

**B I B L I O G R A F Í A**

**- 1 9 8 8**

Daniel González Lagier, Juan Antonio Pérez Lledó y Ángeles Ródenas Calatayud (coords.)

---

## **LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA (1988)**

**Esta sección ha sido coordinada por Daniel González Lagier, Juan Antonio Pérez Lledó y Ángeles Ródenas Calatayud. Las reseñas que no aparecen firmadas han sido elaboradas por los propios autores de los artículos o libros objeto de las mismas.**

---

ACKERMAN, Bruce A.

*Del realismo al constructivismo jurídico* (trad. de J. G. López Guix).

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 153 págs.

«Al afirmar que vivimos en un Estado intervencionista -escribe el autor-, pretendo resaltar una característica especial de nuestro comportamiento: una conciencia de que la estructura misma de nuestra sociedad depende de un continuo flujo de decisiones voluntarias realizadas por funcionarios políticamente responsables (...). Es en este contexto de percepción social -un contexto que alcanzó su realidad histórica durante la administración de Franklin Roosevelt- donde pretendo situar la evolución de la cultura legal (...). El crecimiento del Estado intervencionista no sólo ha forzado a los juristas a razonar sobre nuevos modelos objetivos, sino que también los está conduciendo a revisar el mismo modelo de un «fundamento de hecho» profesionalmente competente. La profesión no sólo se ha visto obligada a reconocer la legitimidad de nuevos valores; los juristas están también empezando a concebir de modo novedoso la misma controversia sobre los valores (...). En realidad, lo que estamos presenciando es el nacimiento de una forma diferente de discurso jurídico: una retórica profesionalmente estabilizada que un número cada vez mayor de abogados estará obligado a dominar si espera traducir los agravios de sus clientes a un lenguaje que aquellos que detentan el poder han de encontrar convincente, un nuevo lenguaje de poder basado en un conjunto diferenciado de actitudes hacia el hecho y el valor que llamaré «constructivismo legal» (...). Por ello, mi primera tarea será inducirles a suspender la incredulidad naturalmente provocada por mi tesis y explicar por qué nuestra generación ha sido puesta a prueba por la historia para que se comprometa en un raro acto de creación colectiva: construir un nuevo lenguaje de poder que satisfaga las aspiraciones de nuestros ciudadanos. Para ello, será necesario que empecemos mirando hacia atrás, hacia los esfuerzos de una generación anterior de juristas por comprender el New Deal y sus consecuencias (...). Por tanto, el capítulo 2 presenta una reinterpretación del movimiento jurisprudencial que alcanzó su punto culminante con el New Deal: el realismo jurídico. Durante la década de los treinta, los realistas se presentaron a sí mismos (y fueron considerados de modo general) como los *enfants terribles* de la profesión, dedicados a desenmascarar con efecto apreciados mitos legales (...). A medio siglo de distancia, el realismo se nos presenta como un movimiento de lo más conservador y en absoluto tan radicalmente iconoclasta (...). En lugar de transformar el discurso jurídico tradicional (...), en vez de impulsar a los juristas a enfrentarse a los claros retos planteados por el surgimiento de un Estado intervencionista, el realismo permitió que la profesión los eludiera con buena conciencia.»

«El capítulo 3 pretende precisamente hacer hincapié en estas evasivas, trasladándose de la reflexión histórica a una forma de análisis más conceptual. Mi propósito es explorar, en términos generales, el modo en que la legitimidad de un Estado intervencionista remodela de modo fundamental el lenguaje familiar de la agenda del jurista y obliga a la profesión a plantear nuevas preguntas de un modo también nuevo dentro de un marco institucional cambiante. Sólo entonces estaremos en posición de entender cómo las formas nacientes de constructivismo desestabilizan la adaptación realista al New Deal y permiten una comprensión más profunda del mundo legal intervencionista en el que nos encontramos. El capítulo 4 describe el modo en que el nuevo discurso jurídico redefine la noción

misma de un «fundamento de hecho» competente. El capítulo 5 trata de las perplejidades generadas por la nueva forma de discusión sobre el valor legal. El ensayo finaliza con algunas visiones del futuro debate jurídico.»

(Josep Aguiló Regla)

-----

---

ALARCÓN CABRERA, Carlos.

*El Derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger.*

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 225-242.

Este artículo se estructura en cinco apartados. En el primero de ellos (*Concepto de interdependencia y causas de aparición de los ordenamientos sociales*) se analiza la relación que según Geiger existe entre la noción de sociedad humana y el hecho de que, en su existencia, los hombres «se adaptan unos a otros jerárquicamente y dependen unos de otros (...). La tarea de la sociología no es, por tanto, para Geiger, estudiar el porqué de la naturaleza social del hombre, sino partir de ese hecho para comprender el origen de los ordenamientos sociales».

En efecto, en la vida en comunidad se suceden las acciones sociales y las reacciones sociales. «Ante ello, el individuo programa su conducta según piense que le responderán los demás, creando modelos de conducta. El conjunto de las implicaciones recíprocas entre los individuos que se producen como consecuencia de los modelos de conducta conforman, para Geiger, la coordinación de la conducta, que es la base del ordenamiento social. El ordenamiento y la forma de vida social en la que dicho ordenamiento posee vigencia se condicionan entre sí y nacen simultáneamente (...).»

En el segundo apartado (*Significado y caracteres de un ordenamiento social*) el autor se centra en dos principios que, a juicio de Geiger, son definitorios de los ordenamientos sociales: el principio de no identidad de las conductas y el principio de no regularidad de las acciones. Respecto del primero señala que la concurrencia en los ordenamientos sociales de la relación constante entre una serie de relaciones y los correlativos modelos de conducta «conlleva que todo individuo perteneciente a un grupo espere determinadas conductas de los demás. Pero esta expectativa no significa que el comportamiento de todos los individuos sea siempre idéntico ante las mismas situaciones (...). Ahora bien, para que el hecho del desigual comportamiento no contradiga el ordenamiento social, éste debe haber regulado cuando existe una diferencial entre las personas, cuando es relevante una diferencia (...).»

El principio de no regularidad de las acciones implica que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes de la naturaleza, en las normas sociales no siempre una determinada situación se relaciona con su correlativo modelo de conducta, por que, si una conducta que se introduce como modelo a seguir fuera regularmente seguida ante una determinada situación, no haría falta ordenarla.

En el tercer apartado (*Significado de la norma de un ordenamiento social; la noción de vinculatoriedad u obligatoriedad*) el autor sostiene que «frente a las teorías sociológicas del derecho, que, críticas con la representación del ordenamiento social como sistema de normas, se centran en la realidad social y en el ordenamiento considerado en su totalidad, Geiger propone una vuelta atrás para recoger y readaptar el concepto de norma, de forma que ésta se asuma como una realidad por sí misma y no como simple integrante del mecanismo global del ordenamiento social (...).»

En el cuarto apartado (*El Derecho y los demás ordenamientos sociales*) se exponen las diferencias, nunca nítidas, entre el ordenamiento jurídico y los demás ordenamientos sociales, haciendo hincapié, fundamentalmente, en que en el primero existe un aparato especial y unos órganos propios que lo respaldan.

Finalmente, en el último apartado (*Conclusiones*), se mencionan las principales consecuencias que se

deducen de la diferencia cualitativa que, según Geiger, distingue al derecho de los ordenamientos sociales, para finalmente tratar de extraer algunas conclusiones generales.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

-----

---

ALCHOURRÓN, E., y MARTINO, A.

*Lógica sin verdad.*

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, 1987-1988, págs. 7-43.

«Si la implicación lógica tiene lugar entre enunciados verdaderos o falsos y los directivos no tienen valores de verdad habrá que concluir que una lógica de normas no es posible. Por lo tanto, o las relaciones lógicas se dan entre enunciados susceptibles de verdad o falsedad y entonces no existe una lógica normativa o las relaciones lógicas se aplican también a las normas, pero entonces la lógica no se ocupa sólo de inferencias entre enunciados verdaderos o falsos.» Partiendo de este dilema -que es conocido como el dilema de Jorgensen- los autores analizan las diversas alternativas para la solución del mismo. Estas son las siguientes: *a)* aquellas posturas que sostienen la validez del primer cuerno del dilema y, por tanto, niegan que sea posible una lógica de las normas; *b)* las posturas que aceptan que las normas no tienen valor de verdad o falsedad pero, o bien sus relaciones lógicas pueden ser explicadas por medio de proposiciones normativas que describen normas, o bien son susceptibles de otro tipo de valores, distintos de la verdad o falsedad, pero también incompatibles entre sí y necesariamente adscribibles a cada norma (estos valores serían de validez e invalidez, según la posición más extendida); *c)* las posturas que reconociendo la condición a-lógica de las normas pretenden reconstruir su racionalidad y los comportamientos deónticos adecuados a partir de la racionalidad del legislador; *d)* la postura que niega la afirmación según la cual las normas no son susceptibles de verdad o falsedad (es decir, no aceptan la validez del primer cuerno del dilema); para estos autores (como son los cognocitivistas éticos) las normas son verdaderas o falsas porque describen hechos normativos particulares, como tener un deber; y *e)* la postura de quienes pretenden desarrollar la teoría semántica de los mundos posibles «para explicar en qué mundos las normas pueden decirse verdaderas o falsas, en el sentido específico en que se habla de verdad o falsedad con respecto a un mundo». A continuación, los autores proponen una nueva solución al dilema. Para ellos la tradición de la lógica ligada a las condiciones de verdad no agota la noción de lógica. La solución consistiría, entonces, en sostener «que las normas tienen una lógica y que para caracterizarla no es necesario apoyarse en las nociones de verdad y falsedad», sino que «basta con partir de una noción abstracta de consecuencia» y definir las nociones semántica y sintáctica a partir de ella, en lugar de definir la noción sintáctica de consecuencia partiendo de la noción semántica.

Para los autores la noción abstracta de consecuencia -que toman de Tarski- puede definirse como «una operación que se hace sobre conjuntos de enunciados en un lenguaje cualquiera sea éste, y que da como resultado un conjunto de enunciados del lenguaje».

A partir de aquí se pueden definir los operadores lógicos «del mismo modo como se puede dar sentido a los enunciados, simplemente dando las reglas para su uso» en el contexto en el que se los quiera introducir (lo que equivale a dar las reglas para introducir y eliminar las proposiciones en las que figuran esos signos lógicos).

Una vez superado de esta forma el dilema «la lógica no se refiere, exclusivamente, a las proposiciones que son verdaderas o falsas, sino a todas aquéllas de las cuales se consigue dar reglas precisas sobre el uso dentro de un contexto», por lo que queda abierto el campo para la lógica deóntica y otras

«expresiones que desde Aristóteles habían sido colocadas fuera» de ella.

(Daniel González Lagier)

-----

---

ALEXY, Robert.

*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 139-151.

Este artículo parte de la pregunta: «¿Existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta?» Como es sabido la respuesta de Dworkin es afirmativa, al contraponer al modelo de sistema jurídico compuesto por reglas propio del positivismo jurídico un modelo que incluye tanto reglas como principios; éstos, según Dworkin, permiten la existencia de una respuesta correcta aun en aquellos casos en los que no es proporcionada por las reglas.

El artículo se divide en dos partes: «El objeto de la primera parte es la teoría de los principios. Se tratará de mostrar que los criterios de Dworkin para la distinción entre reglas y principios afectan, ciertamente, a puntos importantes, pero no al núcleo. Si se los analiza a fondo, queda claro que una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, lo que, sin embargo, no hace que disminuya su importancia para la filosofía jurídica, la metodología jurídica y la dogmática jurídica. En la segunda parte pretendo captar los déficit de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica. La unión de ambas teorías constituye la base de una teoría del Derecho en la que rige una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta.»

Para el autor el núcleo de la diferencia entre reglas y principios radica en que mientras los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible y que, por tanto, pueden ser cumplidas en diversos grados, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, en un grado determinado. Para que se cumpla la tesis de la única respuesta correcta debería establecerse un orden estricto entre los principios, es decir, un orden que expresara una escala de prioridades. Sin embargo, «el programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado». No obstante, cabe establecer un orden débil que considere los siguientes elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad bajo las que un principio prevalece sobre otro, condiciones que pueden establecerse con ocasión de las decisiones para casos concretos; 2) un sistema de estructuras de ponderación, como los principios de adecuación y necesidad y la siguiente «ley de ponderación»: «cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro», y 3) un sistema de prioridades *prima facie*.

Pero con un orden débil tampoco cabe afirmar la tesis de la única respuesta correcta. Para ello, opina el autor, hay que tener en cuenta que un modelo adecuado de sistema jurídico debe incluir, además de reglas y principios, «una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada». Una teoría de la argumentación jurídica conduce a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente juicios morales, debido a que los principios exhiben un contenido moral. A través de una teoría del discurso práctico racional podría llegarse a afirmar la existencia de una única respuesta correcta para cada caso, pero sólo, según el autor, dadas ciertas condiciones ideales. Por ello, la tesis de la única respuesta correcta es una idea

regulativa que «presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta».

(Daniel González Lagier)

-----

---

ÁLVAREZ, Norberto.

*De la necesidad de aceptación social al sentimiento de justicia: un intento de explicación psico-sociológica de los valores.*

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 427-439.

En este artículo se ofrece una perspectiva de la justicia distinta de la de aquéllos que la consideran «como algo objetivo, como captable por la razón y, en consecuencia, nunca reducible a una mera sensación psicológica». En palabras del autor: «El problema que yo plantearía inicialmente es el de si la justicia, que se nos presenta como valor dotado de objetividad y existencia autónoma está en realidad dotado de objetividad y existencia independiente del sujeto que lo aprecia, o queda, por el contrario, reducido a una sensación del sujeto. Si esto fuera así, no sólo la justicia, sino también, y antes, la dignidad humana, como precedente lógico que es de la misma quedarían reducidas a una sensación con pretensiones de realidad. Es decir, no una mera sensación de la que se sabe su mera existencia mental, semejante al caso del número, sino una sensación, como tal psicológica, pero que se siente como reflejo de la realidad exterior.»

En este sentido el autor sostiene que «la captación de la justicia no consiste, pues, en una apreciación racional, ni intelectual, ni en una intuición sentimental, que, aunque por medio del sentimiento, descubre algo -el valor- objetivamente existente. Según la postura aquí defendida -continúa-, la justicia, como los demás valores, son siempre una sensación de agrado (no cualquier sensación de agrado es un valor) recibida por el sujeto. Y en el caso de la justicia tiene, entre otros motivos, la consideración de que la práctica de tales conductas (tenidas como justas) motiva la aceptación social.» De esta forma, la justicia «queda reducida a un sentimiento» que se caracteriza por resultar una sensación agradable referida a una conducta y derivada «de pensar que la conducta justa motiva la aceptación social». Además se requiere, según el autor, que «se capte también un valor en los sujetos sociales», es decir, que se tenga aprecio por el grupo social en el que se produce la aceptación. Este aprecio «puede consistir en mera consideración social o puede constituir una manifestación de amor». A continuación el autor intenta delimitar el ámbito de la moralidad y el de la justicia, admitiendo que ésta se enmarca en aquélla. Como notas centrales de la conducta moral establece las siguientes: *a)* su carácter altruista; *b)* «que los sujetos favorecidos por la conducta sean aquellos que, de alguna manera, la sociedad valora o quiere», y *c)* «la idea de cumplimiento moral se piensa como conducta que vence tendencias contrarias a ella». Pero para que una conducta moral sea también justa, además de estas notas, ha de darse la nota de exigibilidad -es decir, «que la conducta merecida pueda ser pretendida por el beneficiario de la misma»-, «en un sentido no sólo actual, sino también potencial».

(Daniel González Lagier)

---

---

ÁLVAREZ, Norberto.

*Derecho y moral: anotaciones críticas al criterio de diferenciación.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 411-422.

«Este será el objetivo principal de nuestro estudio -dice el autor-: saber por qué debe existir Moral frente a Derecho; y unido a esto acercarnos, si bien superficialmente, a lo que deben ser los contenidos de tales normativas.»

En primer lugar, el autor repasa algunos puntos que considera más conflictivos de la «caracterización Moral- Derecho» y hace notar «cómo incluso la concepción positivista del Derecho defiende la vinculación del concepto del mismo a la ley moral, aunque llamándola «norma fundamental» y concediéndole, como se ve, el carácter de hipotética». Como criterio de identificación entre moral y Derecho el autor propone en este artículo el siguiente: «el Derecho busca la paz social, un orden de convivencia en el cual sea posible la realización personal; la moral busca el perfeccionamiento ético del propio individuo». Entre uno y otro ordenamiento, así diferenciado, puede darse un «continuo paso de normas», que puede explicarse dada la variabilidad de la escala de valores vigentes. «A mayor valoración de la libertad personal -entendida como «libertad de» y, en consecuencia, como conducta no dirigida por el Estado- más amplio será el margen de moralidad.» Tras realizar esta «justificación de las normativas Derecho-Moral desde perspectivas axiológico-objetivas» el autor sostiene que «la aparición y evolución de la normativa moral frente a la jurídica tiene una explicación puramente sociológica, unido al hecho (...) de que los valores éticos están constituidos por sentimientos agradables, en tanto y en cuanto, por medio de las conductas a las que están referidos (conductas valiosas), nos sentimos aceptados por la sociedad».

(Daniel González Lagier)

---

Ed. Laboratorio de Sociología Jurídica, San Sebastián, núm. 0, 1988, 114 págs.

La Introducción del Anuario recoge los siguientes apartados: I. Creación del Laboratorio de Sociología Jurídica en San Sebastián. II. Actividades docentes. III. Investigaciones empíricas. IV. Cursos monográficos. V. Participación en congresos internacionales. VI. Publicaciones del laboratorio. VII. Organización de jornadas y simposios. VIII. Personal del laboratorio. IX. Financiación.

ESTUDIOS:

1. Aproximación sociológica a la aplicación de la justicia en el País Vasco. Sumario: 1. Objeto de la investigación y cuestiones del Estado. 1.1 Obtención de datos y evaluación por el Instituto Vasco de Criminología (IVAC). 1.2. Marco de referencia teórica para el análisis secundario de datos referentes a los procesos crimino lógicos. 2. Instituciones de control social formal. 2.1. Justicia. 2.1.1. Competencias de los Juzgados. 2.1.2. Mayoría de edad penal. 2.1.3. Análisis de la justicia española. 2.2. Policía. 2.2. 1. Análisis de términos. 2.2.2. Relación de los vascos con la policía. 3. Análisis empírico de las sentencias en materia penal. 3.1. Evaluación de los datos. 3.2. Estructuración por «delinquentes» y «delitos». 3.3. Relevancia social de la criminalidad enjuiciada. 3.4. Puntos de referencia para una explicación alternativa del resultado y de las consecuencias del control social formal. 3.5. Análisis esquemático de la «delincuencia juvenil». 3.6. Prisión preventiva. 3.7. Penas privativas de libertad. 4. Problemas de la representación oficial de la delincuencia derivada de las condiciones socioeconómicas e institucionales del control social en Euskadi. 2. Desde las cofradías de pescadores vascos. ¿Un ordenamiento alternativo? Sumario: Preliminares. -Introducción. -Origen histórico y características de las cofradías. A) Origen histórico. B) Características actuales. Estructura del sector. -Comisiones y criterios de resolución. -Ubicación geográfica del sector. -Aproximación sociológica. -Procedimientos alternativos. 1. Clases de conflictos. 2. Cantidad de conflictos. 3. Cantidad del uso del conflicto. 4. Cualificación de las personas o institución que interviene. 5. Su orientación normativa. 6. Procedimiento de resolución del conflicto. I.A). Conflictos. I.B). Órganos de resolución. I.C). Sanciones. 2. Rotura de redes. 2.A). Conflictos. 2.B). Órganos de resolución. 2.C). Decisiones de la comisión y sanciones. 3. Artes y zonas de pesca. 3.A). Conflictos. 3.B). Órganos de resolución. 3.C). Sanciones. 7. Éxito de la intervención. 8. Efecto generalizador. Jurisdicción e instancias jurisdiccionales o que han desempeñado esta función. La pesca, los arrantzales y sus cofradías: su regulación jurídica.- El informe COMINMAR.- Aproximación a una valoración del sistema.- Los arrantzales y su autonomía.- Intereses de los armadores.- Intereses de los tripulantes. 3. Sobre la función de los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias. Sumario: I. Los procedimientos judiciales como instrumento de equiparación social. 2. El procedimiento judicial como justicia de clase. 3. El procedimiento judicial como mitificación. 4. El procedimiento judicial como mecanismo de eliminación de protestas. 5. El procedimiento judicial como instrumento de regulación central.

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Reflexiones acerca de la obra: «Sociología de las innovaciones jurídicas.» Sumario: A) La creación de nuevas formas de empleo. Introducción. a) El desempleo laboral. b) Nuevas formas de creación de empleo: concepto, características y causas. c) Organismo de asesoramiento y financiación.

Resumen-conclusión. *B)* Las nuevas formas de resolución de conflictos matrimoniales. Introducción.  
*a)* La conciliación concepto, origen y requisitos. *b)* Ventajas de la conciliación. *c)* Experiencia en  
Alemania. Resumen-conclusión.

---

---

AÑÓN, M. J.; BEA, E.; LÓPEZ, C.; DE LUCAS, J.; y VIDAL, E.

*Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales).*

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 155-193.

«Nuestro trabajo -dicen los autores- pretende ofrecer una modesta muestra de cómo el objetivo prioritario para la Sociología del Derecho -la comprensión de las condiciones bajo las que se desarrolla el trabajo del jurista- es una condición previa para el conocimiento y la crítica - por ende, para la pregunta acerca de la justificación- de la función judicial hoy, lo que constituye tarea irrenunciable del filósofo del Derecho.»

El artículo se compone de los siguientes apartados:

I. Sociología judicial y estudios sobre asociacionismo. Antecedentes.- I.1. Introducción.- 1.2. *La sociología judicial y los estudios sobre asociacionismo en Italia. Treves.*- 1.3. *Sociología de la magistratura: un problema por estudiar en España.*

II. El asociacionismo judicial en España, hoy.- II.1. *Antecedentes: de justicia democrática a las asociaciones actuales.*- II.2. *La evolución desde 1987.*- II.3. *El papel del Consejo General del Poder Judicial en relación con las asociaciones judiciales.*

III. Asociacionismo en el ámbito fiscal.- III.1. *La peculiaridad del ámbito fiscal.*- III.2. *El desarrollo de las asociaciones de fiscales en España. Una introducción.*

(Daniel González Lagier)

---

---

ATIENZA, Manuel.

*L'analogie en droit.*

Revue Interdisciplinaire d'études juridiques, Bruselas, núm. 21, 1988, págs. 33-56.

Este artículo parte de la constatación de que «la noción de analogía es de difícil o de imposible definición, en cuanto que no existe un concepto de analogía, sino una pluralidad de conceptos o, más exactamente, una «familia de conceptos». Todos ellos parecen tener en común un cierto «aire de familia» y parecen compartir, al menos, un mismo rasgo: la idea de semejanza o similitud». En este sentido, el autor distingue tres nociones de analogía: *a*) como relación de semejanza, esto es, como atributo que se predica de ciertos términos que no son ni unívocos ni equívocos (la analogía de atribución de los escolásticos); *b*) como proporción, es decir, como semejanza de relaciones; y *c*) como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular. El objeto central de este trabajo lo constituye el razonamiento por analogía (noción *c*) que entra en juego en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, refiriéndose sólo de pasada al papel que este argumento desempeña en la creación legislativa o en la descripción y explicación del Derecho (en la Ciencia del Derecho). Para ello, el autor analiza una serie de concepciones (las «más características del último medio siglo») sobre el razonamiento jurídico por analogía, como son las de Bobbio, Klug, Alchourrón, Alexy, Perelman y la elaborada por Reisinger utilizando la teoría de los subconjuntos borrosos.

Finalmente, el autor incluye quince conclusiones relativas, no a los autores analizados, sino al tema objeto de estudio. Entre estas conclusiones pueden destacarse las siguientes: 4.<sup>a</sup> el razonamiento por analogía no tiene una naturaleza estrictamente lógica, pues en ella entra siempre un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de lógica formal general, deóntica, inductiva, de probabilidad o de lo borroso; 6.<sup>a</sup> la analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura; 8.<sup>a</sup> el uso de la analogía implica creación o innovación del Derecho, pero la analogía no es fuente del Derecho; lo que aquí puede considerarse fuente es la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico; 9.<sup>a</sup> el recurso a la analogía no supone necesariamente la existencia de una laguna, y 14.<sup>a</sup> no es posible establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento, es decir, presupone la creación o el reconocimiento de un principio general.

(Daniel González Lagier)

---

ATIENZA, Manuel.

*Teoría y técnica de la legislación.*

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, 1987-1988, págs. 435-447.

«Los estudios de la legislación -opina el autor- parecen enfrentarse, en esta fase incipiente de su desarrollo, con tres tipos de problemas distintos, a los que debe hacerse frente de una u otra forma. El primero es el de buscar una unidad o, al menos, una cierta articulación entre saberes tan heterogéneos como los aquí implica dos, evitando la apelación a esquemas vagamente interdisciplinarios. El segundo es el de definir el estatuto epistemológico de este tipo de estudios precisando, quizá, la distinción entre *técnica* y *teoría*. Y el tercero es el de evitar el uso de ambas como *ideologías* destinadas no a *superar* la crisis, sino a enmascararla; me parece que una actitud de este tipo es la que asumen quienes pretenden que la crisis actual del Derecho, la *crisis de la legislación*, es una crisis “de crecimiento” que se corrige simplemente *mejorando la calidad técnica de las leyes*.» El autor propone, para hacer frente a este triple desafío, partir de la idea de *racionalidad* o *racionalización*. En este sentido distingue «cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad: una *racionalidad comunicativa* o *lingüística* (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una *racionalidad jurisdiccional* (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico una *racionalidad pragmática* (R3), pues la conducta de los destinatarios tendrá que adecuarse a lo prescrito en la ley; una *racionalidad ética* (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética». A continuación el autor desarrolla un breve análisis de tipo interno de cada uno de estos niveles, llegando a las siguientes conclusiones:

a) En el nivel R1 «cabe decir que una ley es *irracional* (o, no racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación». Incrementar la racionalidad en este nivel requiere (da utilización de conocimientos procedentes de la lingüística, la lógica, la informática o la psicología).

b) En el nivel R2 «puede decirse que la ley es irracional si y en la medida en que la misma contribuye a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico». Incrementar la racionalidad en este nivel supone mejorar lo que usualmente se llama «técnica legislativa», lo que debe hacerse adecuando los conocimientos de la dogmática jurídica al contexto de producción de las leyes y ampliándolos con un amplio uso del Derecho comparado de la teoría general del Derecho (...) o de la lógica jurídica.

c) En el nivel de la racionalidad pragmática (R3) «si y en la medida en que fracasa como directiva, esto es, en su propósito de influir en el comportamiento humano (...). Las técnicas para reducir la irracionalidad en el nivel R3 tendrán que provenir de disciplinas como la ciencia política, la psicología y, sobre todo, la sociología».

d) «En el nivel R4, cabe decir que una ley es irracional si y en la medida en que no produzca efectos o produzca efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables. Para evitar estas situaciones habrá que acudir a la sociología de la organización, al análisis económico del Derecho, a las teorías de la implementación.»

e) Por último, «en el nivel RS, una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque la

haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescribe comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos. En el estudio de los problemas de la racionalidad ética, el papel rector debe cumplirlo la filosofía del Derecho, de la moral y de la política, pero existen muchas otras disciplinas (por ejemplo, la sociología) que juegan aquí un papel auxiliar, aunque imprescindible.»

(Daniel González Lagier)

---

---

ATIENZA, Manuel. *Discutamos sobre paternalismo*.

GARZÓN VALES, Ernesto: *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*.

DIETERLEN, Paulette: *Respuesta a M. Atienza*.

CAMPS, Victoria: *Sigamos discutiendo*.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 203-225.

En estos artículos se recoge una polémica acerca del concepto y la justificación del paternalismo que comienza con el texto de M. Atienza, en el que este autor hace algunas consideraciones en relación con los artículos sobre el mismo tema de Ernesto Garzón Valdés (*¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*), Paulette Dieterlen (*Paternalismo y Estado de Bienestar*) y Victoria Camps (*Paternalismo y bien común*), publicados también en el número 5 de Doxa.

Atienza propone una definición de paternalismo «que incluya (por tanto, no que coincida exactamente) con las sugeridas, explícita o implícitamente por los tres» (...): «Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): *a*) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y *b*) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma).»

Esta definición de paternalismo, a su vez, «sugiere la siguiente definición de paternalismo justificado éticamente: Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si: *a*) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o de una colectividad; *b*) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica -transitoria o no-, y *c*) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en *b*) y por tanto, conocieran cuál es realmente su bien». En definitiva, la concepción de este autor sobre el concepto y la justificación del paternalismo «consiste en combinar una definición amplia -lo más amplia posible- de paternalismo, con un criterio estricto -lo más estricto posible- de justificación ética de acciones o normas paternalistas».

Garzón Valdés objeta a la propuesta de definición común que realiza Atienza el que se haga referencia en ella a la obtención de un bien-él habla de evitar un daño- y considera, además, respecto al concepto de consenso racional (que Atienza entiende que no ha sido suficientemente tomado en cuenta por los otros tres autores como criterio para la determinación de cuáles son los bienes primarios y quienes son los incompetentes básicos), que este concepto se encuentra reflejado en algunos casos de incompetencia básica citados en su artículo y, por tanto, ha sido tenido en cuenta.

Paulette Dieterlen centra su réplica en la aclaración de la ambivalencia que Atienza le objetaba -al igual que a Victoria Camps- en la distinción entre buen y mal paternalismo, en «el problema de las preferencias» (Atienza opina, en contra de ella, que hay casos de paternalismo en los que no se consideran las preferencias de una persona) y en la cuestión de la pluralidad de criterios para justificar una acción paternalista. Para Atienza esto suponía actuar de manera oportunista en el terreno de la ética, mientras que esta autora prefiere hablar de «justificación pragmática».

Victoria Camps, por último, centra su respuesta, por un lado, en la definición de paternalismo en términos de libertad negativa y positiva, que considera válida para «los ejemplos que hablan de personas sanas, fuertes, normales, o con capacidad para llegar a serlo», y, por otro, en su opinión de que «no es posible dar un criterio seguro a partir del cual sea fácil decidir no sólo cuáles son los bienes básicos indiscutibles, sino las prioridades que debe haber en ellos y la forma en que deben ser administrados» y de que habrá que partir de los bienes primarios que señalan las teorías éticas contemporáneas y de los derechos fundamentales.

(Daniel González Lagier)

---

---

BARATTA, Alessandro.

*La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 275-295.

El Derecho, en cuanto que es el resultado de una producción consistente en la reelaboración de la realidad y del significado social de la acción (es, en este sentido, una «construcción de segundo grado»), se encuentra en una relación de abstracción respecto de lo real que pone de manifiesto la existencia de una distancia entre lo abstracto y lo concreto.

En el proceso penal esta distancia se hace más evidente porque constituye un «laboratorio de transformación teatral» en el que se transcriben las situaciones conflictivas concretas a puestas en escena preordenadas y los actores comprometidos a roles estandarizados. Igualmente, la imputabilidad y la culpabilidad son meros juicios «atributivos» -no descriptivos- que se hacen derivar no de hechos, sino de tipos de hecho (figuras delictivas). Por otra parte, señala el autor, «no se ve cómo la culpabilidad, de la que no es posible medir objetivamente su grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado en relación con formas subjetivas, intuitivas y presuntivas de determinación de ella».

De este modo, entre la investigación extraprocesal de la verdad y la averiguación de la verdad procesal se abre un abismo motivado por la trasposición de las variables, situación y comportamiento individual en la función que opera en la realidad -comportamiento individual =  $f$ (situación) - y que se toma como referente -inverso- en el Derecho -situación =  $f$ (comportamiento individual). Así, en el proceso penal «los conflictos no pueden ser arreglados o resueltos, sino únicamente reprimidos». Pero la técnica del proceso como representación debe ser mantenida porque resulta indispensable para la limitación de la responsabilidad penal. Ahora bien, para proporcionar una respuesta preventiva y retributiva -no represiva-, la interpretación se ha de centrar sobre el contexto, no sobre el acto. Para ello se propone la adopción de una actitud de conciencia, por parte de los juristas, acerca de la distancia que separa el aparato jurídico de la realidad («opción crítica», no ideológica). Se trata de la participación de los actores y del público en la obra de reforma de los mecanismos de la justicia; se trata de la ironía («vivir viéndose vivir») y para alcanzarla, la escuela que se propone no es nueva: la historia, la ciencia social y la sabiduría popular existen ya y pueden traer consigo la transformación en el teatro de la crítica de la realidad, en un lugar de emancipación.

(Antonio Doval)

---

---

BARRAGÁN, Julia.

*A propósito de «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos», de Ernesto Garzón Valdés.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 331-335.

Este texto recoge unos apuntes sobre el trabajo de Ernesto Garzón Valdés «El concepto de estabilidad en los sistemas políticos» (hay reseña en la sección bibliográfica de Doxa, núm. 5, 1988). «En el tema de las relaciones entre la legitimidad y la estabilidad -dice la autora-, los filósofos contemporáneos han asumido dos posiciones: un grupo piensa que estos conceptos están estrechamente asociados, al punto que resulta casi imposible establecer diferencias claras entre ellos. Otro grupo, postula la necesidad de una clasificación rígida y exacta, que distinga, definitivamente, entre uno y otro.» Garzón Valdés, por su parte, en opinión de la autora, «inaugura una posición diferente de ambas corrientes: mientras sostiene la tesis de que la legitimidad no es una condición suficiente, ni necesaria para la estabilidad, acepta, de cara a la realidad política de nuestro tiempo, las dificultades instrumentales y las ambigüedades que conlleva la empresa de diferenciarlas analíticamente».

El trabajo de Garzón Valdés se apoya en la tesis de la independencia entre legitimidad y estabilidad. La estabilidad se configura como una propiedad previsible; ahora bien, la autora considera que Garzón Valdés minusvalora la importancia de la legitimidad para la predicción de la estabilidad de un sistema. Si la legitimidad es un elemento a tener en cuenta para esta predicción (lo que se desprende de que una circunstancia a tener en cuenta para ella sea la capacidad de rendimiento del gobierno a fin de no frustrar las expectativas, ya que «tanto las expectativas como la capacidad de rendimiento del gobierno están animadas de un valor ético», lo que las introduce en la esfera de legitimidad) «algún vínculo tiene que ligar a la legitimidad, o a su falta, con la estabilidad, ya que no hay predicción posible entre condiciones totalmente independientes».

Por último, la autora considera que cabría definir una nueva relación entre legitimidad y estabilidad, la de «formar parte de la función predictora de», y observar que, «bajo ciertas circunstancias, la legitimidad tiene una presencia mayor en la función de predicción de la estabilidad, mientras que otras veces prácticamente desaparece».

(Daniel González Lagier)

---

---

BARRAGÁN. Julia.

*El control automatizado de la coherencia de los sistemas de normas.*

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, octubre 1987-septiembre 1988, págs. 515-526.

Partiendo -en primer lugar- de que toda decisión racional, a la vez que se apoya en la información proporcionada por los datos, sirve para incrementar el contenido informativo de los mismos y -en segundo lugar de que el sistema de normas constituye el dato fundamental en el proceso de toma de decisiones jurídicas, la autora se ocupa en este artículo de los medios de control y mejora de la coherencia de los sistemas normativos, dado que ésta es una de las características necesarias para «una improblemática derivación de consecuencias». En opinión de la autora «para hacer uso de los métodos más eficaces en el logro de estos propósitos, es necesario asumir una actitud realista que permita la correcta caracterización del problema y de las dificultades que el mismo entraña».

«Una primera dificultad -continúa- surge del hecho de que cualquier recorrido que quiera hacerse por las redes del sistema de normas, especialmente teniendo en cuenta la temporalidad de las leyes, supone árboles de un volumen y complejidad tal, que no es posible manejar bajo las actuales condiciones de la técnica. Esto lleva a restringir el universo mediante procedimientos de reducción que permitan trabajar con órdenes parciales. Las estrategias metodológicas más aptas para atacar esta dificultad son las que se apoyan en la crítica racional con base en la intuición jurídica estructurada con categorías lógico-jurídicas, y tienden a producir una selección y ordenamiento desde el plano de los requerimientos reales de un decisor jurídico.»

Otra cuestión a tener en cuenta es que «la naturaleza del problema de detectar inconsistencias reclama prevalentemente de métodos que se apoyan en el aprovechamiento de los medios automatizados». La selección de los más adecuados habrá de hacerse teniendo en cuenta «el carácter blando del orden en el sistema de normas, y en consecuencia, la forma no secuencial de las soluciones posibles» (en opinión de la autora, los juristas entienden «orden» no en un sentido estricto que implica plenamente las propiedades de asimetría, transitividad y conexión, sino en un sentido más débil «en el que sólo la asimetría y la reflexividad se encuentran preservadas»).

Una vez que la inconsistencia ha sido «descubierta» es necesario «decidir el grado de relevancia que la misma tiene para el sistema, y luego decidir qué se hace con tal inconsistencia». «En este punto -afirma la autora- se convierte a las relaciones del sistema en un lenguaje objeto, y a la propiedad de inconsistencia del sistema en un asunto acerca del cual se propondrá una tesis. Esta tesis acerca de la propiedad del sistema es metasistemática y sólo puede ser expresada en un lenguaje acerca del lenguaje objeto. No hay dudas que ese lenguaje estará muy cerca de la intuición de juristas y lógicos del Derecho.»

La autora concluye afirmando que «los procesos automatizados de control de coherencia de un sistema de normas se inhiben como un importante recurso para facilitar las decisiones jurídicas y servir de apoyo a la creación legislativa. Sin embargo, su real y eficaz implementación requiere de importantes esfuerzos teóricos y organizativos que sólo son viables si se produce la interacción creativa de los planos que se han señalado».

(Daniel González Lagier)

-----

---

BEA, Emilia; LÓPEZ TERRADA, Carmen; LUCAS, Javier De; y VIDAL, Ernest.

*El asociacionismo judicial en España. Notas para un trabajo de sociología de los jueces.*

«Sociología del diritto.» Milán, núm. 2, 1988, págs. 89-103.

La primera parte de este artículo ofrece una breve aproximación histórica al movimiento asociativo en la administración de Justicia española, distinguiendo cuatro etapas:

1. *Hasta la Constitución de 1978*, Justicia Democrática es la única organización que, desde 1970, actúa en la clandestinidad «como reacción al conformismo, a la discriminación y a la fuerte jerarquización que dominan la vida de la administración de Justicia, pero también y, sobre todo, frente a la realidad política española». La vía sindical promovida por esta asociación se ve truncada con su prohibición expresa en la Constitución.

2. *La gestación de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM)*. Durante 1979, los sectores conservadores de la judicatura diseñan una asociación estatal en la que predomina la orientación «profesional pura», partidaria de un modelo de juez técnico y apolítico. En la APM, con mayoría conservadora, se integrarán todos los grupos existentes hasta entonces, incluso los antiguos miembros de Justicia Democrática, pues la Ley Orgánica del Consejo del Poder Judicial de 1980 hacía inevitable una única asociación, dado el carácter restrictivo en que configura el sistema de asociacionismo.

3. *La aparición de «corrientes organizadas»* dentro de la APM. El III Congreso de la APM admite su existencia. Aparece «Jueces para la Democracia» (JPD), que reúne al sector progresista (sobre todo, procedente de Justicia Democrática) y «Francisco de Vitoria», de carácter «moderado» y «centrista», y menos numeroso.

4. *La escisión de 1984*. En el IV Congreso de la APM el sector conservador, mayoritario, intenta impedir la elección proporcional de los miembros del Consejo General del Poder Judicial que le corresponden, lo que lleva a la escisión total de las dos mencionadas «corrientes». La pérdida de funciones de las asociaciones tras la Ley de 1985 explica, según los autores, «un cierto absentismo o frustración» en la actualidad, y «una cierta tendencia a una, tal vez no muy lejana, reunificación». La segunda parte del artículo presenta un análisis comparativo de los programas y perfiles ideológicos de las asociaciones judiciales, centrándose en tres grupos temáticos:

1. *Dimensión constitucional del poder judicial*. JPD defiende la apertura «en clave progresiva» del juez a la sociedad y el control democrático de la judicatura a través del Parlamento y de otras formas complementarias de legitimación democrática (justicia de paz electiva, jurado, libre crítica pública de la actuación de los jueces), y rechaza la pretendida neutralidad política del Poder Judicial, el restrictivo régimen asociativo y la existencia de la Audiencia Nacional. «Francisco de Vitoria» insiste en la independencia del Poder Judicial y en la «lucha por la eficacia del servicio público de la justicia». La APM aparece como asociación profesional «pura», expresándose de forma genérica y concisa sobre estos temas.

2. *Organización de la Administración de Justicia y estatuto del juez*. JPD aboga por la igualdad dentro de la judicatura frente a la jerarquización, por la intervención del juez en los mecanismos de calificación, por el «Cuarto turno» y por la potenciación del Centro de Estudios Judiciales frente a las capacidades memorísticas de la tradicional oposición. «Francisco de Vitoria» admite el «cuarto turno»

y denuncia la deficiente dotación presupuestaria de la Administración de Justicia. La APM define al juez como sacerdote y apoya el carácter jerárquico de la «carrera judicial», rechazando el «cuarto turno» (como agravio corporativo y atentado a la independencia y apoliticidad de la judicatura) y la policía judicial.

3. *Asociacionismo judicial*. JPD desea colaborar con las asociaciones de otros cuerpos de la Administración de Justicia, y promover la creación de un marco asociativo europeo; admite, además, el derecho de huelga. «Francisco de Vitoria» exige que las asociaciones judiciales sean oídas en cuanto al incremento y aprovechamiento de las dotaciones presupuestarias. La APM postula una única asociación judicial de carácter estrictamente profesional, jerarquizada, regida por el principio mayoritario (sin «corrientes») y que reafirme la independencia judicial entendida como autogobierno, «con evidentes connotaciones corporativas», según los autores.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

---

---

BELLO REGUERA, Gabriel.

*La ética de la alteridad en la escena contemporánea (Notas sobre E. Levinás).*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 469-486.

Este artículo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos (*Cuestiones metódicas: el contexto hermenéutico y la continuidad de la tradición*) el autor expone su intención de «seguir la orientación metodológica de H. G. Gadamer, claramente enfrentada a la hermenéutica romántica en la interpretación de los textos históricos, en este caso los de Kant y Levinás». Para ello es preciso atenerse a dos reglas básicas: a) «La primera establece que todo sujeto hermenéutico está condicionado por su propio contexto individual», y b) «La segunda regla establece la continuidad de la tradición entre el sujeto y el objeto hermenéutico.»

En relación con estas reglas, el autor se pregunta si es posible identificar algún prejuicio, creencia o valor, que sea común a las diversas apariciones de Levinás, que constituya un rasgo definitorio de nuestro presente contexto cultural y que, a la vez, sea el eslabón que garantice la continuidad de tradición entre Kant y Levinás, imprescindible para que ambos puedan ser objeto de la misma relación hermenéutica. «Tal prejuicio, creencia o valor -opina- es la relación de alteridad». A las distintas direcciones de la alteridad -la del otro histórico, la del otro cultural, la del otro sociológico, la del otro familiar- subyace, según el autor, una connotación cultural común: «en todas ellas podemos apreciar la tensión entre la versión hobbesiana y la roussoniana, cuya difícil síntesis he creído ver (...) en Kant y que, como espero mostrar, constituye el foco de significación de la filosofía de Levinás, en un sentido que podríamos calificar de transkantiano». Seguidamente, el autor señala el desplazamiento del problema de la alteridad. En Kant se había pasado del medio natural al trascendental y de éste al histórico. En el ámbito de la hermenéutica, el desplazamiento se produce «de las versiones economicistas o ideologistas del medio histórico-cultural a una versión comunicacional generalizada». La relación de alteridad se inserta hoy, pues, en el fenómeno que puede denominarse «giro lingüístico», al expresarse en términos de comunicación.

En el segundo apartado (*Levinás en la escena contemporánea*) el autor precisa la postura de Levinás: «El compromiso total, sin fisuras, de Levinás con la categoría ética de *alteridad* desafía abierta y frontalmente el compromiso kantiano, no menos categórico, con la individualidad ética.» «Levinás está a favor de la descentración de la subjetividad. Tal como queda reflejado en el texto anterior, desafía el monarquismo del yo, resultado de la radicalización burguesa de la subjetividad cristiana cuya paradigma es, sin duda, Kant. En este frente, Levinás se podría alinear no sólo con los postmodernos, sino en el movimiento *dialógico* en su conjunto, alejándose, por otro lado, de unos y otros en aspectos singularmente relevantes», en cuanto que, para Levinás, «lo que descentra al yo de su subjetividad monocentrada en la conciencia es el otro y su alteridad».

En el último apartado (*La ética de la alteridad y su significado cultural*) el autor contrapone «el individualismo bioético» heredero de Hobbes y Spinoza -que se manifiesta en los principios de supervivencia individual, de individualismo posesivo y de expansión ilimitada de la personalidad o maximización del propio valor- a las posturas de Levinás, quien sugiere «la exigencia de *modificar* nuestra apropiación cultural de la ley de supervivencia y sus derivados». Para este autor, «el egoísmo

biológico no implica, inevitablemente, egoísmo psicoético: cabe, en principio, entre la biología y la psicología, la cuña de una cultura moral no egoísta». En definitiva, «la cuestión nuclear, aquí, es la sustitución de la naturaleza, tanto externa como interna, en la definición del predicado “moral” y, por tanto, en la constitución de su significado, por el otro, y, por tanto, la sustitución de la naturaleza en la relación con el *otro* como fuente y origen de todos nuestros significados»

(Daniel González Lagier)

---

---

BERGALLI, Roberto.

*El control penal en el marco de la sociología jurídica.*

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 109-124.

El autor plantea la necesidad de analizar la complejidad y la articulación del sistema de control penal (medio de control reactivo), en los niveles de las normas jurídico-penales y de las instancias de su aplicación, desde perspectivas metanormativas.

Señala que la teoría de las normas penales, en el nivel de creación de la norma penal (delito y pena), no ha aportado aún respuestas decisivas. La dogmática penal no puede proceder -por razón de su objeto de estudio- a realizar una individualización de los intereses sociales que impulsaron la creación de la norma y continúan sosteniendo su vigencia, pero las valoraciones jurídicas realizadas por el legislador han de compatibilizarse con la realidad social. La definición del delito como ente jurídico (exclusivamente) debe someterse a examen. Las posturas críticas entienden ya el bien jurídico como configuración de relaciones sociales concretas e históricas que exigen una constante revisión para la limitación de la tarea represiva del Estado y la incidencia de esta caracterización del bien jurídico permite también la adecuación a los cambios sociales de otros elementos esenciales de la definición del delito.

Sin embargo, en el ámbito de la teoría de la pena tan sólo se han percibido hasta la fecha algunas tentativas de relegitimación de esta reacción del sistema. Se ha ofrecido una fundamentación de la pena desde un planteamiento sistémico-funcional que desplazaría el Derecho penal de la culpabilidad para dejar paso a un Derecho penal basado en la exigencia de restablecer la confianza en el Derecho y que se regiría por el criterio normativo simbólico de la violación de las expectativas de comportamiento para la aplicación de las penas.

Por otra parte, la aplicación de la norma penal (segundo nivel de realización de un sistema de control social), que atañe a la eficacia de la norma, precisa de una sociología jurídico-penal empírica abierta a los conocimientos suministrados por una sociología de las profesiones y una sociología de las organizaciones.

En este marco propuesto, resulta interesante señalar que el análisis materialista dialéctico desarrollado por la cultura marxista permitió comprender cómo el Derecho penal era el principio irradiador de ideologías sobre todo el sistema de control penal, al tiempo que advirtió de la transmisión por la vieja criminología de una visión ideológica de la criminalidad.

El abolicionismo escandinavo, el Derecho penal mínimo y el realismo de izquierda británico «se presentan como las posiciones más salientes de la criminología crítica que coinciden con una sociología del control penal en una revalorización de todos los niveles del sistema», pero resulta, en opinión del autor, que hasta la actualidad las tentativas humanizadoras han sido desatendidas.

(Antonio Doval)

---

---

BONAFE SCHMITT, J.P.

*Las justicias de lo cotidiano* (trad. Fco. Javier Caballero Harriet y A. I. Irizar Gómez).

Ed. Laboratorio de sociología jurídica, San Sebastián, 1988, 225 págs.

Este libro se estructura en tres partes. En la primera, que reza: «Un movimiento de desjuridización», se trata sobre el proceso de desjuridización y de deslegalización que se produjo en los años setenta así como de la desconfianza respecto al funcionamiento del aparato judicial.

Este movimiento se produce por iniciativas estatales, principalmente, en Estados Unidos y Francia, y por iniciativas sociales donde nos encontramos con: El Community Board Program; El Community Board Model y Las «Boutiques de Droit.»

En su segunda parte este libro se ocupa:

I. Del Tribunal de Instancia de Villeurbanne que convertido en una jurisdicción formal, en gran parte «colonizada» por profesionales que lo utilizan de manera instrumental, como medio de recuperación de sus créditos. El acogimiento de este tribunal representa la fase última de un procedimiento de regulación de los litigios que, en la mayoría de los casos, ha sido iniciado por una negociación directa entre las partes.

II. Las «Small Claims Court» creadas al comienzo de este siglo para permitir un mejor acceso a la justicia de las clases menos favorecidas de la población americana. Pero las SCC han sido afectadas por los mismos males que sufre el sistema judicial en su conjunto: sobrecarga de los casos inscritos, problema de la efectividad de las decisiones dadas... Se introducen, por ello, reformas en los años 70 para dar a las partes la posibilidad de ver sus litigios regulados por la vía de la mediación o del juicio.

III. La Boite Postale 5.000: Experiencia alternativa mantenida por el Estado que padeció, en sus comienzos, un boicot de las grandes organizaciones de consumidores. Tras sus diez años de funcionamiento no ha logrado su conversión social, y se ha quedado como una superestructura enteramente dependiente de los destinos de los eventuales poderes.

IV. La Unión Federal de Consumidores del Ródano: Esta institución ha demostrado una gran vitalidad en el ámbito de la conciliación, así como la capacidad del movimiento de consumidores para promover las formas alternativas de los litigios y para constituirse como actor que dispone de una legitimidad en el campo del consumo.

V. El «groupement d'action judiciaire»: Su existencia y longevidad, existe desde 1967, ponen de manifiesto una parte de las carencias y disfunciones de un sistema judicial en plena crisis e incapaz de reformarse por sí mismo, así lo demuestra la existencia de una «clientela» vinculada a su servicio.

VI. Milwaukee Mediation Center: Organismo de mediación surgido en los Estados Unidos dependiente de la financiación pública de ahí que el logro de estas iniciativas informales esté directamente ligado a la política seguida por las autoridades judiciales, acompañada por un movimiento de desjuridización.

En su tercera y última parte rubricada: «La resolución de los conflictos: Un proceso social», se trata sobre los sistemas de regulación social, sobre el proceso de transformación de los conflictos (el agravio, la reclamación y el litigio) y sobre el sistema de mediación.

---

---

BONETE PERALES, Enrique.

*La noción de «persona moral» en la teoría ético-política de Rawls.*

Sistema, Madrid, núm. 85, 1988, págs. 63-86.

En este artículo se analiza una noción apenas estudiada, pero clave, de la teoría ético-política de Rawls: se trata del concepto de «persona moral», el cual, en opinión del autor, unifica la evolución del proyecto teórico rawlsiano, determina las características de la posición original, condiciona la elección y aplicación de los dos principios de justicia, explica el rechazo del utilitarismo clásico y posibilita la interpretación kantiana de su teoría.

Tras examinar cómo se configura la noción de «persona moral» en los escritos de Rawls anteriores a *A Theory of Justice*, así como en esta misma obra, el autor llega a la conclusión de que la idea principal de la que Rawls parte para la construcción de su teoría es la noción de «persona moral» que Kant defendió en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, - por lo que implícitamente está admitiendo toda una tradición de pensamiento iusnaturalista racional, pues «es tal la importancia que en ella se concede -explícita o implícitamente- a la noción de «persona moral» y a sus atributos «naturales» que aunque Rawls procure en sus últimos artículos desconectar totalmente su teoría ético-política de cualquier tradición filosófica iusnaturalista, será la misma noción kantiana de «persona moral» la que dificultará esta búsqueda de la independencia respecto del pasado filosófico».

(Isabel Lifante Vidal)

---

---

BRUFAU PRATS, Jaime.

*Estudios histórico-jurídicos.*

Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, 127 págs.

«La perspectiva histórica -dice el autor- es fundamental al querer entrar en el tratamiento de los temas propios de la filosofía jurídica. A este menester hemos dedicado parte de nuestra labor de profundización en el ámbito del saber iusfilosófico. Presentamos, aquí reunidos, siete estudios de desigual extensión, que responden a esta preocupación por hallar, en quienes nos precedieron, respuesta a interrogantes que inquietan y estimulan. Están ordenados según la cronología de los autores estudiados.

Con ello esperamos contribuir a un mejor conocimiento de planteamientos señeros en la temática filosófico-jurídica.» Los trabajos incluidos en el libro son los siguientes:

1. *Influencia de Suárez en la Ilustración.*
  2. *Derecho y libertad en Kant y Hegel.*
  3. *Contribución al estudio del positivismo jurídico en Italia.*
  4. *Durkheim. Nota sobre su perspectiva metodológica en Sociología.*
  5. *Realidad moral y actividad práctica en Giovanni Genale.*
  6. *Aporías de una ética existencialista: Jean-Paul Sartre.*
  7. *Martín Heidegger y la incidencia de las corrientes existencialistas en el ámbito jurídico.*
- (Daniel González Lagier)
-

---

CALVO GONZÁLEZ, José.

*Equidad jurídico-positiva: análisis teórico y metateórico.*

Revista General de Derecho, Madrid, núm. 531, 1988, págs. 6675-6687.

En el propósito de determinar cuál sea la naturaleza y significado jurídico-positivo de equidad (teoría del concepto) y establecer el alcance de su ejercicio y aplicación práctica (metateoría del concepto), imbricando pues interpretación del significado con análisis de la relación teoría-praxis, la exposición del trabajo se estructura en tres recorridos. 1) Equidad en el derecho positivo español. Funciones interpretativa y creativa, donde considerando que aquélla halla justificación a través de la estructura dialéctica conflictual socio-jurídica, por el hecho de que junto al procedimiento habitual de los modelos jurídicos de racionalidad formal que instituyen códigos fuertes, también existen criterios materiales prescritos por los llamados códigos débiles, se entiende la equidad como un expediente de autorización del derecho formal para derogar el derecho estricto (Hegel), que cuando opera sobre el contenido de la materia, regulada por éste, es conocida en su función interpretativa y creativa cuando lo hace sobre la forma en que aquél ha regulado la materia jurídica, de donde es, por ello mismo, posible considerar esta última vía funcional como un proceso de producción de normas jurídicas excepcional y distinto a los previstos para la disciplina general en el sistema de fuentes. Sobre la incidencia práctica y concreta de ambas dimensiones, interpretativa y creativa, se hace un examen de la expresión a nivel sintáctico gramatical, semántico y pragmático, así como de los sentidos que quepa atribuir a «autorización» en tanto que «incensurabilidad», además de precisar el alcance de «excepcionalidad» de la aplicación (Hart). 2) Subjetividad decisional y arbitrariedad judicial en la sustanciación procesal de la equidad, donde se pasa a estudiar la relación entre «inapelabilidad», «discrecionalidad» y «sistema de recursos» (recurso de nulidad y recurso de revisión) por error *in procedendo*. 3) Equidad y Derecho de los particulares, donde en orden a señalar referencias de objetivación jurídica para la interdicción de arbitrariedad, se indica cómo dentro de la experiencia jurídica, el derecho de los particulares en su realidad normativa puede suministrar, siempre sin derivar de aquí conclusión de coincidencias, un espectro importante de soluciones que cabría aprovechar residenciándolas por vía jurisprudencial en el cuerpo del sistema jurídico-positivo estatal.

---

---

CALVO GONZÁLEZ, José.

*Giménez Fernández y Málaga. Documentos y, noticias políticas: 1934-1936.*

JABEGA. Revista de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, núm. 59, 1988, págs. 48-56.

El trabajo se dedica a rescatar y ordenar, catándolas en su circunstancia precisa, cuantas ocasiones entre 1934 y 1936 relacionan la responsabilidad y actuación política de Manuel Giménez Fernández con personas y entidades malagueñas. Se aportan a este fin documentos inéditos procedentes del archivo político del personaje y noticias hemerográficas extraídas de publicaciones diarias y periódicas editadas en Málaga. De tales elementos compuesto, el panorama resultante revela dos importantes datos de interés para la reconstrucción de la historia política de la II República en Málaga. Primero, la existencia en esa provincia -dentro del modelo hegemónico de comportamiento político conservador y derechista de la CEDA- de una corriente crítica fuertemente sensible a preocupaciones sociales, de clara orientación socialcristiana (democrisiana), que vio en Giménez Fernández a su más válido y notable exponente. La comunicabilidad de inquietudes entre éste y aquél sector, principalmente, integrado por miembros de las Juventudes de Acción Popular, antiguos dirigentes de agrupaciones políticas locales fusionadas en la Confederación y afiliados de base en diferentes municipios, arranca de las discusiones que en junio de 1933 se suscitan en el seno de la Minoría Popular Agraria en torno a la necesidad de proceder a una declaración oficial de «republicanismo», se afianza poco después, privadamente, como sintonía de pensamiento y, al cabo, pasa a explicitarse como abierta y común discrepancia, por encima de típicos «pleitos de familia», con motivo de los resultados electorales de febrero de 1936, en plena coincidencia con la actitud defendida por Giménez Fernández en los órganos de dirección nacional a últimos de marzo de aquel año sobre el precedente de junio de 1935. Segundo, respecto de la filosofía política postulada por Giménez Fernández, Málaga constituye, especialmente a finales de 1935, una palestra de excepcional difusión y manifestación definitiva en materias clave como política legislativa, agraria, reforma electoral, involucionismo político y golpismo militar, supervivencia del Estado y las instituciones republicanas, etc.

---

---

CALVO GONZÁLEZ, José.

*Iconografías políticas fantásticas: el «Leviathan hobbesiano».*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 455-473.

Examina el autor el sentido y alcance del Estado en la simbolización icónica que muestra como Leviathan el frontispicio de la edición londinense de 1651. Aplicando a tal representación las claves de análisis semiótico de U. Eco, entiende que allí surge un modo de producción de funciones semióticas y/o signos dando lugar a un retículo de actos comunicativos cuyo núcleo de información tiene a la base una composición figurativa preternatural y fantástica. Atendiendo al valor de la representación heteromórfica en el mundo antiguo y en la tradición y cultura judeo-cristiana, pasa a aislar por su contrastación los elementos ideológicos que respecto a lo maravilloso e inusual dan en presentar lo monstruoso y ambiguo, en tanto que, indeterminación de identidad y panteísmo personalista, como la transgresión aberrante de las leyes y parámetros estables de la naturaleza y negación escandalosa de la razón revelada de un hombre creado a semejanza divina. Desde aquí, se ocupa en plantear la dimensión significativa «monstruosa» que para el Estado Hobbes quiso transmitir con la referencia a Leviathan. Discrepa el autor de la tesis de Schmitt en cuanto a la no conexión entre el espectro semántico vehiculado por el nombre de Leviathan y la sustancia de la obra de Hobbes. Para el autor, la relación iconológica e ideográfica del frontispicio y las referencias que en la obra se dan de Leviathan y del Estado como Leviathan se utilizaron por Hobbes para sugerir, valiéndose precisamente de esa simbolización icónico-fantástica de un ser monstruoso en composición figurativa preternatural, la idea de «artificio innatural» y, en tanto que, producto convencional de la concertación entre los individuos, resultado de la inversión de las condiciones del modelo de «estado de naturaleza». Termina el trabajo proponiendo la posible existencia de tres mensajes de connotación «benéfica» en la elección de la portada.

---

---

CALVO GONZÁLEZ, José.

*Literatura histórico-jurídica. Fernando Belmonte Clemente (1842-1890).*

Cuadernos informativos de derecho histórico-público, procesal y de la navegación, Barcelona, núm. 8, 1988, págs. 1.731-1.740.

En el presente estudio se recupera la noticia bio-bibliográfica del personaje, cuya trayectoria vital e intelectual hace prueba de una clara evolución que, desde iniciales preocupaciones de orientación krausista, perfectamente acomodadas al ambiente académico y círculos culturales de la Universidad y ciudad de Sevilla, le conducirá progresivamente al terreno propio de las repercusiones originadas por la recepción del positivismo -krausopositivismo o filopositivismo- para al cabo desembocar, con arreglo a la dirección metodológica y selección temática de sus investigaciones históricas y culturales, de lleno en el área de lo que se ha dado en llamar «positivismo folklorista». Trabajos de diverso género, entre ellos una traducción parcial de los Estudios sobre religión, de G. Tiberghien, se registran bajo la firma de Belmonte Clemente en la «Revista mensual de filosofía, literatura y ciencias de Sevilla», fundada y dirigida por F. F. de Castro y A. Machado, así como en la «revista la Ilustración bética», igualmente nutrida de colaboraciones de krausistas, positivistas y reconvertidos al movimiento folklorista. Belmonte Clemente ocupó entre los años 1868 y 1872 la Cátedra de Legislación Comprada en la Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense. Muy apreciable resulta, además, su labor investigadora y documental en el Archivo General de Indias, donde ha quedado la conocida recopilación de fondos «Colección Belmonte.»

---

---

CAMPS, Victoria.

*Ética, retórica, política.*

Alianza Editorial, Madrid, 1988, 139 págs.

«En los capítulos que siguen -dice la autora-, intento acotar el espacio de la ética como el lugar de la tensión entre la perfección y la armonía, que desconocemos, y el desorden y desconcierto en que nos encontramos. Que la ética se constituye en esa tensión significa que el deber ser absoluto es, tal vez, nombrable, pero vacío: conocerlo supone irlo realizando. La libertad, la justicia, la felicidad son nombres del deber ser cuyo significado sólo entendemos si conseguimos vivir la práctica -la pragmática de esos conceptos. Por eso, la ética se produce en el diálogo, ha de ayudarse de una argumentación retórica y no lógica, tiene que dignificar los medios.»

«El primer capítulo, *Del monólogo al diálogo*, trata de situar al pensamiento actual como el adiós a la edad moderna y sus prejuicios teóricos. Básicamente, el anclaje de esa época pasada en un discurso monológico, y en una teoría del conocimiento como prolegómenos de cualquier otra cosa (...).»

«*Ética y retórica* es el texto de la conferencia que presenté en la primera semana de ética, en 1979 mi fervor de entonces por la argumentación retórica se inserta perfectamente en el discurso provisional y precario que veo ahora como el propio de la ética(...).

*La idea de libertad, más allá de los fines y los medios y Ética y política, ¿qué podemos esperar?*, son, con tenues variaciones, sendas conferencias dadas durante los veranos de 1985 y 1986 en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. La primera es una crítica de una noción de libertad demasiado «negativa» y demasiado frecuente en la teoría moral y política contemporánea. La misma idea que lleva a apostar por un estado «mínimo», mero protector de las libertades individuales, y por una sociedad civil atomizada e individualizada. En *Más allá de los fines y los medios* desarrollo la hipótesis de que la ética carece de fines últimos en el sentido en que puede tenerlos la economía o la medicina. Es cierto que la ética ha de proporcionarnos unos objetivos últimos, válidos por sí mismos, pero éstos son de naturaleza tan borrosa, tan abstractos, que sólo se van definiendo y concretando a través de los medios que ponemos para realizarlos. La diferencia entre fines y medios -o la prioridad de unos u otros- es, pues, en ética, bastante inútil. Por fin, el texto *Ética y política, ¿qué podemos esperar?*, es una reflexión sobre la pregunta kantiana unida a la convicción de que hoy esa pregunta ha de tener otra respuesta. No la solución trascendente del reino de los fines, sino la afirmación de que la actitud ética es, en efecto, una esperanza que se basta a sí misma y no precisa de una satisfacción ulterior. En *¿Qué consecuencias?* me planteo una vez más la distinción de Max Weber entre una ética de la convicción y una ética de la responsabilidad. Apuesto por esta última siempre y cuando la responsabilidad -o las consecuencias- no se reduzca al mantenimiento del orden, la seguridad, el sistema; es decir, no se reduzca a la mera eficacia.

*Entre la felicidad y la justicia* señala las fronteras entre la vida justa y la llamada vida buena o feliz. Son dos ideales distintos, sometidos a lealtades también diversas. La ética descubre la insuficiencia de una y otra vistas de forma exclusiva, y también la necesidad de tenerlas en cuenta a ambas (...).

Para acabar, en *La felicidad es frecuente* celebro la frase del insuperable Borges. La felicidad, ese valor, de contenido más que confuso, corre siempre el riesgo de ser malentendido por los distintos

sistemas éticos, bien porque se lo sitúa en un lugar demasiado central, bien porque se pretende ignorarlo. Dejar de hablar de él, no hacer el esfuerzo por descubrir su gramática es, sin embargo, perder la dimensión de la ética que más ha de importarnos: la ética como *ethos*, formación del carácter, dotación y exigencia de sentido.»

(Daniel González Lagier)

---

---

CAMPS, Victoria.

*Paternalismo y bien común.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 195-201.

Partiendo de que el término «paternalismo» es un término peyorativo y de que, no obstante, «hay casos en los que no es sólo lícito, sino una obligación el proteger o ayudar», este artículo se propone «aportar algunas ideas para aclarar la distinción entre el paternalismo justo y el injusto».

«Es paternalista -entiende la autora-: 1) la acción de inmiscuirse en la libertad de otra persona, 2) con la intención de defender su bien.» El paternalismo tiene, pues, un aspecto positivo y un aspecto negativo que la autora relaciona con la distinción entre libertad positiva y libertad negativa. En este sentido, «hemos de preguntarnos, hasta qué punto es lícito restringir la libertad negativa -impedir o inmiscuirse en ciertas acciones- a fin de educar y adiestrar en el ejercicio de la libertad positiva».

En opinión de la autora «el paternalismo en principio y por definición se autojustifica: se limita la libertad de alguien con vistas a su bien. Lo cual permite suponer que ciertas personas poseen un saber o competencia que les autoriza a intervenir en una felicidad que no es la suya». «La relación entre competencia y paternalismo -continúa más adelante- nos permitirá distinguir entre el paternalismo justo y el injusto, de acuerdo con los siguientes criterios:

1. No hay propiamente paternalismo, porque se trata de un paternalismo justificado, cuando existe un deber de protección al otro (...).

2. Hay «paternalismo», en el sentido peyorativo, común, no justificable, del término, cuando bajo la apariencia de que se está protegiendo a un individuo o grupo, de hecho se está persiguiendo el propio bien, defendiendo el propio interés (...).»

Un concepto que hay que determinar en relación con el de paternalismo es el de incompetente. La autora lo identifica «con el que no sabe o no puede procurarse por sí mismo los bienes primarios básicos, para lo cual necesita ayuda parcial o total». Dado que «proporcionar los bienes básicos o los medios para acceder a ellos- a los desposeídos, es el primer *deber de justicia*» «el paternalismo se legitima cuando lo que busca es hacer justicia (...). El paternalismo se justifica cuando su ejercicio promueve la distribución de los bienes primarios». Por el contrario, «no se justifica cuando se inmiscuye en la distribución de otro tipo de bienes no regulables colectivamente porque depende de opciones personales no generalizables». Y desde el punto de vista de la noción de libertad positiva «hay que decir que el paternalismo estará justificado siempre y cuando vaya dirigido a hacer posible el autogobierno. No cuando por libertad o autogobierno se entienda la realización de un cierto tipo de persona o sociedad».

(Daniel González Lagier)

---

---

CAPELLA, Juan Ramón.

*Falacias de la «ética de la responsabilidad».*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 313-317.

En este texto el autor desarrolla una argumentación en contra de la ética de la responsabilidad, mostrándose partidario de una ética de principios. Para ello utiliza como ejemplo la relación entre tortura-confesión-evitación de un mal, analizando las combinaciones posibles que permite esta relación; de esta forma pone de manifiesto que no se trata de una relación de tipo causal, es decir, que la evitación de un mal a través de una confesión obtenida por medio de la tortura es una posibilidad remota entre muchas. Por ello afirma que «cuando se está en la situación de *decidir*, las posibilidades de que un crimen *responsable* evite otro *irresponsable* son tan bajas que no podría hacerlas suyas ninguna compañía de seguros».

A continuación, el autor afirma que la ética de la responsabilidad «contiene una *petitio principii*, y no precisamente ética. Pues ha de recurrir necesariamente a “La situación hipotética”, y ésta, por definición, no puede producirse sola y quien podría producirla la excluye con su conducta “responsable”. Así pues, «“La situación hipotética” es el flogisto de esta ética o el ogro de los cuentos», opina Capella.

(Daniel González Lagier)

---

---

CARACCIOLO, Ricardo A.

*El sistema jurídico, Problemas actuales.*

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 94 págs.

«Es notorio -escribe el autor- que la idea según la cual el material normativo, constitutivo de un orden jurídico, tiene que ser reconstruido en términos de la noción de “sistema” es todavía un marco conceptual básico aceptado en la teoría del Derecho contemporánea. Ello, a pesar de los desacuerdos existentes acerca no sólo de la manera de entender esa noción en los contextos jurídicos, sino, además, acerca de la naturaleza de las normas. En lo que sigue me propongo someter a discusión dos tipos de problemas asociados con el concepto de “sistema jurídico”, a los que denomino, siguiendo con la terminología usual, “problemas de identidad” y “problemas de estructura”»

«El hilo conductor del análisis será el interrogante concerniente a la función de ese marco conceptual en el conocimiento supuestamente teórico del Derecho» (pág. 11).

El libro se estructura en las cuatro siguientes partes: I) *El Derecho como sistema* (1. Introducción. 2. Esquema de discusión. 3. Orden jurídico y sistemas normativos. 4. Modelo teórico y modelo normativo). II) *Problemas de identidad* (1. Identidad y concepciones de las normas. 2. Normas independientes y normas dependientes. 3. Norma básica. 4. Reconocimiento de normas). III) *Problemas de estructura* (1. Modelos de pertenencia. 2. Cuestiones de reconstrucción. 3. Un modelo de orden jurídico. 4. Sistema y decisiones. 5. Pertenencia y justificación. 6. Una paradoja en el concepto de legalidad). IV) *Bibliografía*.

(Josep Aguiló Regla)

---

---

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.

*La modernidad jurídica y los católicos.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 383-410.

El autor se ocupa en este artículo del estudio del cambio producido en la cultura europea en los siglos XVI y XVII. La totalidad de la cultura heredada de la baja Edad Media se puso en cuestión en la Europa -del siglo XVI. tras romperse la unidad hasta entonces existente en la imagen del hombre europeo. La cultura tradicional se había basado en Aristóteles y en el Derecho romano; pero frente al Derecho natural escolástico-católico aparece un nuevo Derecho natural, llamado «racionalista» o «moderno», que surgió como una creación del protestantismo y en abierta polémica con la cultura establecida hasta el momento. Se delimitan de esta forma dos bloques culturales: «el aristotélico y romanista, patrimonio católico, y la ciencia iusnaturalista protestante».

Tras un apartado de introducción el autor se ocupa en el segundo apartado -*La tradición católica según el Derecho natural moderno*- de comentar las opiniones que los autores representantes del derecho natural racionalista vierten sobre el derecho natural de los católicos, llegando a la conclusión de que «el tono que adoptaron los iusnaturalistas para “explicar” la historia de la filosofía moral y del Derecho natural entre los católicos, desde los orígenes de la Iglesia hasta el siglo XVII, es estrictamente maniqueo: no existió entre los católicos nada positivo, nada valioso, nada, en definitiva, de interés (...)». Aunque dentro de este comentario general ha de comprenderse también a los teólogos españoles de la «Segunda Escolástica», en el apartado tercero -*Los juicios de los iusnaturalistas sobre la segunda escolástica*- el autor expone aquellos juicios realizados por los nuevos iusnaturalistas sobre estos teólogos-juristas.

En el apartado cuarto -*Los orígenes de la sabiduría. Hugo Grocio*- se comenta la obra de Grocio, que fue considerado por los iusnaturalistas como «el restaurador de la ciencia moral y del Derecho natural». Sin embargo, pronto se considero que Grocio no rompía suficientemente con la ciencia escolástica de los católicos, ruptura que sí se llevó a cabo con Pufendorf (a quien el autor dedica el quinto apartado: Pufendorf la guerra entre dos culturas). «La contraposición entre Pufendorf y Grocio -dice el autor- determinó la existencia de dos líneas de pensamiento dentro del movimiento iusnaturalista moderno. Por un lado, permanecen los seguidores de Grocio autores moderados por lo general (...). De otra parte, surgen pronto numerosos seguidores de Pufendorf que, en general, a lo largo de la primera mitad del siglo XVIII radicalizan las tesis del maestro hasta caer en actitudes que recuerdan a Hobbes.» De la mano de Pufendorf el estudio del *ius naturae* se impuso en Centroeuropa, desplazando el estudio del Derecho romano y del *ius commune*.

En el último apartado -*La reacción de los católicos*- se expone la actitud que tomaron los católicos ante el iusnaturalismo. Ésta fue, en un natural, entendiendo «que el “Derecho natural” protestante, con sus “estados de naturaleza”, “contratos sociales”, etc., poco tenía que ver con la idea tradicional, milenaria, del Derecho natural». Se impuso entonces la necesidad de elaborar un Derecho natural distinto al de los protestantes, «más dependiente de lo concreto, de lo real existente». De esta forma, aparece a mediados del siglo XVIII una nueva doctrina sobre el Derecho natural, superando la pretensión racionalista.

(Daniel González Lagier)

---

---

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.

*Una introducción a la ciencia jurídica.*

Ed. Civitas, Madrid, 1988, 374 págs.

En este libro, el autor, teniendo en cuenta especialmente la teoría ética y la filosofía del Derecho elaborada desde la Edad Moderna, emprende en esta obra la tarea de diseñar una explicación de la justicia que comprenda tanto el plano puramente jurídico como aquel otro que se desarrolla en la organización de la sociedad mediante el poder. Así pues, este estudio toma como hilos conductores dos temas fundamentales: las relaciones entre libertad y Derecho, por un lado, y las existentes entre actividad política y realización de la justicia, por otro.

El libro se divide en los siguientes capítulos: I) *Sobre la formación del pensamiento jurídico contemporáneo* (A. *Algunos rasgos de la escuela del Derecho natural moderno*; B. *La reacción contra el pensamiento jurídico moderno*; C. *Los orígenes de la mentalidad jurídica contemporánea*). II. *Las actitudes fundamentales del pensamiento jurídico contemporáneo* (A. *Los iusnaturalismo y la metafísica en el Derecho* B. *Propuestas sin metafísica*). III. Una descripción del Derecho y de la justicia: (A. «*Ius oritur ex facto*», B. *Problema y sistema en la razón jurídica*; C. *Derecho, historia, justicia*; D. *Legislación, Derecho y política*; E. *Ideología, justicia, Derecho*; F. *El deber de obediencia a las leyes*; y G. *Derecho, Estado, coacción. El estatuto normativo de la ciencia jurídica*).

(Daniel González Lagier)

---

---

CORTINA ORTS, Adela.

*El contrato social como ideal del Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant.*

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 59, 1988, págs. 49-64.

La autora parte de la tesis de W. Kersting según la cual «en el contrato originario no ve Kant una fundamentación del Estado, sino un ideal del Estado de Derecho y, con ello, una idea práctica de la razón que obliga al soberano. Se convierte así en un principio constitucional que trata de domesticar la omnipotencia estatal; omnipotencia que tiene por fundamento su necesidad jurídica. La fundamentación kantiana del Estado no es, pues, contractualista, sino que se basa en el concepto *a priori* del Derecho».

«De este dudoso contractualismo kantiano -dice la autora- nos ocupamos en el presente trabajo, en el que, partiendo de la noción kantiana del pacto de unión civil, intentaremos desentrañar la realidad que a semejante noción cabe y cuál es su misión en el seno de la problemática política.» El artículo aborda, en primer lugar, los conceptos de pacto de unión civil y estado de naturaleza en Kant, destacando su afirmación Kant de que el *pactum unionis civilis* no se trata de un hecho, sino «de una *mera idea* de la razón, que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica)». En segundo lugar, se intenta responder a la cuestión acerca de qué significa esta afirmación de que el pacto constituye una idea racional con realidad práctica.

Para ello, estudia las opiniones de Vlachos y Philonenko y, por último, aporta su propia interpretación. El primero entiende la idea de contrato como una idea regulativa; en palabras de la autora: «dado que tal idea no está destinada a un uso constitutivo de la experiencia, sino a uno regulativo, no sirve como criterio para legitimar regímenes políticos concretos. Sin embargo, firme en la idea de que Kant pretende mantenerse entre el utopismo y el tradicionalismo, piensa Vlachos que la idea de contrato puede utilizarse como criterio negativo para frenar posturas tradicionalistas. Kant se enfrentaría a los utopistas, que bosquejan ideas a las que no proporcionan raíz alguna en la realidad, pero también a los reaccionarios -tipo Hume, que hacen de su relativismo una consagración de las instituciones y regímenes ya existentes». Philonenko, por su parte, afirma que «el contrato social constituye para Kant el momento ético en la constitución jurídica del Estado: *gobernar tiene que ser obrar por deber* (...). En este sentido, la idea de contrato posee realidad práctica en cuanto compromete *moralmente* al soberano a legislar teniendo en cuenta la posibilidad de que el pueblo concuerde con ello, es decir, haciendo uso del “como si” en perspectiva moral».

El artículo concluye con la opinión de la autora de que «la idea de *pactum unionis civilis* sería, pues, la idea de un procedimiento que, de igual modo que el imperativo categórico, pretendería garantizar la corrección de las decisiones tomadas desde él y, a la vez, prestaría a tales decisiones un halo sagrado: el de ser intocables por haber emanado de la voluntad racional no de la voluntad efectiva de un pueblo». «En este sentido -continúa más adelante-, las actuales teorías morales procedimentales se pretenden herederas del contractualismo kantiano, en la medida en que la noción de imparcialidad constituye el núcleo de una razón práctica, que se expresa en la moral, el derecho y la política.»

(Daniel González Lagier)

-----

---

CORTINA, Adela.

*La moral como forma deficiente de Derecho.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988. págs. 69-85.

La autora estructura su trabajo en tres apartados. En el primero de ellos (*¿Un resto de metafísica en el Derecho positivo?*) se refiere a la tesis central de Habermas con respecto a la estructura del ámbito práctico. Este autor defiende que moral posconvencional, Derecho positivo y estado democrático son ciertamente tres ámbitos *diferentes* en el aspecto práctico, pero que a la vez resultan *inseparables*, no sólo por *complementarios*, sino también por hallarse inevitablemente *entrelazados*. El análisis habermasiano del impulso de la juridificación, propio del estado social, le lleva a concluir que está ligado a una moralización del Derecho y que el proceso es irreversible.

Por otro lado, sostiene la autora que, en el mundo jurídico, en la medida en que no esté, únicamente, en manos de la racionalidad cognitivo-instrumental, sino que dependa de la pretensión de corrección normativa, «muestra su núcleo una racionalidad a la par inmanente y trascendente, que contrae en el Derecho positivo la doble perspectiva del idealismo trascendental: la instrumentalidad de los imperativos propios de la perspectiva fenoménica y la categoricidad de las leyes morales, propias de la perspectiva fenoménica, que Kant aún distribuía en un mundo jurídico entre el Derecho positivo y el racional, se contraen en el Derecho positivo».

«Podemos decir -concluye la autora en este apartado-, que la legitimidad es posible por la legalidad, porque un *resto de metafísica* -del que tanto Habermas como Rawls abjuraban abiertamente- anida en el concepto de racionalidad y, consecuentemente, en el Derecho autónomo. Pero, por otra parte, si hacer del Derecho un modo deficiente de la moral atenta contra su autonomía, también cabe preguntar si las éticas de tradición kantiana no han tendido más bien a hacer de la moral una forma peculiar cuando no deficiente de derecho.»

En los apartados *Reino de los fines y paz perpetua* y, *¿Núcleo moral o derecho racional?*, la autora se ocupa respectivamente de los criterios distintivos entre la legislación de la moral y del derecho y de analizar las repercusiones que para el sujeto autónomo y, por tanto, para el «punto de vista moral», supone «el tránsito del formalismo al procedimentalismo, de la lógica trascendental a la pragmática universal o trascendental. Finalmente, la autora sostiene que «la argumentación moral ha quedado como uno de esos “diálogos edificantes”, que sólo pretenden que la conversación no se interrumpa. Tal vez, porque no sea tan sencillo reconstruir al sujeto autónomo desde el socialismo pragmático, cuando es un sujeto semejante y no el individuo ni la comunidad- la condición sin la que no existe el mundo moral».

(Daniel González Lagier y, Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

CORTINA ORTS, Adela.

*Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 43-63.

El artículo parte de la constatación «de un acontecimiento crucial, que se ha ido produciendo paulatinamente en ese ámbito de la reflexión al que se ha dado en llamar “filosofía práctica”: arrumbadas aquellas nociones de legitimación que cuentan con imágenes del mundo con contenido, la lógica de la evolución social nos ha conducido al procedimentalismo». «La legitimación moral, jurídica o política -opina la autora no proceden ya del contenido de normas o proposiciones, sino de la forma que las configura, o bien del procedimiento por el que han sido obtenidas. Porque la razón sustancial que se expresaba en la metafísica ha ido perdiendo paulatinamente su lugar y es en determinadas formas y procedimientos donde se expresa la razón o, más bien, la racionalidad.»

«Una evolución semejante -continúa- no deja de plantear a la filosofía práctica problemas de primera magnitud: ¿cuál es la estructura de una razón práctica, que se expresa a través de procedimientos morales, jurídicos y políticos? ¿Cuál es la relación que existe entre estos tres procedimientos: de mutuo rechazo, de complementación o de identificación?» La autora intenta contestar a estas cuestiones desde el punto de vista de la ética discursiva, estructurando el texto en los siguientes apartados: 1) *Procedimentalismo y razón práctica*; 2) *La estructura de la razón práctica*; 3) *Procedimiento moral y procedimiento jurídico*; 4) *Procedimentalismo y Estado de Derecho*; 5) *¿Reducción de la ética a la filosofía del Derecho?*; 6) *Los límites del procedimentalismo*; y 7) *Sugerencias para una posible superación del procedimentalismo ético.*

En el último apartado la autora sostiene que «las éticas procedimentalistas precisan apoyarse en un valor. Y es este elemento valioso, a mi juicio, el que permite enlazar principios, actitudes y virtudes, porque el interés de un valor motiva determinadas actitudes, que engendran el hábito y la virtud. La ética procedimental puede, pues, contar no sólo con procedimientos, sino también con actitudes, disposiciones y virtudes, motivadas por la percepción de un valor; con un *ethos*, en suma universalizable. De dónde surja el valor es una pregunta que sólo puede responderse recurriendo a una reconstrucción de la razón práctica.

Y tal reconstrucción añade-, acudiendo a paradigmas de la filosofía moral, arroja el siguiente resultado: la especificidad de la razón moral consiste en señalar algún tipo de acciones como conteniendo en sí mismas el telos, y es este momento teleológico el que justifica el momento deontológico, la “obligatoriedad” de realizar tal acción frente a otras (...).

Una reconstrucción del procedimentalismo ético -concluye la autora- lleva, pues, a mi juicio, a un desplazamiento de sus límites. Dentro de ellos es necesario hablar de valor, motivación, intención, actitud, *ethos* y virtud. Incluso es posible diseñar el *ethos* universalizable que correspondería a tal ética (...). Con todo ello, a mi juicio, se hace una mayor justicia a un fenómeno llamado “moral”, que no se reduce al derecho o la política, y sin el que estas dos últimas dimensiones del ámbito práctico, carentes de vigor crítico, se plegarían humildemente a lo dado.»

(Daniel González Lagier)

---

---

DÍAZ, Elías.

*Notas («concretas») sobre legitimidad y justicia.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 259-269.

Una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia son, según el autor, cosas diferentes y bien diferenciables, aunque también, a su vez, con profundas e íntimas vinculaciones entre sí. Una y otra expresan dimensiones valorativas que se conectan e interrelacionan en sus presupuestos últimos, racionales, pero que en modo alguno se confunden; podría decirse convencionalmente que la primera es la parte y la segunda el todo, en la medida en que la justicia, por su exclusivo carácter ético, se refiere a juicios más últimos, más radicales, mientras que la legitimidad posee un sentido más inicial, intermedio, más «político», menos definitivo y exhaustivo. También la justicia es una construcción histórica (además de racional), pero no de idéntica textura que la legitimidad. Caben, pues, un Derecho y un Estado que, por reunir ciertas condiciones democráticas, posean suficiente legitimidad y que, sin embargo, no por ello sus concretas determinaciones y decisiones deban ya considerarse sin más como justas.

La justificación ética del Derecho y del Estado radica, según el autor, «en la defensa y realización de una serie de derechos humanos básicos, considerados totalmente imprescindibles y que no deben sacrificarse a otras instancias diferentes alegadas como superiores» Tales derechos se centran en la afirmación y potenciación del valor libertad, entendida ésta ante todo como libertad crítica, de conciencia y de expresión, por un lado, y de acción personal y de participación social, por otro.

A continuación el autor sostiene que con este esquema de derechos humanos básicos y fundamentales tendríamos de una buena plataforma para construir hoy una aceptable teoría crítica de la justicia, válida también para deducir reglas desde esa imprescindible libertad, no ficticia, sino real y acerca de la que no se ven fundadas razones para no reconocer a todos por igual.

«Lo que, principalmente, quería destacar aquí -señala el autor- es que tal teoría (crítica) de la justicia está en íntima, inescindible conexión con la que puede muy bien calificarse como teoría democrática de la legitimidad: se vinculan así ambas dimensiones valorativas, configurándose la legitimidad democrática como la mejor vía para la justificación ética del Derecho y del Estado. Y también quería resaltar (...) que tales exigencias, políticas y éticas, de la legitimidad y de la justificación no son neutras, indiferentes, respecto a modos concretos de producción y auto reproducción de la vida real (...)» El paso siguiente lleva al autor a resumir las que le parecen exigencias básicas de la legitimidad democrática del Derecho y del Estado actual para significar que una teoría crítica de la justicia tendría que ser hoy una autenticación de las exigencias expuestas, buscando el objetivo último de una cada vez más amplia y plena liberación real de todos los seres humanos.

El autor concluye haciendo un repaso de algunas de las exigencias contenidas en la regla de la justicia. Poniendo de manifiesto las importantes correlaciones de fondo existentes entre el método y los valores de la democracia y los que impulsa el propio razonamiento moral, apareciendo así el régimen democrático, además de legítimo, también como el más justo.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

-----

---

DÍAZ, Elías.

*Socialismo democrático: Instituciones políticas y movimientos sociales.*

Revista de estudios políticos, Madrid, núm. 62, 1988, págs. 41-67.

«Estas páginas -dice el autor son un intento de continuar, de llevar adelante algunas de las propuestas conclusivas formuladas en un anterior trabajo mío sobre *La justificación de la democracia*, buscando ahora esclarecer y profundizar algo más aquellas ideas en su necesario contraste y en el análisis de sus posibles implicaciones en relación con algunos de los problemas del socialismo.»

Tras señalar las dificultades que supone aunar de hecho, coherente y fructíferamente y para una acción política y social concreta, las dos unilaterales dimensiones, social-demócrata y libertaria, el autor señala algunos de los presupuestos que están en la base de dicha orientación.

Los absolutos postulados de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad, prosigue el autor, son los que no se realizan o no se realizan suficientemente en el aquí todavía denominado modo capitalista de producción. De ahí que, como alternativa, todo lo gradual y evolutiva que se quiera, parezca necesario en nuestro tiempo y para el futuro seguir hablando de socialismo democrático.

Precisamente, por la prevalencia fáctica actual del modelo transnacional liberal-conservador y, a la vez, por las esenciales insuficiencias de algunas manifestaciones teóricas y prácticas de, respectivamente, el viejo paradigma social-demócrata y el nuevo de carácter libertario aislándolos y produciendo la ruptura entre uno y otro, es por lo que señala el autor la importancia de un «tercer paradigma» que se construya contando con las instituciones políticas y democráticas y los movimientos de base de la sociedad civil. En este sentido, sostiene que es objetivo preferente de un buen Estado social a la altura de nuestro tiempo la efectiva satisfacción de un buen número de necesidades básicas de los ciudadanos. Pero, a su vez, parece totalmente justo que dicho Estado reserve la estricta gratuidad de ciertos bienes y servicios, así como su atención más preferente, para los sectores sociales menos favorecidos.

El problema es cómo organizar y hacer funcionar en cada situación concreta el gran pacto político y económico social. Tal pacto no podrá dejar de tomar en consideración, por un lado, la existencia de ciertos poderes fácticos y de fuerzas preeminentes del implantado modo de producción; y por otro, la exigencia democrática de la voluntad popular expresada libremente a través del sufragio y las decisiones de las grandes mayorías con el respeto debido a las minorías. De la interrelación de cada circunstancia concreta de estos y otros elementos derivarán diferentes posibilidades de ese gran pacto político y económico-social, impulsado siempre en la democracia desde la soberanía popular.

Finalmente, el autor concluye sosteniendo que, desde el pacto institucional-constitucional, y si hay para ello apoyo desde un pacto ampliado a todos los sectores de la sociedad civil, es desde donde, para el socialismo democrático, habrán de enmarcarse el resto de los pactos, y entre ellos, por supuesto, el que incorpora e integra en la totalidad también a las «corporaciones» y a los organismos y entidades que constituyen los «viejos poderes fácticos», los cuales, a su vez, dentro de este marco, ganarían, no poco, en legitimación y hasta ética justificación.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

-----

---

DIETERLEN, Paulette.

*Paternalismo y Estado de Bienestar.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 175-194.

«Una de las preguntas relevantes que surge cada vez que examinamos el papel del Estado de bienestar -opina la autora- es ¿qué tipo de intervenciones estamos dispuestos a justificar?» Este tipo de Estado «ha sido, frecuentemente, criticado, tanto por ciertas corrientes de derecha, como de izquierda, por ser, precisamente, un Estado paternalista.»

En relación con esto, la autora desarrolla los siguientes puntos:

1. Carácter peyorativo del paternalismo. La autora analiza los siguientes argumentos aducidos contra el paternalismo: *a)* el paternalismo a la larga reduce la utilidad -es el argumento utilitarista de J. S. Mill-; *b)* el paternalismo viola los derechos de las personas a elaborar sus propios planes de vida -postura de Nozick.

2. Distintas concepciones del paternalismo. Se hace referencia en este apartado a las posturas de Gerald Dworkin, de Gert y Culver y de Van der Veer. El primero define al paternalismo como «la interferencia con la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coercionadas». Gert y Culver sostienen, por su parte, una caracterización más amplia del paternalismo que incluye casos en los que ni se interfiere con la libertad de acción, ni son coercitivos (por ejemplo, el caso del médico que oculta al paciente el avance de su enfermedad). Por último, Van der Veer realiza la siguiente definición del paternalismo: «La acción u omisión de una acción  $X$  por parte de un sujeto  $A$  hacia  $S$  es paternalista si y sólo si: 1)  $A$  deliberadamente hace (u omite)  $X$ ; 2)  $A$  cree que el hacer (u omitir)  $X$  es contrario a la preferencia, a la intención o a la disposición de  $S$ , en el tiempo preciso en que  $A$  hace u omite  $X$  (o cuando  $X$  afecta a  $S$  o hubiera afectado a  $S$ , si se hubiese hecho (u omitido)  $X$ );

3)  $A$  hace u omite  $X$  con el fin de promover un beneficio para  $S$ ; un beneficio que según  $A$  no ocurrirá a  $S$ , en caso de que  $A$  haga (u omita)  $X$ ; o prevenir un daño a  $S$ , un daño que según  $A$  ocurrirá a  $S$  en caso de que  $A$  haga (u omita)  $X$ . La autora considera que esta definición ofrece las ventajas de permitir una distinción entre diversas clases de interferencias y ofrecer una visión moralmente neutra del paternalismo.

3. Justificación del paternalismo. Se consideran los siguientes argumentos: el argumento del consentimiento, el del bien de las personas, el de las capacidades básicas y el de los daños y los riesgos. En opinión de la autora «quizá el problema de la justificación del paternalismo radique en querer encontrar un criterio único (...). Sólo la investigación empírica de las condiciones en las que se encuentran las personas afectadas por la acción paternalista podrá ayudarnos a elegir cuál de las justificaciones se aplica mejor y por qué».

4. Distinción entre políticas paternalistas y políticas de justicia distributiva. Para realizar esta distinción hay que tener en cuenta los siguientes aspectos: 1) El aspecto histórico (es decir, sin garantías o derechos aparentemente paternalistas fueron otorgados por el Estado u obtenidos por ciertos sectores de la sociedad), 2) El aspecto de la integridad personal (una política corresponde a un Estado justo cuando contribuye a formar o garantizar la integridad corporal, psíquica y de imagen

que uno da de sí mismo a las personas), y 3) El aspecto de los bienes primarios (es un deber del Estado asegurar las capacidades de los ciudadanos para adquirir algunos bienes primarios). El artículo concluye con una reflexión sobre el problema del paternalismo estatal en México.

(Daniel González Lagier)

---

---

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma.

*Los derechos humanos: ¿una nueva Filosofía?*

Ed. Nau Llibres, Valencia, 1988, 248 págs.

El libro pretende ser una reinterpretación de los derechos humanos. Según señala la autora en la introducción, para muchos, hablar hoy de los derechos humanos es replantear un tema ante el que sólo se puede reaccionar con escepticismo. La falta de cumplimiento y de respeto de los mismos viene a constatar casi una falacia. Al menos, éste es el panorama poco alentador que apoyan muchos ciudadanos.

Sin embargo, la autora pretende confirmar con esta obra que puede salvarse ese escepticismo.

En primer lugar, teniendo en cuenta que el término «derechos humanos» ha sido utilizado a veces de una manera desproporcionada; y en muchos Estados el recurso a estos derechos ha servido para justificar lo injustificable. Ese desfase entre lo que deberían ser los derechos humanos y lo que de hecho son, hace pensar en la necesidad de un estudio de las causas por las que se lleva a cabo el incumplimiento o, al menos, las causas por las que su defensa es disminuida.

En ese intento, la autora presenta un estudio atractivo de la práctica de los derechos humanos, centrándose concretamente en la actividad del Consejo de Europa.

La razón de esa elección obedece a tres motivos:

-El Consejo de Europa es creado en un momento crucial, exactamente un año después de la proclamación de la Declaración universal de derechos humanos.

-El ámbito de actividad del Consejo de Europa es bastante concreto: los Estados del círculo europeo.

-La defensa llevada a cabo desde el Consejo se ha traducido en el orden operativo, con la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta estas razones, la autora se centra, fundamentalmente, en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal, deduciendo lo que en la práctica jurisprudencial se entiende por cada uno de los derechos humanos. Tras este análisis, el libro recoge un estudio detallado acerca de los criterios de defensa de derechos humanos, que se desprenden de la práctica del Tribunal; y a partir de ahí, la autora desarrolla su propuesta de solución. La obra, por tanto, se podría dividir en dos partes: una primera dedicada a un estudio más bien de carácter jurídico-positivo, y la segunda, desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, motivos por los que puede considerarse de interés, dada la repercusión multidisciplinar del tema analizado.

Además, se presenta también un apéndice documental, que recoge los textos de derechos humanos, prioritariamente estudiados, incluyendo junto a ellos la relación de las sentencias del Tribunal, desde el inicio de sus actividad en 1961 hasta 1988.

Por todo ello, el libro puede considerarse como una obra completa sobre los derechos humanos en el contexto europeo.

(Lourdes Gordillo Álvarez-Valdés)

---

---

DWORKIN, Ronald.

*El imperio de la justicia* (trad. Claudia Ferrari).

Ed. Gedisa, Barcelona, 1988, 328 págs.

«¿Cómo puede mandar la Ley cuando los libros de derecho son silenciosos, confusos o ambiguos? Este libro -dice el autor- establece en toda su extensión la respuesta que he estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser (...). Este libro pule, expande e ilustra esa concepción del derecho (...). Rastrea sus consecuencias para la teoría general abstracta y luego, para una serie de casos concretos que surgen del sentido común, de estatutos y de la Constitución.

Utilizo distintos argumentos, modelos y ejemplos que he utilizado antes, aunque en cada caso en forma diferente y, espero, mejorada. Esta repetición es deliberada: permite que muchas discusiones y ejemplos sean aquí breves(...). Este libro abarca, como debe hacerlo cualquier libro sobre teoría legal, un número de intrincadas y muy estudiadas cuestiones de filosofía general. No he querido interrumpir el argumento general con una excursión a estas cuestiones, de modo que, cada vez que me fue posible, las he tratado en forma de notas. También he utilizado las notas para incluir extensas discusiones sobre ciertos argumentos presentados por algunos eruditos legales.

(...) En *Taking Rights Seriously*, desarrollé argumentos contra el positivismo legal que enfatizaba la fenomenología de la adjudicación: dije que los jueces sienten la obligación de dar lo que denomino «fuerza de gravedad» a decisiones anteriores y que esta obligación contradice la doctrina positivista de la discreción judicial. Este libro, en particular el capítulo 4, enfatiza más los defectos fenomenológicos que los interpretativos del positivismo, pero en el fondo, ambas deficiencias son iguales. También durante años me he opuesto a la afirmación del positivismo de que no puede haber respuestas “correctas” a preguntas legales polémicas, sino respuestas “diferentes”. (...) En este libro sostengo que los críticos no logran entender de qué trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de qué debe tratar si la tesis escéptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cualquier otro argumento contra la teoría del derecho que defiende. Afirmo que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva, tanto en lo que respecta a la moralidad, como al derecho.

En general -continúa el autor-, he tratado de no hacer una comparación entre mis puntos de vista y los de los otros filósofos legales y políticos, ya sean clásicos o contemporáneos, o de señalar cuánto han influido o qué he extraído de sus trabajos. Tampoco es este libro un estudio de las últimas ideas en jurisprudencia. Si hago un estudio detallado de varios puntos de vista modernos en la teoría legal, incluyendo el positivismo legal “suave”, el análisis económico del derecho, el movimiento de los estudios legales críticos y las teorías “pasivas” e “intención de los autores” del derecho constitucional americano. Sin embargo, toco estos puntos porque sus postulados tienen que ver con mis argumentos, y niego, por completo, a muchos filósofos legales cuyo trabajo es de igual o mayor importancia.»

(Daniel González Lagier)

---

---

EZQUIAGA GANUZAS, Fco. Javier.

*Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y preámbulos.*

Revista Vasca de Administración Pública, núm. 20, 1988, págs. 27-49.

En el trabajo se plantean fundamentalmente tres problemas relacionados con la exposición de motivos y el preámbulo de los documentos normativos: su concepto, su valor normativo (con especial referencia al preámbulo constitucional) y su función interpretativa.

En primer lugar, a la vista de la actual práctica legislativa y jurisprudencial, se puede afirmar que entre preámbulo y exposición de motivos no se aprecia ninguna diferencia de contenido, aunque de acuerdo con los reglamentos parlamentarios, la rotulación adecuada para los discursos introductorios al articulado de un documento normativo ya aprobado por las Cámaras debe ser «preámbulo».

En segundo lugar, no cabe duda de que el preámbulo, caso de existir, es parte del documento en el que se encuentra y que, por tanto, sus enunciados poseen el carácter de disposiciones normativas, aunque éstas tienen una intensidad prescriptiva menor que las disposiciones del articulado ya que por sí solas no son fuente de derecho objetivo, si bien es cierto que al intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado puede afirmarse que también a partir del preámbulo se construyen normas.

En tercer lugar, debido a las especiales características de la Constitución y en concreto de su preámbulo, el debate acerca del carácter normativo de éste ha sido especialmente importante, aunque considero en concreto respecto del papel de la Constitución española de 1978, que los efectos prácticos de la polémica son escasos ya que la integridad de su preámbulo está luego recogida, de una forma más o menos expresa, en el articulado. Por último, analizando sus decisiones se descubre que para el Tribunal Constitucional el preámbulo no tiene «valor normativo», pero es un elemento a tener en cuenta en la interpretación: como instrumento de la interpretación histórica, como instrumento de la interpretación psicológica y como instrumento de la interpretación teleológica.

---

---

FARIÑAS DULCE, María José.

*Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: un problema metodológico.*

Anuario de filosofía del Derecho, núm. 5, Madrid, 1988, págs. 195-223.

En opinión de la autora, «afrentar un estudio de la problemática que plantea la relación derecho y sociedad, comporta necesariamente analizar los problemas metodológicos que, en todo caso, subyacen a aquélla relación. A tal objetivo respondió el propósito que Max Weber se marcó en sus escritos de carácter sociológico-jurídico. En concreto, y, fundamentalmente: la distinción entre la metodología de la ciencia dogmático-jurídica frente a la nueva metodología empírico-causal de la Sociología del Derecho, por él propuesta, a lo que se juxtapone el problema de la relación entre la normatividad y la empirie y, con ello, la tensión entre el concepto jurídico del derecho y el concepto sociológico del mismo y, en definitiva, la tensión entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho».

El primer apartado de este artículo se ocupa del planteamiento metodológico con el que Max Weber se enfrenta a esta cuestión. Se caracteriza la postura de este autor por no compartir «la contraposición tradicional entre “naturaleza” y “vida social”, que persigue la diferenciación de las ciencias de la vida social y las ciencias naturales, en función del objeto de ambas (...). Se inclina, sin embargo, por un concepto de “naturaleza” que deriva de la contraposición entre “la totalidad de las disciplinas que operan con una explicación empírico-causal” y “las disciplinas que persiguen fines normativos o dogmáticos, como son: la lógica, la ética teórica, la estética, las matemáticas, la dogmática jurídica y la metafísica dogmática...”». En el ámbito del derecho «por una parte, tendríamos la ciencia dogmático-jurídica, que se ocupa de la esfera conceptual de las normas jurídicas (...). Por otra parte, nos encontramos con todo tipo de consideración histórico-empírica (Sociología del Derecho e Historia del Derecho), que, en contraposición a la anterior, “abordan las normas jurídicas” -incluyendo el producto de la elaboración dogmático-jurídica- considerándola como “entes fácticos” en la realidad histórica». Por consiguiente, Weber no negó carácter científico a la dogmática jurídica. En definitiva, para este autor «existen dos tipos de aproximaciones al derecho: el *sociológico* y el *jurídico*, y consiguientemente, dos métodos diferentes, pero ambos igualmente válidos desde el punto de vista científico».

En el segundo apartado la autora se ocupa del objeto de la Sociología del Derecho de Max Weber. Hay que partir del dato de que «la sociología para Weber es una ciencia *comprendiva* y *causal*, “que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esta manera explicarla, causalmente, en su desarrollo y efectos”». Por ello, «la sociología jurídica no estudia el orden jurídico en cuanto conjunto de preceptos o proposiciones normativas, sino en cuanto “complejo de motivaciones del actuar humano real”», teniendo en cuenta que «el factor determinante causal de los comportamientos jurídicos reales no es el orden jurídico o las normas jurídicas, entendidas desde un punto de vista dogmático-jurídico, esto es, en cuanto a su validez ideal-normativa, sino la representación o apreciación real que los individuos tienen de ellas».

Al contrario que Weber, Kelsen «mantuvo que la sociología del Derecho no es una ciencia autónoma e independiente, porque no está en condiciones de delimitar su objeto, esto es, de establecer lo que es

el derecho». En concreto, Kelsen sostiene que «la definición weberiana del objeto de la sociología del Derecho era insatisfactoria, por ser demasiado restringida», y que «ningún sociólogo del derecho podía delimitar su campo de acción o el objeto de su investigación, sin un criterio que le permitiera distinguir un comportamiento “jurídico” de otro que no lo es. Y este criterio sólo podía venir dado por la ciencia jurídica».

(Daniel González Lagier)

---

---

FIGUERAS PAMIES, Montserrat.

*El problema de los embriones «in vitro» y el vacío de derecho.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 441-447.

«Desde hace poco -comenta la autora- todos hemos asistido a la confirmación a la confirmación real de los “embriones in vitro”, es decir, de la fecundación artificial del óvulo femenino por el espermatozoide masculino fuera del útero materno, y la posterior implantación en la mujer del óvulo fecundado.» Este hecho «lleva a la conmoción de los fundamentos éticos, sociales y jurídicos en que hasta ahora se sustentaba, en el campo de la biogenética, la estructura social». La autora se ocupa de abordar esta problemática desde un punto de vista filosófico-jurídico.

En primer lugar, se plantea si el embrión no transferido ha de ser considerado como un «nasciturus», o como un «concepturus», opinando que debería caracterizarse como un «concepturus» cualificado, en cuyo caso «la misión del derecho en el embrión aislado o extrauterino es conducirlo para que se transforme de «concepturus» cualificado a «nasciturus» o ser en gestión, tutelando este proceso y condenando cuanto lo aparte o conculque». A continuación la autora distingue cuatro supuestos «cuyo denominador común sería la imposibilidad de fecundación tanto natural como por inseminación artificial directa»:

«-En el primer supuesto se podrían incluir todos los casos ya existentes en la realidad social de parejas que, por el deseo de tener hijos propios, recurren a la introducción artificial del óvulo fecundado en la misma mujer a la que pertenece dicho óvulo.

-El segundo supuesto es el de la fecundación del óvulo y espermatozoide de una misma pareja, pero implantados en el útero de otra mujer (...).

-El tercero sería el de la implantación en una mujer no aparejada de un óvulo suyo fecundado por un padre desconocido.

-El cuarto supuesto, el de una mujer, o un hombre, por separado o conjuntamente que “alquilen” o pidan a otra mujer para que efectúe la gestación de un óvulo de mujer desconocido fecundado por espermatozoide de hombre desconocido (...).

Posteriormente, se ocupa de «cuál debería ser el enfoque jurídico de estos momentos en la legislación española». Para ello hay que tener en cuenta, según su opinión, el artículo 15 de la Constitución, una definición de derecho como «el imperativo emitido o permitido por el Estado que tiene en sí mismo implícita la coercibilidad, que tiene su raíz en lo social y que se mueve dentro de los parámetros considerados éticos en la comunidad donde tiene su raíz», y, por último, un concepto de justicia «relacionado con la llamada “ética civil”». Según ésta hay que «partir de una puesta en práctica de lo que es justo que en cada situación concreta necesite la opinión de la mayoría, entendiéndose dicha opinión mayoritaria como consenso pasivo».

La conclusión de todo ello es que, aunque algunos de los supuestos antes mencionados plantean más problemas que los otros, «no debemos cerrarnos de manera absoluta (...). Debemos dejar este “riesgo de irracionalidad” o de disconformidad “de la minoría disidente” respecto a lo justo o injusto, que actúe como contrapeso de grandes cambios bruscos», pero sin cerrar toda posibilidad a las nuevas situaciones que se planteen.

(Daniel González Lagier)

---

---

GALINDO AYUDA, Fernando.

*Autopoietica, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del Derecho.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs, 307-348.

Partiendo del hecho de que «en la discusión filosófico-jurídica actual toma importancia creciente el tema de la construcción de una teoría o concepto de Derecho acomodados al momento histórico en que vivimos» el autor se propone en este artículo «tratar de lo siguiente: En primer lugar (I), tras explicar: 1) (...) por qué cabe discurrir sobre teorías del Derecho hoy y en qué sentido cabe hacerlo, 2) se mencionan algunas de las características-resultados de los métodos de conocimiento utilizados en la actualidad por aquellas corrientes filosófico-jurídicas que sostienen a la denominada teoría del Derecho analítica y 3) comparándolas con las características del método o los métodos utilizados por quienes elaboran los trabajos de sociología jurídica, en cuanto que ambas corrientes son adecuados -comunes- puntos de referencia para expresar la limitada eficacia de la aplicación parcial de los métodos de razonamiento tradicionales en la sociedad moderna (deducción e inducción) en la construcción de teorías del Derecho. Tras poner énfasis en cómo por la discusión postpositivista se han propuesto las modificaciones a sufrir por los métodos a seguir en la construcción de teorías, se estudia (II), el alcance de la hermenéutica como comprensión del conocimiento, comprobando, fundamentalmente, su aportación a la construcción de una teoría de la argumentación-jurídica como teoría del Derecho. La caracterización del conocimiento humano por la teoría de la autopoiesis es puesta de relieve en la siguiente parte del trabajo (III), recogiendo el uso que de la misma hace la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, así como las posibilidades que esta teoría o autopoietica ofrece para construir una teoría del Derecho actual. También, con brevedad, son comparadas autopiética y hermenéutica, mostrando las ventajas e inconvenientes de una y otra filosofía. Finalmente (IV), se establece la conveniencia de que no sea uno sólo el método a considerar en la construcción de una teoría -mejor que concepto- del derecho, si se quiere que ésta sea capaz de articular democráticamente las necesidades jurídicas y sociales del presente momento histórico».

(Daniel González Lagier)

---

---

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

*Sociología sistémica y política legislativa.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 243-270.

Se trata de analizar el modo como la sociología jurídica de orientación sistémica contempla la relación entre normas jurídicas y realidad social. Se comienza por presentar brevemente la interrelación entre sistema social y sistema jurídico en Luhmann y se concluye esta parte con la afirmación de que pese a su gran finura teórica el análisis de Luhmann no contiene indicaciones precisas para la práctica legislativa, pues todo cambio social o jurídico relevante parece quedar al albur de las determinaciones sistémicas. A continuación se pasa revista a los intentos que llevan a cabo autores como Teubner o Willke de aplicar las categorías de la teoría de sistemas, principalmente, bajo su formulación luhmanniana, al análisis de la interrelación entre la actividad normativa y los cambios sociales. Abogan estos autores por una práctica normativa jurídica que no trate de incidir directamente en la vida interna de los otros sistemas, como el económico, sino que sea mera delimitación del campo de desenvolvimiento en que estos otros sistemas operan y se relacionan. Tales tesis son criticadas en el trabajo, tanto desde el punto de vista de su difícil compatibilidad con las tesis de Luhmann en que pretenden inspirarse, como desde su carga política e idealista subyacente.

---

---

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

*Teorías de la tópica jurídica.*

Ed. Civitas, Madrid, 1988, 388 págs.

En el libro, el examen de la gran discusión doctrinal en torno a las tesis de Theodor Viehweg y otros autores sobre el carácter «tópico» del trabajo con el Derecho, da lugar a un amplio examen de algunos de los más destacados problemas de la moderna teoría del Derecho: el carácter sistemático o casuístico del Derecho, la relevancia de la lógica para la actividad jurídica, la base social de dicha actividad, la polémica sobre el estatuto científico de las distintas disciplinas o técnicas que operan con el Derecho, la contraposición entre las visiones estática y dinámica de lo jurídico, etc.

Particular relevancia se concede al tratamiento comparativo de algunas de las principales doctrinas actuales de la metodología jurídica, como las llamadas teorías de la «argumentación jurídica», tendentes a mostrar la estructura argumentativa del razonamiento jurídico y las claves de su legitimación discursiva. El problema central que en este marco se plantea es el de la racionalidad de las valoraciones presentes en la aplicación del Derecho. Se concluye que para la solución de tal problema la tópica jurídica ha abierto perspectivas interesantes, pero no ha proporcionado, ni ha pretendido proporcionar, una respuesta definitiva.

---

---

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

*¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 155-173.

El autor se propone en este artículo: «I) Establecer algunas diferencias conceptuales entre el paternalismo jurídico y otras formas de coacción estatal que presentan algunas semejanzas con aquél desde el momento en que se apartan del principio del daño a terceros propiciado por Mill. II) Analizar los argumentos que suelen ser formulados en contra del paternalismo jurídico. III) Considerar la posibilidad de establecer tipos de paternalismo jurídico justificables éticamente.» Cada uno de estos propósitos ocupa un apartado del artículo.

En el primer apartado se parte de la siguiente aproximación al concepto de paternalismo jurídico: «el paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida». El autor hace referencia también a «una posible función moralizante del ordenamiento jurídico», que quedaría también dentro del paternalismo jurídico en un sentido más amplio, y a «dos formas de intervención coactiva relacionadas aunque no idénticas con el paternalismo jurídico propiamente dicho: cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio (físico, psíquico o económico) del destinatario de la medida en cuestión; y el perfeccionismo: siempre es buena razón, en favor de una prohibición jurídica, sostener que es probablemente necesaria para perfeccionar el carácter de la persona a quien se le impone».

En el segundo apartado se tratan los siguientes tres argumentos que suelen aducirse contra el paternalismo jurídico: el argumento utilitarista, el argumento del respeto a la autonomía de la persona y el argumento de la violación del principio de igualdad. Tras su análisis el autor considera «que los argumentos aducidos en contra del paternalismo jurídico no son muy convincentes».

La afirmación anterior «no significa, desde luego, haber demostrado la posibilidad de su justificación moral», por lo que el tercer apartado intenta justificar éticamente algunos tipos de paternalismo jurídico. Tras el análisis de los conceptos de competencia e incompetencia básica, el autor propone que «el razonamiento justificante de una medida paternalista tiene (...) que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico)». Estas dos premisas son condiciones necesarias de la justificación del paternalismo jurídico y su conjunción las transforma en suficientes, según este autor. «De admitir esto continúa el autor habrá que concluir que no está éticamente justificable interferir en los siguientes casos:

- a) cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación (...).
- b) cuando alguien que posee competencia básica prefiere correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad (...).

c) cuando alguien con competencia básica arriesga su vida en aras de los demás (...).»

El autor finaliza con una reflexión acerca de la función moralizante del paternalismo jurídico en cuanto que «si se admite (...) que el punto de vista interno es condición necesaria, aunque no suficiente, de la existencia de un ordenamiento jurídico positivo y que aquél es expresión de las mores de los grupos políticamente significativos, no hay duda que el ordenamiento jurídico cumple, en este sentido, una función moralizante».

(Daniel González Lagier).

---

---

GESSNER VOLKMAR; CABALLERO, F. J.

*Sociología de las innovaciones jurídicas.*

Ed. Laboratorio de Sociología Jurídica, San Sebastián, 1988, 69 págs.

Este libro se compone de seis artículos breves que se emplazan, según temática, en «Nuevas formas de creación de empleo» o en «Nuevas formas de resolución de conflictos matrimoniales».

En el primero de estos artículos, *Los efectos de los programas de ayuda de la CEE para la creación de iniciativas locales de empleo*, de Hans Harms, el autor hace una comparación entre los mercados de trabajo de la Europa industrializada y los de la Europa Sur menos industrializada. Se estructura en dos grandes epígrafes rubricados: *Causas del fenómeno socioeconómico* y *Repercusión del ingreso de España en la Comunidad Europea*. En el primero se señalan como causas fundamentales de las nuevas formas o alternativas de trabajo «el cambio de valores» y «el desempleo masivo». La primera se da, principalmente, en los países más industrializados al observarse las consecuencias ecológicas y sociales debidas al sistema económico. Junto a ello se muestra la situación del mercado de trabajo en las zonas menos industrializadas, sirviéndose de la situación existente en Andalucía, en donde el corporativismo es el sistema alternativo preferido. Por último, se trata el tema de la repercusión del ingreso de España en la CEE.

El segundo artículo se rotula *Los obstáculos principales para la creación de nuevas formas de empleo*, y su autor es Armind Höland, corriendo la traducción a cargo de Ana Isabel Irizar Gómez. En este artículo se señala cómo las nuevas formas de empleo y de empresa tienden a la preeminencia del empleo respecto de los posibles bienes obtenibles: a la autogestión; a la orientación local, etc... Se compara, a su vez, la normalidad jurídica y económica actualmente existente con las nuevas formas de empleo, lo que determina la necesidad de un cambio de aquélla para acomodarse a las nuevas formas de empleo y empresa.

El tercer artículo se titula *El sostén económico y jurídico de los organismos de asesoramiento para las iniciativas locales de empleo* (en Francia) y su autora es Dominique Nocaude, estando traducido por F. J. Caballero. La autora hace una exposición de los diversos organismos franceses encargados de asesorar las iniciativas locales de empleo. Dichos organismos son tanto de consejo, como económicos y jurídicos. Se señala, asimismo, cómo el conjunto de los actores socioeconómicos locales están en proceso de cambiar de mentalidad y cómo estas experiencias permiten una toma de conciencia de los problemas de creación de empleo a partir de las realidades de terreno.

El cuarto artículo: *La aptitud de la forma cooperativa para la organización de las nuevas formas de empleo a escala social* es obra de Utrich Willier y ha sido traducido por A. I. Irizar. Su autor expone algunas hipótesis sobre las posibilidades que aporta el estatus de cooperativa a las personas susceptibles de montar un negocio. Como quinto artículo se presenta el de Anthony Ogus, traducido por Blanca Cuerda bajo el título: *La conciliación extra-judicial de los conflictos matrimoniales*. En este artículo se comienza dando un concepto de conciliación para pasar, posteriormente, a dar una muestra de la evolución de la conciliación en el Derecho de familia de los países anglófonos, en donde nos encontramos con procesos ligados a los tribunales, procesos referentes al sector privado y procesos referentes al sector voluntario. Se tratan también, desde un punto de vista crítico, cuestiones

sobre el futuro de conciliación.

El último artículo de este libro es obra de Siegfried Willutzki y trata sobre *El juzgado de familia como mecanismo efectivo de resolución de los conflictos matrimoniales: experiencia en Alemania*, traducido por Cristina Antón Más. En este artículo se nos muestra el «joven» Tribunal de Familia instaurado en Alemania en 1977, con el fin de unificar todos los procesos concernientes a la familia.

---

---

GIL CREMADES, Juan José.

*Approche methodologique des regles juridiques regissani le secret professionnel.*

Consejo de Europa, Actas del decimoséptimo coloquio de Derecho europeo, Zaragoza, 1988, págs. 140-152.

En esta ponencia el autor pretende determinar las líneas homogéneas posibles para el secreto profesional y situar en el ordenamiento jurídico -nacional y europeo- su dimensión jurídica.

Con este fin el autor divide este trabajo en los siguientes apartados: «*Secreto profesional*», y «*Derechos de la personalidad*», El «*secreto profesional*» en el sistema de Derechos fundamentales y El «*secreto profesional*» en el conflicto entre libertades individuales y Derechos sociales, y llega a las siguientes conclusiones:

a) La ley debería definir y clasificar los bancos de datos de los profesionales, determinar sus exigencias de funcionamiento y la necesidad de su registro.

b) Las personas individuales y colectivas deben tener conocimiento de la existencia de bancos de datos de carácter profesional, y se les debe garantizar un control, de modo que: 1) puedan tener acceso a los datos que les conciernan y 2) puedan corregir y anular los datos inexactos, o ejercer, en su caso, el llamado «Derecho al olvido».

c) Las hipótesis de transmisión de la información autorizada por la ley deben ser excepcionales. Aunque la cláusula utilizada en esta recomendación es indeterminada, en opinión del autor es imposible utilizar una técnica legislativa que eluda el uso de cláusulas de este tipo cuando se trata de definir las excepciones al principio de conservación del secreto.

d) Es necesario establecer instrumentos de garantía que protejan el ejercicio de la libertad de información, pero que sean compatibles con el respeto a la intimidad. Los órganos de control pueden ser: 1) los tribunales; 2) un comisario administrativo controlado por el parlamento, incluso nombrado directamente por él, o a propuesta del gobierno (Datenschutzbeauftragter alemán); 3) una comisión concebida como una autoridad administrativa independiente (caso francés); 4) en determinados casos, el Tribunal constitucional; 5) reforma de las legislaciones penal y procesal teniendo en cuenta el contexto en el cual se sitúa actualmente el secreto profesional. En resumen, opina el autor que el secreto profesional debe ser entendido de manera amplia, es decir, como la garantía dada a los individuos, grupos e instituciones, que decidirán cuándo y cómo estas informaciones, que les afectan directamente, podrán ser transmitidas a terceros.

(Felipe Renart García)

---

---

GIL CREMADES, Juan José.

*Del paradigma del «mal legislador» al paradigma del «mal juez».*

Theoria, San Sebastián, núms. 7-8-9, octubre 1987-septiembre 1988, págs. 109-119.

Este texto recoge la contraponencia que el autor presentó a la ponencia de Aulis Aarbnio *Sobre el razonamiento jurídico como razonamiento perpetuo* en las X Jornadas de filosofía jurídica y social, celebradas en Alicante en Diciembre de 1987. En su opinión en la conferencia de Arnio «de una parte, se aborda la decisión judicial desde el punto de vista de la filosofía de la acción -¿cómo se tomó y por qué se tomó la decisión?; de otra parte, se aborda la decisión judicial desde el punto de vista de su *legitimidad o justificación*. En el primer caso, se cree aplicable, con ciertas limitaciones que el texto expone, el silogismo práctico: éste sirve de esquema explicativo. En el segundo caso, el esquema válido es el de la lógica del *discurso argumentativo*. El primer plano, sería incluíble en el ámbito de la *razón*; el segundo, en el de lo *razonable*».

Sin embargo, para el autor «no se establece un puente de unión entre la temática abordada en el primer punto y la tratada en el segundo» y «no se habla específicamente del comportamiento del juez o de cualquier otro agente jurídico, sino de la “conducta humana en general”, e incluso se concluye con un ejemplo trivial y cotidiano -el abrir las hojas de una ventana- (...)». En la segunda parte -continúa-, el raciocinio, la argumentación se ciñe a la interpretación de un texto ofrecido por el sistema de fuentes jurídicas. Pero el carácter lógico de la argumentación se muestra insuficiente, pues suministra sólo una justificación externa. Más allá de este resultado, cuando se pide una justificación *interna*, se aducen razones *axiológicas* y se apela, en la línea en que Robert Alexy se refiere a Jürgen Habermas, a la *intersubjetividad* de la comunicación humana: se habla incluso de una «simple comunidad jurídica», -legal community como un ideal, como una utopía: la utopía, por extraño que parezca se aduce como garantía de la racionalidad más problemática: la de las opciones valorativas.»

Para el desarrollo de estas líneas de crítica el autor estructura la ponencia en cuatro apartados. En el primero de ellos se realiza «un análisis más pormenorizado que tratará de la proyección jurídica de la “filosofía de la acción”». En el apartado segundo se muestra «una mayor complejidad del tema de la lógica de la argumentación» y en el tercero se hace «mención a cómo la depuración de la metodología jurídica clásica, esto es, la implantada por la «jurisprudencia de conceptos- acorde con los principios de política jurídica de la Revolución liberal (...), depurada por la filosofía analítica, irrita aún más a un radicalismo post-metodológico, que califica a nuestra época de un tiempo sin paradigmas, un tiempo en que han quedado rotas las sendas que conducían a la utopía». Por último, en el apartado cuarto se apuntan nuevos problemas que amplían «el reduccionismo de la metodología clásica» y se abren «a la posibilidad no del *bon legislateur* o del obediente, porque deductivo, *bon judge*, sino también a la del “mal legislador” y la del “mal juez”, porque optaron mal en sus decisiones».

(Daniel González Lagier)

---

---

GUISAN, Esperanza (Coord.)

*Esplendor y miseria de la ética kantiana.*

Ed. Anthropos, Barcelona, 1988, 229 págs.

«Por primera vez se procede en España -dice la coordinadora de este libro- a reunir a un grupo de especialistas en filosofía Moral para abordar conjuntamente, cada uno desde su perspectiva particular, los méritos y deméritos de la ética kantiana.»

El libro se abre con el trabajo de José Luis L. Aranguren *Filosofías racionalistas, filosofías noéticas y Kant*, en el que «además de mostrarse las grandezas y debilidades de la filosofía moral de Kant, se rastrean los orígenes luteranos del pensamiento kantiano, incluida la secularización de la idea del «pecado original», también en versión fuerte luterana».

«El trabajo del profesor José Rubio Carracedo -dice la autora- *El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant* se centra en las influencias importantes que el pensamiento rusioniano ejerció sobre el de Kant, es aspectos tan concretos y relevantes como la idea de la igualdad esencial entre los hombres, la confirmación de la insuficiencia del tratamiento empirista de la moral por los tratadistas británicos del *moral sense*, así como un enfoque objetivo de la naturaleza humana, la sociedad y la historia.»

«Dentro de este momento de confrontación de Kant con los pensadores de su tiempo se inserta, asimismo, el trabajo del profesor Gilberto Gutiérrez *La razón práctica a entre Hume y Kant*, que lleva concebida al modo teleológico, como en el caso de Mosterín, y la racionalidad deontológica, *more kantiano*»

Continúa esta recopilación con el texto *Habermas en el reino de los fines*, de Javier Muguerza, quien «al igual que lo había hecho el profesor Gutiérrez toma decidido partido a favor de Kant, enfrentándolo en esta ocasión con las concepciones «dialógicas» de la ética, propugnadas por Habermas y otros en nuestros días».

El ensayo de Adela Cortina, *Dignidad y no precio: más allá del economicismo*, «que nos muestra ampliamente la génesis y desarrollo de los conceptos morales kantianos, enfoca los perfiles del pensamiento ético kantiano desde el ángulo más “favorecedor”, resaltando una de las facetas más atractivas de la doctrina moral kantiana, aquélla en la que el hombre aparece siempre como un fin en sí mismo, nunca como un medio u objeto de intercambio».

Con su trabajo *Immanuel Kant: una visión masculina de la ética*, Esperanza Guisán lleva a cabo «una exposición crítica de los aspectos más negativos de la ética kantiana, especialmente por lo que respecta a su olvido del papel de los sentimientos a la hora de coadyuvar a la construcción de la racionalidad práctica, o a su tajante escisión entre la persecución de la felicidad y la virtud como metas irreconciliables, en contra de la tradición clásica y el humanismo moderno y contemporáneo».

«El ensayo de Priscila Cohn aborda un problema de la ética aplicada de creciente interés. Kant y el problema de los Derechos de los animales trata de examinar los textos kantianos, especialmente aquéllos en los que se ejemplifica la aplicación del imperativo categórico, para buscar cabida y apoyatura más que textual contextual, dentro de la obra kantiana, a la defensa de los seres que si bien no han sido dotados de razón (al menos de una «razón» idéntica a la humana) constituyen una parte

importante de la naturaleza por la que Kant experimentó, sin duda, una profunda y declarada admiración (...).»

El libro se cierra con el artículo de Victoria Camps *Ética y política: ¿qué podemos esperar?*, en el que esta autora «se muestra extremadamente crítica, tanto frente a las éticas deontológicas como a las teleológicas. Concretamente, se enfrenta con una dosis de sano escepticismo a Kant, quién parece saber demasiado qué tenemos que hacer (a tenor de lo que nos indica el imperativo categórico) y qué podemos esperar (la felicidad en otra vida)».

(Daniel González Lagier)

---

---

GUISAN, Esperanza.

*Necesidad de una crítica de la razón pura práctica.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 273-289.

«Considero -dice la autora, precisamente, que uno de los retos con los que se enfrenta la filosofía moral contemporánea es el de la re-lectura, o tal vez re-escritura, de la *crítica de la razón práctica* kantiana, complementando y matizando aquellos aspectos que Kant descuidó, de tal manera que se proceda a una revisión en profundidad del uso realizado por Kant de la razón *pura* práctica (...), lo que significaría (...) su sometimiento a los deseos, sentimientos y necesidades humanos, rompiéndose así, adecuadamente, el impropio hiato acentuado por Kant, como tendré ocasión de demostrar, entre ser-deber ser, razón-pasión, entendimiento-deseo.» Con el fin de determinar «aquellos aspectos en los que la razón pura en su uso práctico no debe excederse en sus atribuciones y ha de proceder, por el contrario, a ser re-escrita en clave utilitarista», la autora realiza en este artículo una confrontación «de las aportaciones de Kant y J. S. Mill con relación al concepto de “felicidad” en general, respecto al cual se oponen y difieren, y el de “auto-estima” y “auto-respeto” que les acerca de forma insospechada».

El artículo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos -*El hedonismo psicológico de Kant y Mill*- se sostiene que mientras Kant niega, por un lado, el hedonismo ético, por otro lado, se adhiere «a un exacerbado y desgarrador hedonismo psicológico egoísta que a nivel fenoménico parece dominar totalmente la conducta humana, constituyendo una carga pesada de la que sólo podemos liberarnos por medio de la obediencia a los preceptos de la razón pura». Por el contrario, Mill, si bien defiende un hedonismo ético universal, no se muestra inclinado a sostener un hedonismo psicológico egoísta. Esta diferencia entre ambos autores «redunda en una *concepción de la naturaleza humana* totalmente antagónica entre sí, lo que explica el distanciamiento en sus postulados éticos.

En el segundo apartado -*Ser-deber ser, hacer-deber hacer*- la autora introduce una división tripartita de los deseos y la búsqueda consiguiente de placeres, con el fin de aclarar la distinción entre «deseado» -plano del ser- y «deseable» -plano del deber ser -: el nivel I es el de los deseos y placeres solitarios; el nivel II, el de los deseos y placeres gregarios; el nivel III, el de los deseos y placeres solidarios. Para Mill los deseos genuinamente humanos son los del tercer nivel, pero esta creencia está viciada, según la autora, «por nuestra propia valoración de aquello que consideramos más deseable para el hombre». En este sentido, Kant se muestra más realista que Mill, aunque «algunas veces, por lo menos, “deseable” coincide con “deseado”».

La tercera parte -*Felicidad y virtud, gratificación y auto-estima*- se ocupa del concepto kantiano de auto-estima y del concepto de auto-respeto de Mill y de la relación de estos autores entre felicidad y virtud, concluyendo que «mientras que en Kant el concepto propio, o auto-estima, se liga con el reconocimiento de uno mismo como cumplidor de una ley que él mismo, en cuanto participante de la racionalidad universal, se ha dado, no en cuanto persona individual y “fenoménica”, con intereses y deseos empíricos, para Mill el auto-respeto es un sentimiento moral propio de personas en las que se desarrollan los sentimientos sociales de solidaridad, que constituyen el genuino respeto». La autora llega a sostener que «el planteamiento rigorista y religioso de Kant, que implica una cierta “maldad”

natural en el hombre, resulta un atentado contra la propia individualidad y libertad humanas».

(Daniel González Lagier)

-----

---

HABERMAS, Jürgen.

*¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? (trad. de Manuel Jiménez Redondo).*

Doxa, Alicante, núm, 5, 1988, págs. 21-45.

«La autonomización del sistema jurídico -dice el autor- no puede significar una desconexión completa de Derecho y moral, por un lado, y de política, por otro. El Derecho, al convertirse en positivo, no rompe sus relaciones internas con la moral y la política. En la primera parte voy a bosquejar, a grandes rasgos, cómo el Derecho moderno, con ayuda del Derecho Natural Racional, se diferenció del complejo tradicional que formaban moral, Derecho y política. En la segunda parte me ocuparé de la cuestión de cómo del hundimiento del Derecho Natural Racional surge una idea de Estado de Derecho que de ninguna manera se limita a flotar impotentemente sobre una sociedad de alta complejidad y acelerado cambio. En la tercera parte, finalmente, estudiaré, desde una perspectiva interna, cómo Derecho y moral se complementan hoy a la vez que se entrelazan».

«La idea de Estado de Derecho que he tratado de reformular -concluye el autor-, aunque apunte un poco alto, no por ello resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica; para convencerse de ello, basta tener presente que esa idea es el único criterio que tenemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué podría significar eso de autonomía del Derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí para sí sólo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el Derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber Derecho autónomo sin democracia realizada.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.

*Discurso de clausura por el Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil.*

Poder Judicial, Madrid, núm. especial, 1988, págs. 115-121.

En este texto se recoge el discurso de clausura de las Jornadas sobre Derechos Humanos organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. El autor advierte que el sentido de su intervención «es precisamente ir a una concepción del derecho en la que éste no se desenvuelva en el aspecto exclusivamente formal, ni siquiera en el exclusivamente ideal, sino nutrirle de contenido en su expresión y en su efectividad real».

El punto de partida se encuentra en que «la Constitución española se caracteriza por responder toda ella a un concepto material, no sólo del Derecho, sino del Derecho y del Estado; uno y otro, Derecho y Estado, no son meras formas». Según el autor, esto es así porque existe «una puesta en contacto del total orden jurídico con presupuestos y fines ético-sociales»: los valores superiores, los derechos fundamentales y la persona.

Respecto a valores cabe decir que todos ellos «tienen como nota común un componente ético que procede de enunciarse en términos de deber ser, y tienen, además, un componente social en cuanto que, lejos de constituir un nominalismo formalista, tienden a realizarse, a alcanzar una efectividad práctica concreta en la convivencia social».

El segundo de los presupuestos ético-sociales de una concepción material del Derecho y del Estado está constituido por los derechos fundamentales. Estos son, según el autor, «las grandes realizaciones de los valores superiores» y suponen «una ruptura con el positivismo jurídico y en particular con Kelsen». «La concepción de los derechos fundamentales -continúa- afirma el carácter esencial de unos derechos que son anteriores al Estado y no mera creación convencional de éste.» Precisamente por esta razón «la posición de protagonista se desplaza del Estado hacia la persona».

Cabe distinguir respecto de la manera de entender la persona tres fases a lo largo de la historia de la cultura jurídica occidental. En una primera fase el concepto de persona es el de «una investidura jurídica que sólo corresponde a algunos o que puede corresponder sólo a algunos»; se trata de la posición del Derecho Romano. En la segunda fase la persona se considera «como la exposición y el resultado de una investidura jurídica que el ordenamiento reconoce a todos». Por último, la tercera fase -en la que nos encontramos- supone «ver en la persona el fundamento del orden social, político y jurídico. La persona no empieza con el derecho» no es la capacidad jurídica, ni una creación de las normas, el Derecho dota de significación al ser humano existente con valor y vigencia previos en cuanto realidad ontológica y exigencia ética».

La Constitución española se inscribe dentro de esta última concepción de la persona, como se advierte en su artículo 10.1, que el autor comenta en el texto, atendiendo especialmente al concepto de dignidad.

(Daniel González Lagier)

---

---

HERVADA, Javier.

*La distinción entre moral y Derecho en la perspectiva del realismo clásico.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 295-303.

Los criterios de distinción entre moral y Derecho dependen de las nociones de moral y Derecho de las que se parte. En este caso se trata de mostrar cómo se establece esta distinción según el pensamiento realista clásico. Para ello comienza el autor con algunas precisiones previas, que de no tenerse en cuenta podrían oscurecer la solución del problema.

La primera distinción se refiere a la naturaleza de las cosas y a la naturaleza de las ciencias. Las ciencias, recuerda el autor, no totalizan sus objetos, sino que se limitan a contemplarlos (ciencias especulativas) o realizarlos (ciencias prácticas) según una perspectiva o aspecto, tradicionalmente llamados objeto formal. Ello lleva a la distinción entre ciencia del Derecho y filosofía moral. Ambas ciencias tienen una perspectiva distinta. La filosofía moral -la moral como ciencia específica- tiene por objeto formal propio la conducta de los hombres respecto a su realización personal y en su relación con Dios. En cambio, la ciencia del Derecho tiene como perspectiva formal el orden social justo, o sea, la obra externa de la justicia; más precisamente: decir o determinar el Derecho. Por tanto, se trata de dos ciencias distintas; la ciencia jurídica no es una parte de la filosofía moral.

Cosa distinta -y con ello se entra en la segunda precisión- son las realidades. De entre ellas, hay una realidad humana específica que consiste en la conducta humana racional y voluntaria, que recibe el nombre de moral (es la realidad moral del hombre). Esta realidad moral es objeto de tres ciencias distintas: la filosofía moral, la ciencia política y la ciencia del Derecho.

Las conductas reguladas por el Derecho son, en el sentido indicado, conductas morales, que se refieren a la justicia, pero no a toda la justicia, sino sólo a la obra externa de ella. El orden social justo es, pues, una parte de la buena ciudadanía. Y como en realidad la acción humana es una en todas sus partes, las leyes, al influir sobre la buena ciudadanía, influyen en la conducta moral. No cabe, pues, escindir legalidad y moralidad como mundos separados y sin relación mutua. Pretender unas leyes que no toquen las virtudes o los vicios es caer en el más puro irrealismo.

---

---

HERVADA, Javier.

*Apuntes para una exposición del realismo jurídico o clásico.*

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 18, 1988, págs. 281-300.

El autor intenta ofrecer una síntesis apretada de las nociones fundamentales del realismo jurídico clásico (justicia, Derecho y ley) en forma de pensamientos breves. Por realismo jurídico clásico entiende la filosofía del Derecho que se encuentra en Aristóteles, los juristas romanos, Tomás de Aquino, Villey, etc.

Para esta corriente de pensamiento, la justicia no es un valor ni una estimación emotiva, sino una virtud particular, que consiste en cumplir y satisfacer el Derecho: dar a cada uno su derecho (lo suyo). No es, pues, una vaga idea, sino la concreta disposición a conductas bien determinadas y precisas: cumplir y satisfacer el Derecho. Como sea que el Derecho es una cosa determinada, la justicia y la injusticia no consisten en apreciaciones genéricas, sino en el cumplimiento del Derecho y en su lesión respectivamente.

¿Qué es el Derecho en el realismo jurídico clásico? El Derecho no es la norma o ley, ni el Derecho subjetivo, sino aquella cosa -corporal o incorporeal- que, estando atribuida a un sujeto, le es debida con deuda en sentido estricto. Esta cosa se determina por el título de atribución y por la medida.

La ley es Derecho en sentido análogo -por metonimia con analogía de atribución. Propiamente es la regla del Derecho, esto es, causa y medida del Derecho. Es causa del Derecho, porque atribuye cosas corporales e incorporeales, y es medida, por cuanto delimita la extensión del Derecho, determina sus requisitos de ejercicio, etcétera.

Según esto, el oficio de jurista no consiste, en último término, en interpretar y aplicar la ley, sino en determinar el Derecho, que es lo mismo que determinar lo justo. La interpretación de las leyes es, sin duda, una función del jurista, pero no es el término de su oficio: las leyes se interpretan en cuanto son regla del Derecho. En último término, el oficio de jurista tiene como finalidad especificadora determinar el Derecho, esto es, lo justo. En conclusión, el jurista no es el servidor de la ley, sino el servidor de la justicia y el Derecho.

---

---

IGARTUA SALAVERRIA, Juan.

*La moral en la justificación de las decisiones judiciales.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 165-192.

El autor pretende mostrar en este artículo «que en la justificación de las decisiones judiciales existe suficiente flexibilidad para propiciar un mutuo ajustamiento entre la moral y el Derecho».

Con este fin se descartan los puntos de vista empírico y normativo para el estudio de los juicios morales en las justificaciones judiciales. «El primero conduce -dice el autor- a la descripción de los juicios morales y su función en la justificación judicial; el segundo prescribe cómo deben incardinarse las concepciones morales en las sentencias.» En cambio, se adopta una perspectiva diferente, que el autor llama analítica. Esta consiste «en forjar un modelo que permita enumerar las fases lógicamente distinguibles en la justificación judicial y sea capaz de prever los huecos que ésta oferta al razonamiento moral».

En este sentido, el autor toma el modelo de aplicación del derecho de Wroblewski, que se descompone idealmente en cinco fases o «decisiones sectoriales», y señala los momentos de cada una de esas fases en los que la moral interviene en la decisión judicial. Tales fases son:

- 1) Decisión de validez de la norma aplicable al caso.
- 2) Decisión de interpretación del significado de esa norma.
- 3) Decisión de evidencia de los hechos tenidos por probados.
- 4) Decisión de subsunción de estos hechos en los supuestos que contempla la norma interpretada.
- 5) Determinación de las consecuencias que el Derecho impone a esos hechos ya calificados jurídicamente.

(Daniel González Lagier).

---

---

ITURRALDE SESMA, Victoria.

*Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 349-382.

Este artículo versa sobre una de las (tradicionalmente consideradas) propiedades de los ordenamientos jurídicos: la completitud.

Después de una incursión terminológica, se exponen las teorías que han sido soporte de la tesis, según la cual, el Derecho es un orden completo. A tal fin se toman en consideración no sólo las teorías que podíamos denominar clásicas (del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva), sino también otras dos: una de base lógica, y otra que toma como fundamento de la plenitud del ordenamiento la prohibición de denegación de justicia.

En un segundo momento se realiza una crítica cada una de las anteriores teorías a fin de mostrar que la completitud de los ordenamientos jurídicos no constituye una cualidad «a priori» de los mismos. Las teorías iusfilosóficas del espacio jurídico vacío y de la norma general exclusiva plantean la cuestión de las lagunas a un nivel puramente conceptual, lo que les lleva a sostener la inexistencia de vacíos jurídicos ya sea en base a lo no regulado no entra dentro del campo de lo jurídico y, por tanto, no tiene sentido hablar de lagunas (caso de la primera), ya en base a que puesto que todos los actos «caen» dentro del Derecho y éste opera imponiendo restricciones a la libertad natural del hombre lo no regulado debe entenderse permitido (caso de la teoría de la norma general exclusiva). La primera excluye el «permitido» de las modalidades deónticas, y la segunda realiza un «salto» respecto del *status* deóntico de las acciones haciéndolas pasar de la ausencia de *status* a uno determinado: la permisión.

Ahora bien, el principal motivo por el que consideramos que dicha teoría no muestra la completitud de los ordenamientos jurídicos, reside en el hecho de que otorgan el *status* de normas a lo que no son sino construcciones doctrinales (metanormas).

De otro lado, la teoría que fundamenta la completitud en la obligación de juzgar de los jueces comete el error de identificar dos sentidos diferentes de completitud: completitud de cualificación y de decisión; así como de referir la completitud a los casos individuales, cuando en realidad está se plantea en el orden de los casos genéricos.

Tampoco puede aceptarse la tesis lógica que fundamenta la completitud de los sistemas normativos en la interdefinibilidad de permitido y prohibido, pues identifica lo que son dos niveles de lenguaje: los enunciados normativos y las proposiciones normativas.

Es por esto que consideramos que un correcto examen de la problemática de las lagunas no puede llevarse a cabo en relación a todo el ordenamiento jurídico, sino a través de una previa delimitación de la base normativa; y será, por tanto, en función del universo del discurso del lenguaje legal que puede hablarse de completitud o incompletitud.

En último lugar se examinan los que consideramos dos conceptos más relevantes de laguna: laguna normativa y laguna técnica. Decimos que existe una laguna normativa en un sistema normativo en relación a un universo de casos cuando respecto a un caso no se establece ninguna solución o se establece únicamente una solución minimal, y no existe en el ordenamiento ninguna norma de clausura.

La laguna técnica se produce cuando el propio ordenamiento prescribe, de cara a su efectividad, la presencia de una o más normas y éstas no existen.

---

---

ITURRALDE SESMA, Victoria.

*Elementos semántico-sintácticos de indeterminación de los enunciados normativos en el lenguaje legal.*

Theoria, San Sebastián, núms. 7-8-9, 1987-88, págs. 157-190.

El artículo tiene por objeto el análisis de una de las causas de indeterminación de los textos legales como es la que se deriva del lenguaje en que los mismos están redactados. Abordamos, únicamente, los aspectos semántico y sintáctico, dejando de lado la vertiente pragmática. Partimos del hecho de que el lenguaje legal es un lenguaje especial, es decir, es fundamentalmente un lenguaje común u ordinario con algunas peculiaridades de carácter semántico. Así, consideramos de un lado, los factores semánticos de indeterminación legal y, de otro, los sintácticos.

Por lo que al aspecto semántico se refiere, tratamos por separado la indeterminación proveniente de los términos legales en general, y la de aquéllos por medio de los cuales se expresan las relaciones deónticas. Respecto de los primeros podemos cifrar en tres los factores de indeterminación: *a)* la terminología de los textos legales, *b)* la manera de determinación de los hechos en el Derecho y *c)* las relaciones que los términos del lenguaje legal tienen con los del lenguaje ordinario. Respecto de los términos que los textos legales emplean para expresar relaciones deónticas cabe destacar su imprecisión debido a que: de un lado, se utilizan una pluralidad de formas gramaticales para expresar una misma relación deóntica y, de otra, cuando se emplean términos deónticos se hace de forma ambigua.

En la vertiente sintáctica el lenguaje legal no tiene peculiaridades que lo distingan del lenguaje ordinario, lo que implica que la ambigüedad es del mismo tenor en ambos lenguajes. En aras a poner de relieve este tipo de ambigüedad distinguimos tres causas: la derivada de la presencia de términos modificadores (por ejemplo, *excepto si...*, *mientras que...*), la proveniente de la doble significación de los términos «o» e «y», y por último, la derivada de los signos de puntuación.

---

---

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel.

*¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a Derechos fundamentales?*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 107-138.

«Mi respuesta a esta pregunta dice el autor, refiriéndose al título de este artículo va a ser negativa. Pero, naturalmente, sólo la planteo como hipótesis, y, además, al final de este trabajo, pienso que tal pregunta se convierte en una pregunta distinta, que, por supuesto, no va a ser mi intención responder. Por lo demás, en esta exposición voy a prescindir, por mor de la claridad en la argumentación, de muchos asuntos y problemas que vendrían al caso, de modo que también por este capítulo sólo puede pretender para la respuesta negativa a la pregunta un carácter heurístico e hipotético.»

Continúa el autor afirmando que lo que pretende en este texto es exponer las razones por las que piensa que, tanto la Constitución española como cualquier otra del mismo tipo, probablemente tienen que contener varias teorías acerca de los conceptos de libertad e igualdad, siendo inviable en ellas una teoría unitaria de los mismos. «Esas razones -precisa- me las confirma el libro de R. Alexy *Theorie der Grundrechte*, en el que el autor pretende desarrollar una teoría jurídica, unitaria y consistente de los capítulos de la Grundgesetz alemana relativos a Derechos fundamentales, y creo que no lo consigue.» Para ello, tras un apartado de introducción (I), divide el artículo en los siguientes párrafos: II. *A) Núcleo normativo de la tradición liberal. «La promesa liberal.» B) Núcleo normativo de la tradición de pensamiento democrático. «La promesa demográfica.» III. Dialéctica de tradición liberal y tradición democrática en la historia de la constitucionalización de los derechos fundamentales. IV. Sobre «la virtud y el curso del mundo, V. De vuelta al problema de una teoría de los Derechos fundamentales. Reivindicación del núcleo normativo de la tradición democrática.*

Frente a Alexy, el autor llega a las siguientes conclusiones: «No es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos sobre derechos fundamentales porque tal teoría sólo podría adoptar (...) la forma de una teoría de la “Abwägung der Prinzipien” (ponderación de principios), pero tal “Abwägung der Prinzipien” no es una cuestión teórica, sino política. Y si ello es así, nos vemos en la siguiente alternativa: o bien tal Abwägung se hace conforme a unos criterios de ponderación o sistema de valores arbitrarios (también jurídicamente, en el sentido de no definidos en la propia Constitución), o son objeto de validación pública, y ello sólo puede tener lugar en espacios de discusión pública de los que quepa afirmar que cumplen, al menos mínimamente, los supuestos normativos de la tradición democrática. Si esto último no es posible, sólo queda la primera alternativa: la de un sistema de valores arbitrario.»

(Daniel González Lagier)

---

---

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel.

*Nota preliminar.*

Doxa, Alicante, Núm. 5, 1988, págs. 19-20.

Tras recordar el punto en el que Habermas da con el problema del Derecho en *Teoría de la acción comunicativa*, el autor expone como «al intentar sentar de nuevo las bases de una teoría crítica de la sociedad, Habermas no tiene más remedio que hacer frente a los términos de diagnóstico de Weber. Y en lo tocante al Derecho su visión viene a ser la siguiente: (...) pensar en un Derecho que pudiera sacudirse los problemas de legitimación es, incluso empíricamente, insostenible. Y si ello es así, no cabe, como hace Weber, desligar al Derecho de esa esfera de validez práctico-moral, esfera que, por lo demás, no necesita de base religiosa alguna. (...) Constitutivamente el Derecho no puede desprenderse de las estructuras de la conciencia prácticamente-moral, ello o se hace sentir en el interior del propio sistema jurídico como «razón práctica» operante en el propio interior de él o no se encontrará hoy en ninguna parte.

Y así Habermas emprende un análisis del Derecho en el que se dan la mano sociología del Derecho, teoría del Derecho, reconstrucción teórica de las estructuras de la conciencia moral moderna, análisis del razonamiento jurídico y análisis de la práctica jurídica.

El terreno que este planteamiento interdisciplinar ofrece para teóricos de materias bien diversas ha empezado ya a dar sus frutos en Alemania (...).

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

KELSEN, Hans.

*Escritos sobre la democracia y el socialismo* (selección y presentación de Juan Ruiz Manero).

Editorial Debate, Madrid, 1988.

Se trata de una recopilación de textos de Hans Kelsen «que no va dirigida estrictamente a un público de juristas ni integra textos propiamente teórico-jurídicos», según se advierte en su prólogo, es, por tanto, una recopilación de textos sobre cuestiones respecto a las que el pensamiento de Kelsen no ha alcanzado, al menos en castellano, la difusión que han tenido sus aportaciones a la teoría del Derecho. Este libro se dirige a paliar en alguna medida esta deficiencia recogiendo textos kelsenianos acerca de la teoría de la democracia y de crítica a las teorías marxistas inéditos hasta ahora en nuestra lengua. Son los siguientes: *La teoría política del socialismo*, de 1923 (trad. de Javier Mira Benavent), sobre la crítica a la teoría política marxista; *El problema del parlamentarismo*, de 1925 (trad. de Manuel Atienza) y *Los fundamentos de la democracia*, de 1955 (trad. de Juan Ruiz Manero), sobre cuestiones de teoría de la democracia; y *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, de 1928 (trad. de Juan Ruiz Manero), sobre la naturaleza jurídica de esta garantía y los medios para hacerla efectiva. Además, integra también esta recopilación *La teoría política del bolchevismo. Un análisis crítico*, en una traducción ya existente (de Alfredo J. Weiss) publicada hace más de treinta años en Argentina.

Hay que hacer notar que, de acuerdo con los límites antedichos de la recopilación no dirigirse, exclusivamente, a juristas ni integrar textos propiamente teórico-jurídicos- se han excluido de los escritos de crítica al marxismo aquéllos orientados contra sus teorías jurídicas, incluyéndose sólo los que se centran en los presupuestos filosóficos y doctrinas políticas del mismo, por una parte, y en el sistema de poder soviético, por otra. El libro comienza con el estudio preliminar *Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen* de Juan Ruiz Manero, a cuyo cargo está la selección, en el que se indican los presupuestos desde los que debe enfrentarse el lector con estos textos y se realiza un análisis crítico del tratamiento por Kelsen de los siguientes temas: 1) relativismo ético y democracia. 2) el modelo democrático y 3) la crítica al marxismo.

En *El problema del parlamentarismo* (1925) y *Los fundamentos de la democracia* (1955) se recogen algunas de las aportaciones kelsenianas a la teoría de la democracia. En el primero son aportaciones referentes a la reconstrucción de un modelo de parlamentarismo que nos permita, en la medida en que nos acerquemos a él, evitar las críticas basadas en la ajenidad del pueblo al sistema o en la falta de conocimientos técnicos necesarios del legislador. En el segundo son aportaciones dirigidas a la justificación de la opción por la democracia como forma de gobierno.

En *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* (1928) Kelsen incardina la garantía jurisdiccional de la Constitución en el sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, entendiendo por regularidad «la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del ordenamiento jurídico», y señala cuáles son los mejores medios para llevar a cabo la protección de la Constitución.

Por último, en *La teoría política del socialismo* (1923) y *La teoría política del bolchevismo. Un análisis crítico* (1948), Kelsen critica la teoría política marxista en cuanto pensamiento

pretendidamente científico, pero no en relación con los valores políticos o morales que propugna, cuestión en la que no entra en sus escritos.

(Daniel González Lagier).

-----

---

KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich.

*Normas jurídicas y análisis lógico.*

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 143 págs.

En este libro se recoge la correspondencia mantenida entre los autores acerca del problema de la aplicación de la lógica al Derecho.

«La carta de Kelsen de 6 de marzo de 1959 dice Eugenio Bulygin, autor de prólogo inaugura la correspondencia con la pregunta acerca de si, en opinión de Klug, los principios lógicos encuentran aplicación en las normas jurídicas o en enunciados de la ciencia del Derecho o en ambos. Esto, a juicio de Kelsen, no queda claro de las explicaciones de Klug en su libro *Juristische Logik* (1951).»

Respecto a esta cuestión, Klug sostiene en su respuesta, de 27 de abril de 1959, que la lógica es aplicable no sólo a proposiciones normativas, sino también a las propias normas jurídicas, y ello por las siguientes razones: *a)* en ambos campos se trata de sistemas de enunciados en los que no pueden darse enunciados contradictorios; *b)* existen relaciones de consecuencia o de derivación entre enunciados de deber (normas, imperativos, directivas); *c)* las normas son enunciados verdaderos o falsos.

«En el manuscrito del 15 de mayo de 1959 -continúa Bulygin en el prólogo-, Kelsen expone detalladamente su punto de vista en relación a la diferente estructura lógica de las normas y las proposiciones normativas y a la no aplicabilidad de la lógica a las normas. Critica especialmente la concepción de las normas como juicios o proposiciones y se refiere de forma explícita a Klug. La respuesta de Klug del 17 de julio de 1959 contiene argumentos nuevos e interesantes: insiste en que las normas (...) son, justamente, enunciados y que la lógica tiene que ser válida para todo tipo de éstos, pero acepta la distinción entre norma y proposición normativa.» Aquí Klug sostiene la existencia de una «verdad formal», distinta de la verdad material» de las proposiciones normativas.

En la carta de Klug del 26 de abril de 1960 se produce un cambio: «Mug acepta ahora expresamente que normas y proposiciones normativas tienen estructuras lógicas diferentes, y en segundo lugar, que las normas carecen de valores de verdad. Pero a las normas si les corresponden otros valores: válido y no válido, y éstos se comportan, exactamente igual, que verdadero o falso.» Como respuesta, en su carta del 4 de julio de 1960: «Kelsen acomete el intento de mostrar que la pretendida analogía en realidad no existe, porque el comportamiento lógico de ambos valores es diferente en aspectos relevantes.»

«La respuesta de Klug comprende dos cartas (del 7 de octubre de 1960 y del 8 de octubre de 1961 ). Se muestran de acuerdo con algunas tesis de Kelsen; así, renuncia expresamente a la analogía entre el valor validez y el valor verdad. No obstante, Klug vuelve a llamar la atención sobre el hecho de que se trata de un problema de interpretación de un cálculo. En cálculos abstractos no interpretados, el problema no se plantea. Pero la controversia se refiere a la aplicabilidad de la lógica a las normas, es decir, se trata de un cálculo ya interpretado.» El libro recoge también el manuscrito *Recht und Logik*, donde Kelsen resume sus puntos de vista acerca de la relación entre la lógica y las normas jurídicas: el comentario correspondiente de Klug, de 20 de julio de 1965, en el que insiste en que las normas han de ser concebidas como estructuras lingüísticas y que la lógica tiene aplicación inmediata

a toda estructura del lenguaje, y una última carta de Kelsen, de 28 de julio de 1965.

(Daniel González Lagier)

---

---

KRAWIETZ, Werner.

*El concepto sociológico del Derecho.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 253-274.

El autor se propone demostrar la necesidad de diseñar una teoría del Derecho genuinamente empírica. Parte para ello de la constatación de un cambio de pensamiento jurídico que se llevó a cabo en dos fases: «En la primera, ya a finales del siglo XVIII, bajo la influencia de las críticas de Kant, tuvo lugar una paulatina *disolución y superación del pensamiento tradicional metafísico-especulativo, del derecho natural y racional*; en la segunda fase, se produjo el vuelto a una jurisprudencia sociológica, vinculado con la obra pionera de Ihering (...).» A continuación el autor desarrolla el artículo en tres pasos:

«-Primeramente habré de ocuparme de la caracterización del concepto sociológico de la norma jurídica tal como es sostenida -siguiendo a Ihering, Max Weber y Theodor Geiger por los representantes de una nueva teoría de las instituciones y los sistemas (Schelsky, Luhmann) y por la teoría de los sistemas de reglas del Derecho, que yo mismo he propuesto. Me concentraré aquí, sobre todo, en el examen de la cuestión de saber si los factores más arriba mencionados, por ejemplo, la *sanción* o la *coacción* por parte de los funcionarios judiciales, pertenecen a los elementos estructurales de la norma jurídica o del orden jurídico.

-En un *segundo paso*, consideraré la cuestión de si, con relación a los resultados obtenidos previamente, se puede hablar de un *concepto monístico (estatista) del Derecho*, según el cual el Derecho es sólo el Derecho estatal, o si, en cambio, hay que partir de un *concepto pluralista (social) del Derecho*, que acepta también la existencia de un Derecho no estatal.

-Por último, en un *tercer paso* analizaré la cuestión de si, bajo las condiciones de una sociedad pluralista, el *sistema jurídico estatalmente organizado* puede seguir siendo caracterizado por un *orden jerárquico* o si no tiene más bien que ser entendido como una *heterarquía* antagónica de agrupaciones sociales y formaciones de sistemas.»

El artículo finaliza con un apartado titulado *Resultado y conclusiones* en el que el autor esboza las consecuencias de su *reinterpretación y reformulación del concepto del Derecho* sostenido en la teoría y la sociología del Derecho desde Ihering». Son las siguientes:

1. «En la jurisprudencia no puede continuarse con la apología de una comprensión positivista del Derecho (...).»
2. «... ) desde Ihering y Max Weber los enfoques clásicos de la teoría y la sociología del Derecho alemanas no están totalmente determinados y acuñados por el llamado *carácter imperativo y coactivo* del Derecho (...). *La decisión de conflictos y la aplicación del poder coactivo tienen que ser fáctica y conceptualmente separados*»
3. «El aspecto de la coacción, de la sanción y del reconocimiento o aceptación del Derecho, no pertenecen a los *elementos estructurales del Derecho, es decir, del orden jurídico*»
4. «El Derecho estatal -desde el punto de vista teórico-jurídico y jurídico-sociológico- *no es la única forma posible del Derecho.*»
5. «*Los elementos estructurales decisivos de la norma jurídica* son las *expectativas jurídicas*

desarrolladas a través de las normas del Derecho respectivamente vigente, con sus efectos constitutivos, expresivos (prescriptivos).»

6. «El aporte central de todas las instituciones jurídicas, organizaciones y sistemas sociales reside, pues, en el *nivel de la formación normativa de expectativas*.»

7. Una «teoría marco del Derecho» debería construirse como «una teoría de las instituciones y de los sistemas que conciba a los principios jurídicos y a las reglas jurídicas como elementos normativos de las instituciones y de los sistemas sociales que orientan el actuar humano a través de las expectativas que ellos establecen».

(Daniel González Lagier)

---

---

LACASTA ZABALZA, José Ignacio.

*Cultura y gramática del Leviatán portugués.*

Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, col. Ciencias Sociales, núm. 8, 1988, 527 págs.

El libro es un análisis exhaustivo de la formación de la cultura jurídica del Estado portugués contemporáneo. Desde mediados del siglo XVIII hasta nuestros días. Arranca con la racionalización iluminista impulsada por el Marqués de Pombal y el desplazamiento de la hermeneútica bartolista, para finalizar con la génesis de las ideologías jurídicas lusas tras la Revolución de 1974. Contiene un estudio del desarrollo de las metodologías imperantes en la Facultad de Derecho de Coimbra y, ya en el siglo XX en la Facultad de Lisboa. Esta última conocerá durante décadas el auge del «sincretismo legalista» promovido por Marcelo Caetano y sus muchos seguidores en el seno del iuspublicismo luso y español.

Pero, el libro no se detiene únicamente en el razonamiento jurídico aislado del contexto. El Derecho está puesto aquí constantemente en conexión con el Poder y la política. De ahí la especial atención prestada por el autor a la «Gramática» (la Constitución revolucionaria de 1976) y a las polémicas ideológicas que ha suscitado y suscita este texto entre los juristas y políticos del Régimen portugués actual, incluso después de la revisión constitucional de 1982. Por ello, el trabajo de Lacasta, muy atento a los métodos del sociólogo Pierre Bourdieu, contiene también algunos capítulos destinados a describir la evolución de la «Fuerza» (de los militares y de los movimientos sociales) y su peso en la gestación del nuevo Derecho portugués condensado en la gramática revolucionaria de 1976. En estos capítulos, más destinados a lectores españoles que lusitanos, se narra también el paso a segundo plano de los espadones revolucionarios y la conversión jurídica del militar portugués en el oficial de «perfil OTAN» que exigen las nuevas disposiciones.

Si bien, para llegar a pormenorizar todos estos sucesos jurídicos-políticos exclusivamente lusitanos, la obra ha tenido que efectuar en su introducción y parte primera un deslinde previo con el sistema jurídico-político español. Allí se intenta demostrar el contraste y el carácter disímil de ambos regímenes jurídicos, a través de una crítica minuciosa a la banalidad de las visiones «iberistas» en el plano cultural y mediante una comparación entre la transición española y el proceso constituyente portugués, junto con el examen más «macrofísico» de la Constitución española de 1978 y la portuguesa de 1976. Dos textos nada mellizos. Por todo lo cual, la obra se convierte, a juicio del autor del Prefacio, el historiador luso Antonio Hespánha, en un auténtico «elogio de la diferencia» entre Portugal y España.

---

---

LACHMAYER, Friedrich.

*Identificaciones personales en Derecho.*

Theoria, San Sebastián, núm. 7-9, 1987-1988.

Para el autor «la contemplación principalmente normativa del Derecho, tal como fue cultivada antaño por la llamada teoría pura del Derecho y lo sigue siendo actualmente por la lógica del Derecho, ha relegado a segundo término los aspectos personales del Derecho». No obstante, «las estructuras personales pueden expresarse simbólicamente con una formalización del mismo modo que las estructuras normativas».

En este sentido, el propósito de este artículo es el estudio de las identificaciones personales en la comunicación normativa y en las instituciones jurídicas. Por identificaciones personales hay que entender el fenómeno psíquico que genera «una unidad mental entre el que establece la norma y el destinatario de esta última, unidad que conduce a una confianza recíproca». Supongamos los sujetos  $S1$  y  $S2$  en una situación interactiva y un sujeto  $S3$  que acude en ayuda de  $S1$ ; esta situación podría simbolizarse como sigue:

$$(1) \quad S3 \succ S1 \leftrightarrow S2$$

donde la relación de apoyo queda simbolizada por el signo  $\succ$  y la interacción entre  $S1$  y  $S2$  por el signo  $\leftrightarrow$ . La identificación personal consistiría «en que el sujeto  $S3$  ocupa en su fuero interno el lugar del sujeto que actúa  $S1$ », lo que puede simbolizarse «con la expresión entre paréntesis ( $S3$ )». Entonces, para representar esta identificación, la relación podría simbolizarse como sigue:

$$(2) \quad S3 \succ (S3) S1 \leftrightarrow S2$$

La relación de apoyo «puede tratarse de prestaciones en especie, de meros buenos consejos dados verbalmente, pero también de normas». Esta situación podría representarse de la siguiente forma:

$$(3) \quad (S1) S3 n \succ S3(S1) a \succ S2$$

donde  $n$  significa la norma y  $a$  el contenido prescrito por ella. En (3) la norma  $n$ , que tiene el contenido  $a$ , se dirige por el sujeto  $S3$  al sujeto que actúa  $S1$  y éste el sujeto  $S1$  impone el comportamiento a al sujeto  $S2$ . Estas representaciones se hