados. Por tanto, la globalización supone la realización de los esquemas económicos del neo-liberalismo capitalista. Entre sus efectos más importantes destacan: el desbordamiento de la capacidad de

⁽⁹⁹⁾ H. Küng, *Proyecto de una ética mundial*, cit. nota 5, pp. 52-53

⁽¹⁰⁰⁾ K.O. Apel, «Das Problem einer universalistischen Makroethik der Mitverantwortung», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 1993, vol. 41, n.º. 2, pp. 201 ss.

las naciones para realizar políticas y/o controles económicos en favor de poderes internacionales (Fondo monetario internacional) o privados (empresas y corporaciones multinacionales); la existencia de grandes redes de comunicación que posibilitan actividades financieras y comerciales a escala planetaria; el desequilibrio y asimetría del protagonismo de los distintos Estados en las redes económicas interconectadas, lo que determina la concentración de beneficios en los países del primer mundo (*global-ricos*) y el correlativo empobrecimiento de los países del tercer mundo (*global-pobres*)⁽¹⁰¹⁾.

Resulta clarificadora la imagen propuesta por Martha Nussbaum cuando indica: «al aire le traen sin cuidado las fronteras nacionales. Este hecho tan simple puede servir para que los niños aprendan a reconocer que, nos guste o no, vivimos en un mundo en el que los destinos de las naciones están estrechamente relacionados entre sí en cuanto se refiere a las materias primas básicas y a la supervivencia humana»⁽¹⁰²⁾. Los esquemas rígidos de interpretación de la realidad política y cultural, basados en fronteras nacionales y en compartimentos explicativos cerrados, resultan del todo inadecuados e insuficientes para captar los problemas de nuestro tiempo. «La contaminación de las naciones del tercer mundo que intentan alcanzar nuestro elevado nivel de vida acabará, en algunos casos, depositándose en nuestro aire. Sea cual fuere la explicación que finalmente adoptemos sobre estas cuestiones, cualquier deliberación que se precie de inteligente sobre la ecología (como, también, sobre el abastecimiento de alimentos y la población) requiere una planificación global, un conocimiento global y el reconocimiento de un futuro compartido»⁽¹⁰³⁾.

Esa interdependencia ha producido una paulatina erosión del poder de los Estados para controlar sus problemas y alcanzar sus objetivos, que hoy tienen una dimensión global, que tan sólo puede enfocarse y solucionarse en términos de cooperación internacional. Asimismo, el fenómeno incide en un ámbito de especial significación en el plano de las

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., entre una bibliografía amplísima las obras de: U. Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización*, trad. cast., de B. Moreno y M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 1998; J.F. Mallem Seña, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000; M. Walters, *Globalization*, Routledge, London, 1996.

⁽¹⁰²⁾ M. Nussbaum, «Patriotismo y cosmopolitismo», cit. en nota 96, p. 23.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*

competencias estatales: el de las fuentes del Derecho. En este aspecto uno de los rasgos peculiares de nuestra época es el de la *supraestatalidad normativa*, que supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas. Este fenómeno se ha expresado con particular eficacia en las experiencias y tentativas dirigidas a establecer un nuevo *ius commune*, es decir, un Derecho común que, a semejanza del forjado por las universidades medievales, representa una especie de tejido conectivo que une los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra expresión en el plano del Derecho positivo en documentos y acuerdos sobre derechos humanos, persecución de organizaciones delictivas internacionales y reglas generales del tráfico económico. Al propio tiempo que se afirma por vía jurisprudencial a través de la presencia en distintos ordenamientos estatales nacionales de modelos jurídicos que tienen un origen cultural común⁽¹⁰⁴⁾.

Desde determinados enfoques críticos de la globalización se denuncia, y no faltan razones para hacerlo, que cuando, en nombre de ese fenómeno, se tratan de imponer unos determinados valores o instituciones polítoculturales, lo que se está haciendo es eurocentrismo, neoimperialismo o neocolonialismo, por más que ello se pretenda disfrazar de retórica globalizadora. Por eso, algunos líderes del Tercer Mundo denuncian que tras la globalización se ha ocultado, en muchas ocasiones, el interés de las multinacionales por crear hábitos «globales» de consumo, tendencias uniformadoras de las modas y/o modos de vida; e incluso se ha llegado a calificar ese fenómeno de «mcdonalización del mundo»⁽¹⁰⁵⁾.

Desde el punto de vista del constitucionalismo y de los derechos humanos, determinadas teorías críticas insisten en que la orientación económica neocapitalista y política neoliberalen que se asienta la globalización,

⁽¹⁰⁴⁾ Vid. mi trabajo sobre: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, cit., nota 9, p. 76 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ U. Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización*, cit. en nota 101, pp. 71 ss. Si bien, Beck, considera falsa la tesis de que la globalización cultural va a producir, necesariamente ese fenómeno uniformador de los hábitos de vida.

ha determinado que se globalicen las garantías políticas formales y los derechos de signo individual. Como consecuencia inevitable de esa tendencia, responsabilizan a la globalización de haber contribuido a la crisis definitiva del Estado social de Derecho, en especial, de sus programas emancipatorios más avanzados, así como del debilitamiento de los derechos económicos sociales y culturales en definitiva, desde estas premisas, se censurará al fenómeno globalizador el haber contribuido a ahondar en las desigualdades económicas y en el bienestar entre los países ricos y pobres y, correlativamente, el haber acentuado la asimetría y la desigualdad en el disfrute de la libertad por parte de los individuos y de los pueblos⁽¹⁰⁶⁾.

En el ámbito de la ética, Eusebio Fernández ha planteado una sugerente distinción de los efectos del fenómeno globalizador, según se evalúen desde el plano de la ética individual y privada o del de la ética social y pública. En el primero no tendría sentido hablar de ética globalizada e incluso atentaría contra valores básicos el intento de globalizar la vida individual. Porque ese designio supondría manipular y/o violar: «la propia identidad personal, que es lo mejor que nos define, ya la responsabilidad individual, ya valores como la diversidad o el pluralismo en las formas de pensamiento, creencias o maneras de vivir, o los derechos de las minorías a la diferencia». En cambio, en la esfera ética de carácter social y público: «si cabe hablar de un ética globalizada porque global también es la exigencia de significar esa convivencia con el reconocimiento, respeto y protección de ciertos derechos básicos y fundamentales: los derechos humanos»⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Sobre los principales riesgos que la globalización implica para los derechos humanos, vid., M^a. J. Fariñas Dulce, *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» Universidad Carlos III de Madrid & Dykinson, Madrid, 2000, pp. 17 ss. Cfr. también, B. De Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York/London, 1995, pp. 250 ss.; id. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia & Instituto latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 1998; J. E. Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, Malheiros, Sao Paulo, 1^a. reim., 2000.

⁽¹⁰⁷⁾ E. Fernández García, «Derechos humanos y ética globalizada», en su vol., *Dignidad humana y Ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» Universidad Carlos III de Madrid & Dykinson, Madrid, (2001, p. 85).

No huelga advertir, para evitar determinados malentendidos y controversias innecesarias, que a diferencia de la universalidad o el cosmopolitismo, términos con los que de forma inepta en ocasiones se la confunde, la globalización no es un *valor*, sino un *hecho*. Por tanto, el fenómeno globalizador no entraña, en sí mismo, ningún arquetipo de conducta o pauta preceptiva de deber ser⁽¹⁰⁸⁾. Se trata de un fenómeno que describe determinadas características de funcionamiento de los procesos económicos, sociales, políticos y culturales del mundo y del tiempo presentes. Corresponde, por eso mismo, a los valores que informan la Comunidad internacional y los Estados de Derecho, en concreto, a los derechos y libertades que fundamentan esas instituciones, servir de parámetro orientador y crítico al fenómeno de la globalización. Porque, conviene no olvidarlo, la globalización es un fenómeno social; no consiste en un fenómeno cósmico, regido por leyes naturales inexorables. De ahí, que es responsabilidad de los pueblos y de las personas libres aprovechar los aspectos positivos del fenómeno (hacer patente la necesaria relación e interdependencia entre todos los sujetos a escala planetaria) y evitar las perversiones que del mismo se desprenden (profundizar en las desigualdades y desequilibrios en el disfrute de la riqueza, la cultura y la libertad).

Concebir los derechos humanos desde los apremios de un mundo globalizado, implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de su realización práctica. Supone un testimonio de solidaridad con las distintas formas de alienación e injusticia que, como indicaba en el curso de estas reflexiones, todavía subsisten en fenómenos ominosos de agresión y amenaza para los seres humanos. Se trata, a la postre, de asumir que el constitucionalismo y los derechos humanos son eslabones que postulan un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia. En definitiva, como alternativa a las tentativas teóricas aislacionistas y autoreferentes (autopoieticas) del Derecho y en su proyección, al constitucionalismo y las libertades, he intentado avanzar hacia una concepción omnicompreensiva, postuladora de su carácter interdependiente y heteropoietico. Para ese propósito totalizador del Derecho Constitucional

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. A. de Julios Campuzano, «La globalización y la crisis paradigmática de los derechos humanos» en *REP*, 2002, n.º. 116; id., *La globalización ilustrada*, en curso de publicación, cuyo texto original debo a la deferencia del Autor.

y los derechos humanos nada parece estático, nada se muestra aislado. La teoría es el vértice que, con morfología de cúpula, es capaz de ofrecer una visión cabal de los múltiples aspectos conformadores de esa totalidad.

Este ensayo se iniciaba con el interrogante de si la coyuntura actual del constitucionalismo y las libertades implica una continuidad o cambio de paradigma. Hecha la advertencia de que no comparto una concepción paradigmática cerrada, que se cifra en la incomunicación y la ruptura radical de los marcos epistemológicos, e intentado apuntar algunos nuevos rumbos, decantaciones y alternativas que hoy contextualizan el ámbito del constitucionalismo y los derechos humanos. Tratándose de fenómenos e ideas en plena gestación no podrá pedirse que su análisis posea perfección sistemática y arribe a conclusiones firmes. En todo caso, esos nuevos perfiles, que determinan la aparición de un paradigma metódico y problemático novedoso avalado por las nuevas formas de ver esas categorías, no ha supuesto la renuncia a lo que fue el programa emancipatorio ilustrado del constitucionalismo y los derechos humanos en la modernidad y que continúa vigente: hacer posible una *universalis civitatis* en la que se consagre plenamente el auspiciado *status mundialis hominis*.

EPÍLOGO
DE
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

**BIO-BIBLIOGRAFÍA DE
ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO
(Aproximación a su pensamiento jurídico)^(*)**

^(*) Deseo extender mi sincero agradecimiento y generosidad a Domingo García Belaunde, Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Alfonso de Julios Campuzano de la Universidad de Sevilla, y a Lucio Pegoraro y Sabrina Ragone de la Universidad de Bolonia, por los valiosos comentarios y datos adicionales que me proporcionaron para poder culminar con éxito la redacción del presente ensayo.

A MODO DE PRESENTACIÓN

Estas páginas fueron escritas para ser publicadas a manera de *Epílogo* al libro del Prof. Dr. Antonio-Enrique Pérez Luño, a cuya bondad tanto debo, que lleva como título *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, en edición peruana que estaría a cargo de la Editorial Palestra, contando necesariamente con una Presentación de Domingo García Belaunde. Razones de tiempo, que no es momento de explicar, impidieron que se plasme tal proyecto. Y lo más importante, tenía que asumir y cumplir a cabalidad el compromiso con el admirado catedrático de la Universidad de Sevilla Antonio-Enrique Pérez Luño.

Sin embargo, ello me ha permitido seguir ahondando su *phatos y ethos* a tal extremo que me he extendido en demasía para redactar su *Bio-bibliografía* que con mayor autoridad, estoy seguro, lo haría el discipulado sólido que tiene ya formado en España con la disciplina y la honestidad intelectual que a cada uno de ellos le es característico. Puedo dar fe de esto en toda la latitud del término.

Por eso he creído conveniente dejar sentado mi justo homenaje a Pérez Luño con el presente trabajo, como prueba de admiración a su ciencia, magisterio y calidad humana incomparable. Reconozco que en la *Bio-bibliografía* no están todas las obras de Pérez Luño. Empero, las que se citan son las más importantes, como soporte teórico, que pueden orientar a los lectores que cultivan la Filosofía y la Teoría del Derecho. Y que a partir de ahora no pueden obviar las sesudas contribuciones que ha desarrollado nuestro homenajeado.

Cuando terminé estas cuartillas pensé que Domingo García Belaunde, amigo de Pérez Luño desde hace años atrás, era el indicado para que redacte unas líneas preliminares. Se lo solicité, y no dudó en aceptar, con lo cual

corroborar nuestro vivo y permanente agradecimiento al ius-filósofo español. De su lectura se desprende el aprecio y admiración que los colegas peruanos le guardamos al maestro Pérez Luño.

Al fluir de los años he redactado algunas bio-bibliografías, que las aprendí de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), tales como las dedicadas a Hans Kelsen (1881-1973), Carlos Rodríguez Pastor (1900-1998), Toribio Pacheco (1828-1868), Renato Treves (1907-1992), Manuel G. Abastos (1893-1983), Germán J. Bidart Campos (1927-2004), Héctor Fix-Zamudio (México, D.F., 1924), Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000), David Sobrevilla Alcázar (Huánuco, 1938), Luciano Parejo Alfonso (Santa Cruz de Tenerife, 1947), Domingo García Belaunde (Lima, 1944), y ahora mismo estoy terminando de componer la concerniente al querido profesor Carlos Fernández Sessarego (Lima, 1926).

Confieso que al finalizar cada una de ellas me he sentido satisfecho de haber contribuido para comprender mejor los aportes de los homenajeados. Y con Pérez Luño sucede lo mismo, a mayor abundamiento, al comprobar que su producción bibliográfica se encuentra ornada de penetrantes ideas. A propósito, pronto volveré a dedicarme a la enseñanza y producción de la Filosofía y de la Teoría General del Derecho, disciplinas jurídicas formativas y capitales para el hombre de Derecho.

Por tanto, es forzoso concluir diciendo que Pérez Luño constituye en la actualidad una de las personalidades que brillan con luz propia, por méritos propios, y porque tiene mucho en común con los pensadores alemanes e italianos. Y además, por el hecho que en él se aúna el rigor científico y el lenguaje llano (*verba planus*) que cuántos autores desearían tener.

Lima, agosto de 2006.

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (*)

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Constitucional del Perú y Derecho Procesal Constitucional en las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (1994-2000). Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Diplomado en Defensa Nacional por el Ministerio de Defensa de España. Presidente del Consejo del Notariado.

I. SEMBLANZA HUMANA Y FORMACIÓN ACADÉMICA

Ocuparse del perfil bio-bibliográfico de Antonio-Enrique Pérez Luño –que tiene a cuestas una trayectoria intelectual impecable– no es una tarea fácil. Trataré, por tanto, de asumir el reto con el mayor agrado. Sin duda que por esta, y otras razones es que redacto las presentes cuartillas, destacando fundamentalmente las siguientes:

- a) Pocas son las personalidades que poseen la sencillez como la que sale de manera innata del *ethos* del apreciado iusfilósofo español. En efecto, Pérez Luño carece de ostentación y adorno. Por eso es que, en palabras de Cicerón, esa virtud se plasma en el ser humano cuando escribe con un lenguaje sencillo: *sermo facilis*.
- b) Súmase a ello el don de contertulio ameno y la erudición profunda de talla especial que tiene Pérez Luño, y que resulta muy grato escucharlo. Su voz pausada pero cargada de ideas brota con originalidad y sin ningún ánimo de petulancia.
- c) De hecho, porque me he beneficiado con cada una de sus obras que me remitía desde Sevilla por el conducto del correo aéreo estando yo haciendo el doctorado en Santiago de Compostela en 1994 con el actual magistrado del Tribunal Constitucional peruano, Gerardo Eto Cruz (Sullana, 1959), bajo la guía intelectual de Francisco Fernández Segado. O también cuando fuimos a visitarlo –y salimos cargados de libros– con García Belaunde a su despacho del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, con ocasión del «VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional» desarrollado durante los días 3, 4 y 5 de diciembre del año 2003, que había montado con tanto éxito el catedrático de Derecho Constitucional y mejor amigo Javier Pérez Royo (n. 1944)⁽¹⁾, en coordina-

⁽¹⁾ Cómo no recordar la Jornada intitulada «Ciudadanía, democracia y legitimidad en la era de la globalización» que organizó el Departamento de Filosofía del Derecho

ción con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

- d) O cuando nos invitó a García Belaunde y a mí a su hogar ubicado en la residencia Villa Themis donde tiene celosamente guardado muchas «joyitas jurídicas» que hasta ese entonces yo no había visto y consultado. Más de una de ellas heredadas de su tío Enrique Luño Peña (1900-1985)⁽²⁾, quien fuera Rector y catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Estos detalles permiten inspirarme para que redacte ahora algunas pinceladas sobre nuestro apreciado colega.
- e) Y entre lo más importante, por la amistad –siempre renovada– que tenemos y cultivamos de manera transparente, producto de nuestra inquietud por la Filosofía y la Teoría del Derecho. Por tanto, al escribir estas líneas –reafirmo– lo hago con cordial efusión, y su visto bueno, para lo cual ha influido también la permanente correspondencia epistolar que hemos intercambiado desde mediados de la década de los años noventa del siglo XX.
- f) Además, porque he seguido de cerca su producción bibliográfica, llena de planteamientos originales y provechosas reflexiones, de los principales problemas de la Filosofía y la Teoría del Derecho desarrollados a partir del *status quaestionis*. Y como tal, por el trato humano que posee, y lo irradia sin distinguir alguno, como yo, y muchos seguramente, lo han comprobado.

de la Universidad de Sevilla y que tuvo lugar en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho el día 5 de diciembre de 2003, contando con las palabras de presentación –llenas de afecto y bondad– de Antonio-Enrique Pérez Luño, para luego disertar Domingo García Belaunde su ponencia «Tridimensionalismo Jurídico y legitimidad democrática» y yo sustentar el tema «Krausismo, ciudadanía y cultura democrática en Hispanoamérica». El apoyo y coordinación del profesor Alfonso de Julios Campuzano fue vital para que el acto académico cumpla su cometido, en presencia de los profesores y alumnos del Departamento de Filosofía del Derecho.

(2) Pérez Luño en su libro siempre sugerente *Los derechos fundamentales* (1ª. edición 1984; 8ª. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004) anota al comienzo la siguiente y merecida dedicatoria: «A mi tío Enrique Luño Peña (1900-1985)». En la formación académica de Pérez Luño el catedrático Luño Peña ha sido punto de referencia esencial.

En lo fundamental, así se puede resumir la justa y modélica reputación y categoría profesional alcanzada por Pérez Luño en el entorno académico iusfilosófico español e internacional.

Ahora bien, según Pérez Luño, inspirándose en Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), es dable distinguir en todo perfil intelectual tres etapas bien marcadas: *a)* los años de aprendizaje (*Lehrjahre*), *b)* los años de preparación (*Wanderjahre*), y *c)* los años de magisterio (*Meisterjahre*)⁽³⁾. Estimo que este retrato intelectual, en modo alguno, encaja y se cumple a cabalidad con la figura científica de Pérez Luño y que lo tomaremos en cuenta en la presente *Bio-bibliografía*.

Comenzaremos diciendo que el profesor Antonio Enrique Pérez Luño nació en Barcelona el año de 1944, en cuya Universidad estudió sus primeras letras, cursó la Licenciatura en Derecho y en donde obtuvo el Premio Extraordinario. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia que fue fundada el año 1088⁽⁴⁾, y en la que fue distinguido con el Premio «Luigi Rava»⁽⁵⁾. Para completar su sólida formación académica, y su patrimonio cultural y científico, amplió sus estudios en las universidades de Coimbra, Trieste, Friburgo de Brisgovia y Estrasburgo, en la que obtuvo el Diploma de la Facultad Internacional de Derecho Comparado. Además, fue becario del prestigioso Max Planck-Institut con sede en Heidelberg, de la Funda-

(3) Así lo afirmó Antonio-Enrique Pérez Luño, con ocasión de la Contestación del discurso leído el día 21 de mayo de 2000 en el acto de recepción pública al ilustre Sr. D. Alberto Bernárdez Cantón, intitulado *La cuestión religiosa en la Constitución española*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2000, pág. 86.

(4) Sobre la Universidad de Bolonia y su bellísima ciudad me he ocupado con detenimiento en el Estudio Preliminar que redacté al libro de los profesores italianos Lucio Pegoraro y Angelo Rinella: *Las fuentes en el Derecho Comparado (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003, págs. 17-34.

(5) La figura de Luigi Rava (1860-1938) en el mundo intelectual italiano tiene una presencia de primer orden. Ejerció la docencia en las universidades de Bolonia, Siena y Pavia. También ocupó diversos cargos políticos, tanto como Ministro en algunas carteras y Vicepresidente de la Cámara de Diputados. Entre sus publicaciones destaca *La prima prova del Diritto Costituzionale in Italia. La Costituzione bolognese del dicembre 1796*, Tipografia Gamberini e Parmeggiani, Bologna, 1914.

ción Juan March, del Fondo para la Investigación Económica y Social de la CECA, y Erasmus en Florencia y Londres. Así, se fueron enriqueciendo sus años universitarios.

En ese orden de consideraciones, su tesis *—dissertazioni di laurea—* doctoral boloñesa, redactada entre los años 1967 a 1969, se intitula *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico en la Italia moderna*. Fue dirigida por el reputado profesor italiano Guido Fassò (1915-1974)⁽⁶⁾ *—«de ingenio ágil y sagaz»—* y defendida con la máxima calificación otorgada por la Universidad de Bolonia en el año 1969.

Recordemos a este respecto las expresiones tan certeras de Guido Fassò: «... un cuadro de las doctrinas iusnaturalistas italianas diseñado por un extranjero, observador distanciado y objetivo, puede ser de utilidad, antes que para los no italianos deseosos de tener puntual noticia del pensamiento italiano en esta materia, para los propios italianos; tanto más cuando esta panorámica, como en el caso que la que nos proporciona Pérez Luño, parte de las lejanas raíces de la cuestión, que se encuentran en el pensamiento del siglo pasado; esto es, de la época en que maduraban, a la par que la propia unidad de Italia, los motivos de la política italiana actual y por ello los de las discusiones que frecuentemente tienen en ella sus presupuestos»⁽⁷⁾.

Un último aspecto del tema debe ser aquí todavía aludido en forma breve. Nos referimos a la tesis doctoral en mención, de carácter histórico-crítica, que se encuentra estructurada *—leemos ahí—* bajo los siguientes núcleos temáticos:

- Dedicatoria
- Prólogo de Guido Fassò (págs. I-IV)
- Abreviaturas (pág. 11)

⁽⁶⁾ *Vid.* al respecto, el recuerdo sereno que escribe, con sentido de lealtad, Antonio-Enrique Pérez Luño a su maestro: «Guido Fassò (1915-1974)» en *Revista de Estudios Políticos*, Julio-Agosto, n.º. 202, Madrid, 1975, págs. 217-226.

⁽⁷⁾ *Vid.* el Prólogo de Guido Fassò al libro de Pérez Luño: *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1971, pág. III.

- Nota Preliminar (págs. 13-14)
- *Capítulo I*: Introducción (págs. 15-23)
- *Capítulo II*: Delimitación conceptual de los términos Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico (págs. 25-65)
- *Capítulo III*: Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico en la tradición doctrinal italiana (págs. 67-116)
- *Capítulo IV*: Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico como respuestas antitéticas a los problemas tradicionales de la Filosofía del Derecho (págs. 117-161)
- *Capítulo V*: Conclusiones (págs. 163-168)
- Nota bibliográfica compuesta de dos partes:
 - 1) Estudios histórico-doctrinales sobre el pensamiento iusfilosófico italiano en los siglos XIX y XX (págs. 169-171)
 - 2) Bibliografía italiana sobre el Iusnaturalismo y el Positivismo Jurídico a partir de 1945 (págs. 172-182)
- Índice de autores (págs. 183-187).

De su contenido –¡qué mejor ejemplo demostrativo!– se desprende que Pérez Luño desde su etapa de juventud ha sabido plantear de manera abierta la problemática, dando a modo de conclusión tres valiosos aportes, tal y como lo ha corroborado con toda autoridad Guido Fassò. Esa triple reflexión: *a)* De un lado, pretenden ser un intento general interpretativo del momento histórico jurídico examinado. *b)* En segundo lugar, suponen implícita o explícitamente una valoración de los resultados obtenidos. Y *c)* Por último, suelen terminarse con una formulación de auspicios para la futura proyección del argumento tratado.

Vemos en seguida que durante su estancia en la Universidad boloñesa cursó sus estudios bajo el magisterio de los iusfilósofos Felice Battaglia (1902-1977) y Luigi Bagolini (n. 1913), quien animó en su día la difusión del Realismo Jurídico escandinavo en Italia. Tras la defensa de la tesis, no mucho más tarde, en el verano de 1969 realizó una estancia de investigación en la Universidad de Roma donde tuvo ocasión de conocer a una de las grandes figuras de la Filosofía Jurídica del siglo XX e identificado con el pensamiento neokantiano: Giorgio Del Vecchio (1878-1970), quien le fue presentado por su discípulo el profesor Rinaldo Orecchia; siendo uno de

los últimos iusfilósofos en poder tratarle personalmente, puesto que Del Vecchio falleció pocos meses después, en Génova, el 28 de noviembre de 1970.

Sus estudios en Italia –tarea formativa delicada en cualquier *homo theoreticus* y *homo juridicus*– le permitieron a Pérez Luño iniciar y polarizar, desde entonces, una relación científica que se mantendrá a través del tiempo, con una serie de prestigiosos profesores de Filosofía y Teoría del Derecho. Los nombres de Norberto Bobbio (1909-2004), Alessandro Giuliani, Enrico Pattaro, Uberto Scarpelli (1924-1993) –pionero con Bobbio en la difusión de la Filosofía del Derecho Analítica en Italia– y Renato Treves (1907-1992)⁽⁸⁾, muy fundamentales en los años de formación de su pensamiento, integran, entre otros, la nómina de sus más asiduos interlocutores en el estudio y la investigación de distintos aspectos de la problemática iusfilosófica.

¡Cuán importante es respirar otras atmósferas culturales para tener una mejor visión del Mundo Jurídico! Y Pérez Luño se benefició con los grandes dominios del pensamiento jurídico italiano de aquella época⁽⁹⁾. No en vano, el recordado profesor de la Universidad de Roma, Vittorio Frosini lo ha catalogado puntualmente como: «el valioso Prof. Antonio-Enrique Pérez Luño, experto conocedor de la cultura jurídica y de la lengua italiana»⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Sobre Bobbio y Treves, *vid.* los valiosos y esclarecedores testimonios de Elías Díaz recogidos en su libro *Los viejos maestros: La reconstrucción de la razón*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994, págs. 111-167. Elías Díaz denomina, sin exageración, a Treves como «el padre de la Sociología Jurídica en el ámbito europeo occidental tras la Segunda Guerra Mundial». Y a Bobbio lo cataloga como «un intelectual de izquierdas siempre alerta y en productiva tensión».

⁽⁹⁾ Como bien ha escrito Vittorio Frosini: «La dimensione europea della personalità intellettuale di A.-E. Pérez Luño si manifesta nelle sue opere, che hanno lasciato la loro impronta sui terreni d'indagine della filosofia giuridica italiana contemporanea, dei diritti umani, della teoria generale del diritto e del diritto costituzionale». *Cfr.* al respecto, la Presentazione de Vittorio Frosini al libro de Antonio-Enrique Pérez Luño: *Saggi di Informatica giuridica*, traducción del español de Rosa Giovanna Barresi, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1998, pág. IX.

⁽¹⁰⁾ *Vid.* el Prefacio que redactó Vittorio Frosini a la edición castellana de su libro *La estructura del Derecho*, traducción del italiano de Antonio Enrique Pérez Luño y M^a.

En orden al tiempo, –prosiguiendo su peregrinaje intelectual– en el año 1970 Pérez Luño realiza una estancia semestral en la Universidad alemana de Friburgo de Brisgovia, donde recibe el magisterio del profesor Franz Erik Wolf (1902-1977). Como se sabe, este insigne filósofo del Derecho, como también destacado penalista, fue el albacea intelectual y profundo conocedor del pensamiento jurídico de Gustav Radbruch (1878-1949)⁽¹¹⁾, cuya *Rechtsphilosophie* en su última y póstuma edición, estuvo a su cargo. El profesor Wolf, aunque emérito, seguía impartiendo cursos y seminarios en la Universidad de Friburgo de Brisgovia hasta que su muerte le puso fin el 13 de octubre de 1977 en Oberrotweil. En ese periodo de estudio, Pérez Luño pudo también conocer y recibir las valiosas enseñanzas de los profesores Hans Thieme (1906-2000), destacado historiador del Derecho, del iuspublicista Joseph Kaiser y del discípulo de Wolf, es decir, Hans-Peter Schneider, profesor de Derecho Constitucional y Administrativo.

Desde principios de la década de los años 70, Pérez Luño inicia un debate intelectual, e intercambio de ideas y experiencias, con algunos de los más relevantes especialistas europeos en el estudio de las repercusiones jurídicas de las *Nuevas tecnologías (Technology Assessment)*⁽¹²⁾, potenciando de

J. Magaldi Paternostro, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pág. 31. Antecede un prolijo Estudio Preliminar de Pérez Luño con un título perfecto: «Introducción al pensamiento filosófico-jurídico de Vittorio Frosini».

⁽¹¹⁾ A propósito de Gustav Radbruch, acaba de salir a la luz su bello libro *Caricaturas de la justicia. Litografías de Honoré Daumier*, traducción directa del alemán de José Luis Guzmán Dalbora, quien actualmente ejerce la docencia universitaria en la Universidad de Valparaíso, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2004. Antecede Prólogo sobre las obras históricoliterarias e históricoartísticas de Gustav Radbruch por Hermann Klenner.

⁽¹²⁾ Se pregunta Pérez Luño: «¿Qué repercusiones mediatas o inmediatas van a derivarse del impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en los sectores medioambiental, económico, social, cultural y político? ¿A través de qué instrumentos epistemológicos puede abordarse la conceptualización y correcta hermenéutica de la incidencia socio-jurídica de las nuevas tecnologías? ...». *Cfr. Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, págs. 16-17. Del mismo autor, *vid.* una de sus primeras preocupaciones sobre este segmento: «Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución española» en *Revista de Estudios*

esa forma su interés, correspondiendo a las universidades proponer las metas y evaluar su impacto, añade Pérez Luño. Gentes tales como Vittorio Frosini (1922-2001)⁽¹³⁾, Mario G. Losano, Spiros Simitis, Erhard Denninger y Georges Kalinowski, serán sus más asiduos referentes⁽¹⁴⁾; habiendo traducido personalmente y publicado distintos trabajos de todos ellos, desde sus textos originales en lengua alemana, francesa e italiana al idioma español. La tarea delicada de traducir –por eso es vista como *oficio non grato*– es parte del quehacer académico de Pérez Luño. Su profesionalismo y alta dosis de sensibilidad para tender el puente entre una y otra lengua se reafirma con las traducciones que ha realizado.

Políticos (Nueva época), nº. 24, Noviembre-Diciembre, Madrid, 1981, págs. 31-53. Dos lustros después, y siempre renovando sus ideas, Pérez Luño publicó: «Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática» en Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos, nº. 2, Granada, 1989-90, págs. 171-195. Número monográfico dedicado a los derechos fundamentales. De igual forma, consúltese su aporte: «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica» en *Cuadernos y Debates*, nº. 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 133-162. Número dedicado a la ‘Libertad informática y leyes de protección de datos personales’.

⁽¹³⁾ Sobre el pensamiento de Frosini, *vid.* el certero ensayo de Antonio-Enrique Pérez Luño: «Ritrato e ricordo di Vittorio Frosini» en *Diritto e Società*, nº. 1, Padova, 2003, págs. 149-153.

⁽¹⁴⁾ Pérez Luño ha contribuido a desentrañar la problemática del tema cuando era Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. En efecto, durante los días 5 y 6 de marzo de 1986 organizó el Coloquio internacional «Problemas actuales de la documentación y la Informática Jurídica» que contó con la valiosa colaboración de expertos en la materia: Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, Enrique Cáceres Nieto, Arcadio Castillejo Benavente, Costantino Ciampi, Wolfgang Däubler, Erhard Denninger, Vittorio Frosini, Ernesto García Camareno, Rafael González-Tablas Sastre, Georges Kalinowski, Mario G. Losano, Enrico Pattaro, Miguel Sánchez-Mazas, Giovanni Sartor, Spiros Simitis y Felipe Tudela García. Las ponencias y actas de la velada académica se han publicado bajo la dirección de Antonio-Enrique Pérez Luño con el siguiente título: *Problemas actuales de la documentación y la Informática Jurídica*, Editora Tecnos, S.A. & Fundación cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, 256 págs. Antecedes Prólogo de Pérez Luño y Palabras de presentación de Sánchez-Mazas.

A la vista del objetivo propuesto, Pérez Luño advierte que: «La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre con la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos»⁽¹⁵⁾.

En ese discurrir de los años, al iniciarse la década de los 80 Pérez Luño participa en el acto fundacional del Centro de Análisis, Lógica e Informática Jurídica (CALIJ) junto con los profesores Miguel Sánchez-Mazas, Manuel Atienza y Ernesto García Camareno que tan decisiva contribución tuvo en promover la cultura tecnológica entre los operadores jurídicos hispanos⁽¹⁶⁾. La Informática Jurídica –conceptualiza Pérez Luño– tiene por objeto la aplicación de la tecnología al Derecho. Agrega que es una disciplina bifronte en la que se entrecruzan una metodología tecnológica con su objeto jurídico que, a su vez, condiciona las propias posibilidades o modalidades de tal aplicación⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño: «Del Habeas Corpus al Habeas Data» en Revista Informática y Derecho, n.º. 1, Mérida (España), 1992, págs. 153-161.

⁽¹⁶⁾ En efecto, el lógico español Sánchez-Mazas a través de su libro *Cálculo de las normas* (Ediciones Ariel, S.A., Barcelona, 1973) que fue su tesis doctoral preparada bajo la dirección del lógico suizo Jean-Blaise Grize y presentada en la Universidad de Neuchâtel (Suiza), desarrolla un sistema deóntico enteramente formalizado y aritmetizado. Reconoce a Georg Henrik von Wright (1916-2003) como el verdadero fundador de la lógica de las normas, sin desmerecer los aportes de Georges Kalinowski. En el transcurso de la redacción de su tesis Sánchez-Mazas cita algunos trabajos del entonces joven profesor Pérez Luño.

⁽¹⁷⁾ Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño, voz: «Informática Jurídica» en Antonio-Enrique Pérez Luño, Ramón Luis Soriano Díaz, Carmelo José Gómez Torres (Directores de la edición), *Diccionario Jurídico. Filosofía y Teoría del Derecho e Informática Jurídica*, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 181. Pérez Luño también nos explica, con detalles, en el *Diccionario Jurídico...* los conceptos de la Informática Jurídica Decisional, Informática Jurídica Documental e Informática Jurídica de Gestión (págs. 181-184). Con anterioridad, Pérez Luño había publicado: «Sistemas expertos jurídicos: premisas para un balance» en la Revista Informática y Derecho, vol. 5, Buenos Aires, 1996, págs. 95-135.

Aun con todo ello, Pérez Luño continúa investigando en esta parcela, dando como resultado serias reflexiones, en especial acerca de la 'ciudadanía y la teledemocracia'. «Los últimos veinte años –dirá Pérez Luño– han acelerado con ritmo creciente los procesos de renovación tecnológica que tan profundamente inciden en las relaciones cívicas. La presencia de las redes de información y comunicación en los ámbitos jurídicos y políticos han determinado que se adquiriera conciencia de que nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales»⁽¹⁸⁾.

En esa perspectiva, al promediar la década de los 80, Pérez Luño se ha empeñado en estudiar la obra y, posteriormente, conoce al eminente constitucionalista germano Peter Häberle (Göppingen, 1934), cuyo pensamiento contribuirá a difundir en la experiencia jurídica española, promoviendo y alentando la traducción de algunos de sus trabajos y libros, que llevará a cabo su discípulo Emilio Mikunda Franco⁽¹⁹⁾.

En vía de ejemplo, Pérez Luño compendia la actitud del reputado iuspublicista y teórico del Derecho –Peter Häberle– respecto a tres alternativas básicas: (*i. tipo ideal*, *ii. disyuntiva horizontal o vertical*, *iii. universalismo y nacionalismo*, o entre el *individualismo* particularista y el *cosmopolitismo*), en función del «Derecho Constitucional Común Europeo»⁽²⁰⁾, vocablo acuñado

⁽¹⁸⁾ Reenvío aquí su reciente libro *¿Ciberciudadanía@ o ciudadano@.com?*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004, en concreto, págs. 11-12. El capítulo I: «Ciudadanía y definiciones» se publicó con anterioridad en la Revista *Doxa*, n.º. 25, Alicante, 2002, págs. 177-211.

⁽¹⁹⁾ *Vid.*, a modo de ejemplo, Peter Häberle: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción del alemán e Introducción de Emilio Mikunda Franco, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2000. Otros destacados colegas españoles, tales como Antonio López Pina, Luciano Parejo Alfonso, Francisco Balaguer Callejón, Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano también han vertido al castellano, con precisión, algunas de las obras de Peter Häberle. Su presencia en el Perú también se deja notar, tal como lo demuestra su libro *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra Editores S.A.C. & Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004. Antecede Presentación de Domingo García Belaunde quien tuvo a su cargo la edición y Nota Liminar de Joaquín Brage Camazano.

⁽²⁰⁾ *Vid.* Antonio-Enrique Pérez Luño: «El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle» en *Revista de Estudios*

por el pensador alemán, y que tanto predicamento tiene actualmente en el firmamento jurídico:

- 1) En lo que atañe al significado ideal o empírico del Derecho Constitucional Común Europeo, se infiere de sus tesis que ese nuevo Derecho no es una entelequia, sino una realidad operativa que cuenta con un soporte de experiencias jurídicas concretas y operativas en Europa. Pero se trata de una realidad abierta e *in fieri*, que recibe su orientación y su impulso de un modelo ideal o, si se quiere, utópico, que estimula y dinamiza su proceso conformador.
- 2) Sobre el sentido horizontal o vertical del Derecho Constitucional Común Europeo propugnan una solución mediadora. El nuevo Derecho debe ser fruto de la concurrencia plural y equilibrada de las distintas culturas nacionales.
- 3) En la renovada tensión entre eurocentrismo y multiculturalismo el Derecho Constitucional Común Europeo se alinea inequívocamente en la órbita de las concepciones culturales jurídicas de signo multiculturalista y cosmopolita: se presenta, en definitiva, como un estadio en la construcción del Derecho Constitucional Común de la humanidad⁽²¹⁾.

Ahora bien, un balance tan sólo provisional del pensamiento de Pérez Luño –como él mismo lo ha reconocido: «un alto en el proceso de una tarea abierta, de una *theory in Progress*»– se puede resumir de la siguiente

Políticos, n.º. 88, Madrid, 1995, págs. 165-173. Con justa razón Pérez Luño ha escrito que: «Peter Häberle...es un pensador singularmente bien dotado para captar los signos definitorios de nuestra época...».

⁽²¹⁾ *Vid.*, en ese sentido, el importante artículo de Pérez Luño: «Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?» en Antonio-Enrique Pérez Luño (Coordinador), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, págs. 31-32. En dicho libro se incluyen también dos trabajos, sólidos como siempre, de Peter Häberle: «Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica» (págs. 151-185) y «Derecho Constitucional Común Europeo» (págs. 187-223). Ambos fueron traducidos del idioma alemán por Emilio Mikunda Franco.

manera⁽²²⁾, no obstante, es menester significar que nuestro autor siempre se encuentra en permanente creación y replanteando sus ideas⁽²³⁾:

- a) Sostiene la necesidad de que la reflexión filosófica sobre el Derecho⁽²⁴⁾ se halle conscientemente comprometida con la garantía democrática de los valores de la paz, la igualdad⁽²⁵⁾, la tolerancia y la libertad, constituyendo el *iusnaturalismo* el mejor cauce teórico de expresión para llevar adelante dicha reflexión.

⁽²²⁾ Así lo ha precisado Pérez Luño en *Doxa*, n.º. 1, Alicante, 1984, págs. 198-200, dedicado a los «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho» donde colaboran 52 cultivadores de la Filosofía, Sociología y Teoría General del Derecho, Lógica Jurídica e Informática Jurídica.

Un resumen del pensamiento iusfilosófico de Pérez Luño se puede consultar en José F. Lorca Navarrete: «La Filosofía Jurídica española contemporánea» que va como Apéndice al libro de Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho (Siglos XIX y XX)*, vol. 3, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1981, págs. 381-383. La traducción del italiano del libro de Fassò fue realizada por Lorca Navarrete.

⁽²³⁾ Así lo reafirma Pérez Luño en el Epílogo de su libro clave y modélico –y que vamos a tomar en cuenta aquí– con el siguiente título *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2003, págs. 547-548. Hay ediciones posteriores. Por eso es que el «ajuste de cuentas» todavía sigue cultivándose en el talante intelectual de Pérez Luño.

⁽²⁴⁾ En cierta ocasión, Pérez Luño ha expresado que: «El Derecho constituye siempre una expresión de la vida humana desplegada en el seno de las sociedades históricas». *Vid.* su ensayo: «Aproximación al ideario jurídico de Niceto Alcalá-Zamora y Torres» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año LI, n.º. 76, Curso académico 1998-1999, Madrid, 1999, pág. 597.

⁽²⁵⁾ Sobre la temática de la igualdad, Pérez Luño ha reunido, en forma coherente, cuatro trabajos en su reciente libro *Dimensiones de la igualdad*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2005. La edición estuvo a cargo de Rafael González-Tablas Sastre. «El afán por hacer de la igualdad el valor-guía de los derechos económicos, sociales y culturales...me llevó –subraya Pérez Luño– a magnificar la trascendencia axiológica de lo social y colectivo, con un cierto detrimento del sujeto individual. Para impugnar el individualismo soslayaba, en ocasiones, la ineludible centralidad de la persona, del sujeto individual como titular básico de los valores y derechos humanos. Se trataba de un planteamiento metódico que podía afectar al núcleo sustantivo de la investigación. Hoy, entiendo –agrega Pérez Luño– más adecuado al método y al contenido de cualquier reflexión sobre los derechos humanos, así como sobre los valores que los fundamentan; por tanto, sobre cuanto concierne a la igualdad, reconocer a lo subjetivo el puesto y la tarea central que le corresponde en el edificio de la cultura humanista» (págs. 13-14).

- b) De modo parejo, se inclina por un *iusnaturalismo* radicalmente crítico, que desenvuelve y desarrolla, recuperando el legado de su mejor función histórica emancipatoria⁽²⁶⁾. Mejor dicho, su contribución al establecimiento de un límite crítico-racional al arbitrio de quienes detentan el poder.
- c) Como consecuencia de ello, Pérez Luño se abre camino para reafirmar la exigencia de emprender una tarea de Sociología cultural tendente a denunciar la función ideológica de determinadas versiones de un sedicente *iusnaturalismo*, tras cuyas declaraciones retóricas en favor del Derecho Natural⁽²⁷⁾ se ampara una actitud metódica exegético-positivista, que desemboca en el culto incondicionado de la legalidad⁽²⁸⁾.

(26) No quepa duda alguna del impacto que dejó en Pérez Luño la denominada «Escuela española de Derecho Natural», a través de sus máximos representantes, que fueron también exponentes de la «Escuela española del Derecho Internacional»: Francisco de Vitoria (1492-1546), Domingo de Soto (1495-1560), Fray Luis de Molina (1535-1600) y Francisco Suárez (1548-1617).

Buena parte de ello está en los siguientes ensayos de su autoría: «Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica» en *Doxa*, n.º. 12, Alicante, 1992, págs. 313-323 y «Los clásicos iusnaturalistas españoles» en Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García (Dirección): *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, t. I, Dykinson, S.L., Madrid, 1998, págs. 507-569. Como complemento, *vid.* Luis Jiménez de Asúa: *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, en especial págs. 23-36. También resulta de interés el estudio redactado por Antonio-Enrique Pérez Luño y su discípulo Francisco José Contreras Peláez: «Kant y los derechos humanos» en Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig (Dirección), *Historia de los derechos fundamentales. S. XVIII. La filosofía de los derechos humanos*, t. II, vol. II, Dykinson, S.L., Madrid, 2001, págs. 447-577.

(27) Su preocupación por el tema proviene de años atrás. *Vid.*, en tal sentido, su ensayo: «El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en AA.VV., *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Cortés Grau*, t. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1977, págs. 187-205.

(28) Por lo que toca a este punto, *vid.* el ensayo de Pérez Luño: «Legalidad penal y seguridad jurídica» en AA.VV., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas (II)*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 457-472. Las últimas reflexiones de Pérez Luño se encuentran en su artículo: «La seguridad jurídica: una garantía

- d) Con justeza hace patente que hay que contribuir desde perspectivas históricas y sistemáticas, a la tarea de renovación, revisión y recuperación de la función crítica iusnaturalista que se traduce en una triple reflexión sobre el *ser*, el *conocer* y el *deber ser* de la realidad jurídica.
- e) Asimismo, en el plano de la Ontología Jurídica, Pérez Luño muestra con finura que la comprensión totalizadora del «ser del Derecho» sólo se puede alcanzar a partir de la *experiencia jurídica*⁽²⁹⁾. Es decir, captando su entero desenvolvimiento desde su génesis en las relaciones sociales, a su formalización normativa, su aplicación judicial y su teorización doctrinal.
- f) Según Pérez Luño, el *Tridimensionalismo*⁽³⁰⁾ es un criterio adecuado para delimitar los tres grandes sectores: *hecho social*, *norma* y *valor*, que con su recíproca y necesaria interacción conforman la *experiencia jurídica*⁽³¹⁾. Y ahora completado por una cuarta dimensión (*historia*). Esta dimensión –acota Pérez Luño– permite «tempora-

del Derecho y la Justicia», aparecido en el Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, n.º. 15, Madrid, 2000, págs. 25-38. Además, con su expresa autorización, se publicó también en la Revista *Aequum et Bonum*, Año I, n.º. 1, Enero-Junio, Lima, 2003, págs. 307-315.

⁽²⁹⁾ Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño: *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, 5ª. edición, Artes e Industrias Gráficas Minerva, S.A., Sevilla, 1995, págs. 47-49. Hay ediciones posteriores. Pérez Luño, en el tema de la *experiencia jurídica*, reconoce los valiosos aportes de Georges Gurvitch (1894-1965), Fritz Sander (1889-1939), Giuseppe Capograssi (1889-1956), Luis Recaséns Siches, Luis Legaz y Lacambra (1906-1980) y Miguel Reale (1910-2006).

⁽³⁰⁾ En nuestro medio, Carlos Fernández Sessarego (Lima, 1926) ha desarrollado también una tesis Tridimensional original: *a)* norma, *b)* conducta humana y *c)* los valores. Vid. su libro juvenil cargado de ideas fértiles *El Derecho como libertad (Preliminares para una Filosofía del Derecho)*, 2ª. edición, Universidad de Lima, Lima, 1994. Antecede Prólogo de David Sobrevilla Alcázar y Nota Preliminar de Domingo García Belaunde. Hay una última edición muy completa, Lima, 2006.

⁽³¹⁾ Pérez Luño elabora su *Programa de Filosofía del Derecho*, que lo desarrolla en la Universidad de Sevilla, en tres presupuestos: *I)* Presupuestos de concepción. *II)* Presupuestos históricos y *III)* Presupuestos axiológicos. En el apartado *I)* incluye al 'Tridimensionalismo'.

lizar» a las otras tres, contextualizándolas históricamente. Desde una perspectiva puramente teórica o metodológica, es posible una concepción «sincrónica» del Tridimensionalismo Jurídico, pero la imagen real y concreta de la experiencia jurídica es necesariamente «diacrónica» y, por ello, *Tetradimensional*⁽³²⁾.

- g) Con una argumentación impecable, Pérez Luño sostiene que el conocimiento del Derecho, objeto de estudio de la Gnoseología Jurídica, debe contar con el auxilio indispensable de las herramientas de construcción metódica que proporciona la evolución de las ciencias, sin que ello implique el adoptar una postura «cientificista».
- h) A su modo de ver, resultan del mayor interés las aportaciones del análisis del lenguaje, encaminadas a depurar los dominios lingüísticos del Derecho de expresiones inútiles o ambiguas desde el punto de vista teórico, o de nociones destinadas a deformar la realidad en el plano ideológico.
- i) Para lo cual, al decir de Pérez Luño, es preciso que el análisis lingüístico de la *experiencia jurídica* surja de un compromiso crítico desde el que pueda rescatar a la *experiencia jurídica* de la distorsión y falsificación de su lenguaje.
- j) Pondera Pérez Luño que resulta también de interés el estudio de las repercusiones de la Cibernética y de la Informática en los diversos sectores y ámbitos de la Lógica Jurídica. La analogía entre los circuitos cerebrales y los circuitos cibernéticos exige el replanteamiento de muchas cuestiones relacionadas con la Gnoseología del Derecho. Por tanto, añade Pérez Luño, el discurso sobre el razonamiento jurídico y demás cuestiones básicas de la Filosofía del Derecho, no puede construirse de espaldas al hori-

⁽³²⁾ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño: *Teoría del Derecho (Una concepción de la experiencia jurídica)*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1997, pág. 40, escrito con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta. Las últimas reflexiones de Pérez Luño son analizadas por Domingo García Belaunde: «El Tridimensionalismo Jurídico a inicios del siglo XXI» en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.º. 20, Buenos Aires, 2000, págs. 229-231.

zonte contextual delimitado por los parámetros evolutivos de la ciencia y la tecnología⁽³³⁾.

- k) En este orden de ideas, siguiendo la tradición *iusnaturalista*, sostiene Pérez Luño que el filósofo del Derecho no sólo tiene como cometido el análisis de cómo «es» el Derecho, sino también de cómo «debe ser».
- l) De ahí que Pérez Luño ha abordado, y expuesto con limpidez, el estudio de la Axiología Jurídica con el propósito de explicitar el sentido y función de los derechos humanos, en cuanto sistema de valores fundamentales (*Grundwerte*) que concretan y desarrollan la idea de la justicia. Los valores jurídicos –agrega aquél– tienen un entero desenvolvimiento en la experiencia a través de su trabajosa andadura hasta su anclaje en la normativa constitucional⁽³⁴⁾.
- m) Por lo que hace a los derechos humanos –tema familiar para él– con una sistemática completamente original, Pérez Luño enseña que la definición⁽³⁵⁾ responde a tres ideas-guía: 1ª.) *iusnaturalismo*⁽³⁶⁾ en su fundamento, 2ª.) *historicismo* en su forma y 3ª.) *axiologismo* en su contenido⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ Pérez Luño advierte que: «Es tarea de todos contribuir a evitar una paradoja dramática: compensar nuestro retraso en la incorporación al desarrollo tecnológico con la vanguardia mundial en la piratería del software, la delincuencia informática, y las agresiones informáticas a la libertad». Cfr. su ensayo *La tutela jurídica de los datos personales en España*, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. XIX.

⁽³⁴⁾ Para mayor amplitud, *vid.* su artículo: «La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978» en AA.VV., *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador jurídico*, (*Derecho Procesal*), t. II, UNAM, México, D.F., 1988, págs. 2345-2370.

⁽³⁵⁾ *Vid.* Antonio-Enrique Pérez Luño: «El concepto de los derechos humanos y su problemática actual» en *Derechos y Libertades*, Año I, n.º. 1, Madrid, 1993, págs. 179-194.

⁽³⁶⁾ *Vid.* Antonio-Enrique Pérez Luño: «En torno a la fundamentación Iusnaturalista de los Derechos Humanos» en *Revista de Ciencias Sociales*, n.º. 41, Valparaíso, 1996, págs. 227-244. El presente número monográfico, cuya edición coordinó nuestro querido colega Agustín Squella Narducci (n. 1944), está dedicado al 'Positivismo Jurídico y doctrinas del Derecho Natural'.

⁽³⁷⁾ De entre varios de los trabajos de Pérez Luño sobre el tema, se puede consultar: «Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de

- n) Y, con relación a la fundamentación de los derechos humanos⁽³⁸⁾ —que los distingue de la categoría derechos fundamentales— y de los valores básicos, Pérez Luño asume una posición o planteamiento *intersubjetivista* axiológico. Es decir, como un intento de medición entre la teoría consensual de la verdad que es desarrollada por la Escuela de Francfort (Jürgen Habermas, n. 1929), y la filosofía de las necesidades radicales representada por la Escuela de Budapest (György Márkus, Agnes Heller, Ferenc Fehér). La primera —sigue Pérez Luño— proporciona el marco metodológico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional fundamentador de los valores, así como *a contrario sensu* denuncia los factores que en las sociedades históricas distorsionan o impiden la posibilidad de llegar a legitimaciones racionales de los valores generalizables o universalizables en cuanto dotadas de ‘objetividad intersubjetivas’⁽³⁹⁾. Y la segunda —a la cual Pérez Luño se halla más próximo— ha aportado datos relevantes sobre las condiciones antropológicas, sobre las exigencias o necesidades de la naturaleza humana, que constituyen el soporte material de todo valor. En suma, los derechos humanos son el fundamento del Estado de Derecho y para serlo precisan de hallarse *bien fundamentados*.
- o) Y más de pronto, como resultado siempre provisional y abierto, los problemas actuales del constitucionalismo y de los derechos humanos deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad. La sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo

Francisco Laporta» en *Doxa*, n.º. 4, Alicante, 1987, págs. 47-66. La contestación de Laporta aparece en las págs. 71-77.

⁽³⁸⁾ Esclarecedor al respecto, es el colectivo AA.VV., *Le fondement des droits de l'homme. Actes des entretiens de L'Aquila (14-19 septembre 1964)*, La nuova Italia, Firenze, 1996, 402 págs., donde se incluyen las ponencias y debates de Norberto Bobbio, Chaim Perelman, A.C. Ewing, L.J. Russell, Tadeusz Kotarbinski, Augusto Guzzo, Julius Ebbinghaus, Karl Löwith, K. Kuypers, A.G.M. van Melsen, Nathan Rotenstreich, Richard McKeon, André Mercier, Mirko Novák, A. Boyce Gibson, Jean Hyppolite y Joseph Moreau. Antecede Preface de Guido Calogero.

⁽³⁹⁾ Así lo indica Antonio-Enrique Pérez Luño en su libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, págs. 562-563.

son sus problemas éticos, jurídicos y políticos. Por eso —concluye Pérez Luño— hay que captar la dinámica y compleja red de sus conexiones globales. La tendencia hacia la *globalización* viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del Estado de Derecho y las libertades⁽⁴⁰⁾.

II. LABOR DOCENTE

Tocando los años de magisterio, en su significado más general, Pérez Luño ha sido profesor de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en las universidades de Barcelona y Salamanca. Y, desde el año 1978 es Catedrático de esas disciplinas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, de la que fue Decano durante el período 1983-1988. Es ingente la labor que en este sentido cumple: ha sido miembro del Consejo Nacional de Educación (1978-1983), miembro del Consejo Directivo y profesor del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid y profesor de los cursos de Doctorado del Instituto di Teoria dell'Interpretazione e di Informatica Giuridica de la Universidad «La Sapienza» de Roma.

Añádase a ello que Pérez Luño es miembro del Consejo Ejecutivo del Centro de Análisis, Lógica e Informática Jurídica (CALIJ), miembro del Consejo directivo y profesor del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» y Director del curso de Doctorado de Informática Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid, y profesor del Instituto Andaluz de Criminología. Se infiere de lo expuesto que Pérez Luño ya desde sus verdes años cultiva la más alta docencia con un rigor mental impecable.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, pág. 628. La fórmula Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), ahora reemplazada por la de Estado constitucional (*Verfassungsstaat*), ha sido analizada prolijamente por Pérez Luño en su ensayo: «Estado constitucional y generaciones de derechos humanos» publicado en el *Liber amicorum Fléctor Fix-Zamudio*, vol. II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, págs. 1241-1264.

Ejerciendo su cátedra en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Pérez Luño tiene el firme propósito de forjar nuevas generaciones que por méritos propios ya han alzado vuelo intelectual en los grandes dominios del pensamiento jurídico. Sus discípulos le guardan mucho respeto, admiración, lealtad y aprecio, tal como lo he podido comprobar *in situ*. En la formación y crecimiento de la «Escuela de iusfundamentalistas en la literatura filosófico-jurídica española»⁽⁴¹⁾ han sido decisivas las aportaciones científicas de Pérez Luño. De ahí que su conducta discipular, respaldada por su carácter y su inteligencia, es digna de todo encomio.

Así tenemos que, entre sus más destacados discípulos pueden citarse, en el ámbito de la Lógica y la Informática Jurídica a Carlos Alarcón Cabrera, actualmente Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pablo de Olavide, así como los profesores de la Universidad de Sevilla, tales como Rafael González-Tablas Sastre, Alvaro Sánchez Bravo, Ana Garriga Dominguez y M^a. Cinta Castillo Jiménez, actualmente senadora.

En el área de la historiografía iusfilosófica destacan Francisco José Contreras Peláez⁽⁴²⁾ quien acaba de obtener la cátedra, Juan Ramón García Cue, Fernando Llano Alonso, Carlos López Bravo y Antonio Ruiz de la Cuesta. Y en el plano de los estudios de Metodología, Teoría y Filosofía del Derecho tenemos a Carmelo Gómez Torres, Alfonso de Julios Campuzano, Emilio Mikunda Franco⁽⁴³⁾, Enrique Sánchez Jiménez, David Sánchez Rubio, Juan Antonio Senent de Frutos, entre otros.

De lo dicho se colige que la acción educativa del catedrático de Sevilla, dotada de altas virtudes, es de sumo provecho. Pérez Luño, con incuestionable maestría, ha sabido formar discípulos sin descuidar cada una de

⁽⁴¹⁾ Así lo ha descrito con admirable precisión Ramón Soriano en su libro *Las libertades públicas*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990, pág. 13.

⁽⁴²⁾ *Vid.* el Prólogo «cariñoso» de Antonio-Enrique Pérez Luño al libro de Francisco José Contreras Peláez: *Savigny y el historicismo jurídico*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2005, págs. 11-19.

⁽⁴³⁾ *Vid.* el Prólogo redactado por Pérez Luño al libro de Emilio Mikunda Franco cuyo título es *Los derechos humanos como historiografía y filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: simetrías y distorsiones frente a G. Radbruch*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, págs. 13-15.

las áreas afines a la Filosofía y Teoría del Derecho. Por tal motivo, Ramón Soriano ha afirmado con justa razón que Pérez Luño: «es ejemplo claro de verdadero talante universitario»⁽⁴⁴⁾.

III. ACTIVIDAD INVESTIGADORA Y DISTINCIONES

En sus líneas esenciales, en el campo de la investigación el curriculum personal de Pérez Luño goza de gran crédito, y tiene una activa presencia. Así, es Director del Grupo de Investigación sobre Informática y Derecho del Plan Andaluz de Investigación. En ese orden de consideraciones, y como maestro dedicado a formar a las futuras generaciones, ha movilizadado sus energías para dirigir 18 tesis doctorales, que han obtenido, en todos los casos, la máxima calificación y *cum laude*.

Además, es miembro del Consejo de Redacción de *Informatica e Diritto* (Florencia), del Consejo consultivo académico de la *Revista Informática y Derecho* (Buenos Aires), *Revista de las Cortes Generales*, de la Revista *THEORIA* (1985-1995), de la Revista *DOXA*, del *Anuario de Derechos Humanos* y de la Revista *Derechos y Libertades*. Y en nuestro medio Pérez Luño integra el Comité Consultivo de la Revista *Diálogo con la jurisprudencia* y el Comité Científico Internacional de la Revista *Aequum et Bonum*.

De igual forma, Pérez Luño es Director de la colección «Derecho, Cultura y Sociedad» de la Editorial Tecnos, Miembro de la Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie, de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, del *Bentham Committee*, de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, así como del Capítulo Español del «Club de Roma». También es Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Miembro de número de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia y Presidente de la Fundación Cultural «Enrique Luño Peña»⁽⁴⁵⁾. En el Perú, por méritos propios, es 'Pro-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. el libro de Ramón Soriano: *Compendio de Teoría General del Derecho*, 2ª. edición corregida y aumentada, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1993, pág. 12.

⁽⁴⁵⁾ El profesor Luño Peña, aragonés de Villar de los Navarros, cuyo pensamiento estaba enmarcado en la línea neoescolástica, ejerció en Pérez Luño una notoria influencia e inspiración para el cultivo *por mor* de la Filosofía del Derecho. *Vid.*, entre otros trabajos, la nota biográfica acerca de Enrique Luño Peña redactada por Pérez Luño –hombre de «estirpe aragonesa»– en el *Diccionario Juristas Univer-*

esor Distinguido' de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Decana de América.

IV. PUBLICACIONES

Refiriéndonos al elenco de publicaciones, que cada día van en línea ascendente, diremos que Pérez Luño es autor –¡que difícil nómina!– de aproximadamente trescientos cuarenta trabajos, algunos de ellos publicados en italiano y alemán. Entre sus libros, destacan los siguientes:

- *Insnaturalismo y Positivismo Jurídico en la Italia moderna*, con Prólogo de Guido Fassò, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia (1971).
- *Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia (1976).
- *Los derechos humanos: Significación, estatuto jurídico y sistema* (director de la obra), Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla (1979).
- *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Minerva, Sevilla (1ª. ed. 1982; de la 6ª. a la 8ª. ed., en Mergablum, Sevilla, 1998-2003; 1ª. ed. peruana, Lima, 2008).
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid (1ª. ed. 1984, 9ª. ed. 2005).
- *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid (1ª. ed. 1984, 8ª. ed. 2004).
- *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (director de la edición), Tecnos & Fundación cultural Enrique Luño Peña, Madrid (1987).
- *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio jurídico de las N.T. de la información*, Fundesco, Madrid (1987).

sales, t. IV, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2004, págs. 769-770. También, vid. M.ª Concepción Gimeno Presa: *La Filosofía Jurídica de Enrique Luño Peña*, Editorial Tecnos S.A. - Fundación cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 2000.

- *Libertad informática y leyes de protección de datos* (en colaboración), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1989).
- *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona (1991, 2ª. ed. revisada y puesta al día, 1994).
- *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid (1992, 2ª. ed. 1995). Existe traducción alemana a cargo de R. Zimmerling: *Die klassische spanische Naturrechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlin (1994).
- *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla (1993).
- *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona (1996).
- *Ensayos de Informática Jurídica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, D.F. (1996).
- *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio* (director de la edición), Marcial Pons, Madrid (1996).
- *Teoría del Derecho (Una concepción de la experiencia jurídica)*, Tecnos, Madrid (1ª. ed. 1997, 3ª. ed. 2004).
- *Saggi di informatica giuridica*, con Prólogo de Vittorio Frosini, Giuffrè, Milano (1998).
- *La tutela jurídica de los datos personales en España*, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla (monografía) (2001).
- *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, con Prólogo de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2002).
- *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Grupo Nacional de Editores, Sevilla (1ª. ed. 2003, 2ª. ed., 2004, 3ª. ed., 2004, 4ª. ed., Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005, con presentación de Domingo García Belaunde; 5ª. ed. a cargo de Rafael González-Tablas Sastre y Fernando Llano Alonso, Editorial Tébar, S.L., Madrid, 2007).
- *Diccionario Jurídico. Filosofía y Teoría del Derecho e Informática Jurídica* (en colaboración), Editorial Comares, Granada (2003).
- *¿Ciberciudadanía@com o ciudadanía@com?*, Gedisa, Barcelona (2004).
- *Dimensiones de la Igualdad*, Dykinson, Madrid (2005). Edición a cargo de Rafael González-Tablas Sastre.
- *La tercera generación de derechos humanos*, Editorial Aranzadi, Navarra (2006).

V. BREVE ALUSIÓN AL LIBRO «TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO»

Desde la segunda mitad de los años 90 del siglo que se acaba de ir, las ideas de Pérez Luño han contribuido en la formación de los hombres de Derecho en el Perú. Ellos han sabido aprender y sacar provecho de sus escritos. En efecto, la primera vez que se dio a la estampa un trabajo suyo, en el año 1990, fue en la Revista *Ius et Praxis* de la Universidad de Lima: «La seguridad jurídica y el Estado de Derecho»⁽⁴⁶⁾ a pedido del director de aquel entonces Domingo García Belaunde. Años después, en 1993 en la misma Revista se publicó su ensayo «Dilemas actuales de la protección de la intimidad»⁽⁴⁷⁾.

Posteriormente, en 1995 a iniciativa mía, vio la luz en la Revista *Diálogo con la Jurisprudencia* su artículo «Las generaciones de derechos fundamentales»⁽⁴⁸⁾, cuya consulta y lectura ha tenido tanto éxito en los círculos de la Academia de la Magistratura, de parte de jueces y fiscales de las diversas instancias, habiéndose publicado también en la lengua italiana. Por aquella

⁽⁴⁶⁾ Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño: «La seguridad jurídica y el Estado de Derecho» en *Ius et Praxis*, n.º. 16, Diciembre, Lima, 1990, págs. 33-54. Hay separatas. La seguridad jurídica que viene a ser el «resultado de las conquistas políticas de la sociedad» constituye uno de los temas preferidos de Pérez Luño. Sus ideas se encuentran esencialmente desarrolladas en su libro *La seguridad jurídica*, 2.ª edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1994. Y como complemento se pueden consultar los siguientes ensayos, también de su autoría: «Seguridad jurídica y sistema cautelar» en *Doxa*, n.º. 7, Alicante, 1990, págs. 327-340; «Las tensiones axiológicas de la seguridad» en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º. 10, Toledo, 1990, págs. 17-53; «La seguridad como función jurídica» en AA.VV., *Funciones y fines del Derecho. Estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992, págs. 273-289 y «Seguridad jurídica» en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Editores), *El Derecho y la Justicia*, 2.ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, págs. 481-492.

⁽⁴⁷⁾ Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño: «Dilemas actuales de la protección de la intimidad» en *Ius et Praxis*, n.ºs. 21-22, Enero-Diciembre, Lima, 1993, págs. 11-38. Hay separatas.

⁽⁴⁸⁾ Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño: «Las generaciones de derechos fundamentales» en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año I, n.º. I, Lima, 1995, págs. 273-287. Originariamente se publicó en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º. 10, Madrid, 1991, págs. 203-217.

época, precisando, el año de 1999 coordiné un colectivo centrado en el pensamiento de Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884), y Pérez Luño siempre solícito participó con el ensayo «Delimitación conceptual del Derecho»⁽⁴⁹⁾. Y todavía está fresca su colaboración, que apareció en el año 2002, con un tema de su especialidad en el *Libro-Homenaje* al recordado maestro del Plata Germán J. Bidart Campos (1927-2004)⁽⁵⁰⁾, con ocasión de sus 70 cumpleaños.

Y ahora, su libro *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*⁽⁵¹⁾ reafirma el valor y la importancia que tiene su pensamiento en nuestro medio. Hacía mucho tiempo que en habla castellana no se publicaba un libro de tal magnitud. Desde que el joven catedrático compostelano Luis Recaséns Siches (1903-1977)⁽⁵²⁾ dio a luz en 1929 –pero terminado de

(49) Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño: «Delimitación conceptual del Derecho» en José F. Palomino Manchego (Director), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Biblioteca Peruana de Ciencia del Derecho, Lima, 1999, págs. 3-44. Este ensayo forma parte del libro ya citado *Teoría del Derecho (Una concepción de la experiencia jurídica)*, págs. 19-26, escrito por Pérez Luño con la colaboración de sus discípulos Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta. El profesor uruguayo Enrique Pedro Haba (Berlín, 1934) también colaboró con algunos ensayos muy valiosos en el libro *Discusión...*, ya citado.

(50) Vid. Antonio-Enrique Pérez Luño: «La universalidad de los derechos. En la 'L' conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas» en José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 405-421. Es menester volver a recordar su ensayo que también se ha publicado en el Perú: «La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia», y cuya ficha bibliográfica se detalla en la nota 28.

(51) Gran parte de los capítulos del presente libro se han publicado a manera de Introducción en el monumental *Diccionario Juristas Universales*, t. IV, ya citado en la nota 45, págs. 23-67.

(52) Nos referimos al libro de su primera juventud rotulado *Direcciones contemporáneas del Pensamiento Jurídico (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1929, y que está dedicado a su maestro el Prof. D. Laureano Diez Canseco. Años más tarde, Recaséns Siches lo amplió incluyendo las producciones más importantes del siglo XX en su libro *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, 2 ts., Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1963.

redactar en 1928— su libro en el que explicaba la «frondosa selva del pensamiento jurídico actual», básicamente centrado en la literatura alemana, no se veía en los círculos académicos universitarios un trabajo sólido, producto de lecturas, bien estructurado, con un lenguaje claro y con una información bibliográfica de primera mano, como el que hoy nos presenta Antonio-Enrique Pérez Luño.

Una ojeada de conjunto nos lleva a decir que se trata de un compendio meticuloso que tiene al frente de la edición peruana una Presentación con la palabra autorizada de Domingo García Belaunde. He aquí su estructura:

- Prólogo (págs. 7-10)
- Presentación a la edición peruana a cargo de Domingo García Belaunde (págs. 11-15)
- *Capítulo I*: Los paradigmas de la Filosofía y la Teoría del Derecho en el siglo XX: modernidad y postmodernidad (págs. 17-26)
- *Capítulo II*: La rebelión contra el formalismo jurídico: doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas (págs. 27-36)
- *Capítulo III*: El iusnaturalismo: versiones e implicaciones (págs. 37-46)
- *Capítulo IV*: El positivismo jurídico y sus modalidades: la Teoría Pura del Derecho y el postpositivismo (págs. 47-59)
- *Capítulo V*: Análisis del lenguaje y teorías de la argumentación en el Derecho (págs. 61-67)
- *Capítulo VI*: El debate sobre la imagen y formación del jurista: las teorías críticas del Derecho (págs. 69-77)
- *Capítulo VII*: Las transformaciones del Derecho Privado: su incidencia doctrinal (págs. 79-89)
- *Capítulo VIII*: Itinerarios del Derecho Público (págs. 91-103)
- *Capítulo IX*: El retorno a los valores jurídicos (págs. 105-110)
- *Capítulo X*: El Derecho en las sociedades multiculturales: comunitarias y liberales; patriotismo nacionalista y patriotismo constitucional (págs. 111-120)
- *Capítulo XI*: Las proyecciones jurídicas del impacto tecnológico en las libertades, el medio ambiente y la bioética: el Derecho en la era de Internet (págs. 121-134)

- *Capítulo XII: La Filosofía y la Teoría del Derecho ante el reto de la globalización* (págs. 135-141)
- *Epílogo: Aproximación a las trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho latinoamericanas* (págs. 143-170)
- *Bibliografía* (págs. 171-216).

Por eso es que recomendamos con suma complacencia la lectura completa de *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, libro maestro que será citado y estudiado por doquier, tal como se viene haciendo con cada uno de los trabajos de Pérez Luño, por parte del lector hispano.

VI. REFLEXIONES FINALES

La relevante personalidad científica y humana de Antonio-Enrique Pérez Luño, formado en lo más recio de las doctrinas italianas y alemanas, tiene desde luego, un sabor extraordinario. Esa inquietud perenne y enjundia para producir su obra serena, con una laboriosidad laudable —nos parece importante ponerlo una vez más de manifiesto— hace que su carrera científica siga manteniendo incólume la coherencia y la sistematización de su pensamiento.

De acuerdo con cuanto hemos señalado, la especialidad jurídica que Pérez Luño ha profesado ininterrumpidamente por más de treinta años, y que sin duda constituye el meollo de su pensamiento, es el Derecho Natural y la Teoría y Filosofía del Derecho. La amplia y prolífica producción bibliográfica que ha publicado —incluyendo los prólogos y presentaciones⁽⁵³⁾— así lo corrobora.

La rica tradición de la Filosofía del Derecho en la Universidad Hispalense (Sevilla), destacando entre sus predecesores a Manuel Giménez Fernández (1896-1968), Felipe González Vicen (1908-1991), Joaquín Ruiz Giménez Cortés (n. 1913)⁽⁵⁴⁾ y Francisco Elías de Tejada (1917-1978), se

⁽⁵³⁾ *Vid.*, en vía de ejemplo, la Presentación esclarecedora de Antonio-Enrique Pérez Luño, M^ª. Magdalena Truyol Wintrich e Isabel Truyol Wintrich al libro del extinto profesor Antonio Truyol y Serra (1913-2003): *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Idealismo y Positivismo*, 3, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2004, págs. XV-XXV.

⁽⁵⁴⁾ Sobre Ruiz-Giménez, *vid.* la semblanza de Antonio-Enrique Pérez Luño: «Humanismo y derechos humanos en la trayectoria del profesor Joaquín Ruiz Giménez» en *Anuario de Derechos Humanos (Nueva Época)*, vol. 2, Madrid, 2001, págs. 857-869.

sigue cumpliendo gracias al esfuerzo intelectual de Pérez Luño, que es de notable mérito intrínseco.

¿Y por qué? La respuesta es muy simple, porque como «profesor de fondo» Pérez Luño representa un arquetipo docente vinculado al mundo universitario del pasado, dispuesto, a toda costa, a seguir consagrando su vida a la labor didáctica e investigadora, siguiendo el ideal universitario orteguiano, con el ademán decidido, severo y fervoroso de quien actúa movido por una ética académica de principios y convicciones⁽⁵⁵⁾.

Pronto tendremos, estamos seguros, una tesis doctoral que se encargue de desarrollar el pensamiento vivo de Pérez Luño. Y como si fuera poco, el mapa actual de la Teoría y de la Filosofía del Derecho en España e Iberoamérica no se puede trazar sin la notoria presencia de Antonio-Enrique Pérez Luño. En puridad, el valor duradero de su obra es innegable, y el tiempo se encargará de ratificar tal aserto, por cuanto se trata de un pensador *politior humanitas* ⁽⁵⁶⁾.

Sevilla, diciembre de 2003.

Lima, agosto de 2006.

Revisado en Jerez de la Frontera (España) enero de 2008.

⁽⁵⁵⁾ *Vid.* Antonio-Enrique Pérez Luño: «La soledad del profesor de fondo» en Revista Sistema, n.º. 158, Madrid, 2000, pág. 115.

⁽⁵⁶⁾ Al cierre de la presente *Bio-bibliografía* llegaron a mis manos dos recientes aportes de Pérez Luño: “El sistema de los derechos fundamentales” en Gregorio Peces-Barba Martínez y Miguel Ángel Ramiro Avilés (Coordinadores), *La Constitución a examen (Un estudio académico 25 años después)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2004, págs. 367-397; y “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del Positivismo Jurídico” en AA.VV., *El Positivismo Jurídico a examen (Estudios en homenaje a José Delgado Pinto)*, Ediciones Universidad, Salamanca, 2006, págs. 637-652. Hay separatas.

Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Jurista Editores E.I.R.L.,
el día 16 de enero de 2008,
con ocasión del nacimiento (16-I-1802) del
jusfilósofo alemán Friedrich Julius Stahl
(+ 10-VIII-1861).



— Universidad —
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas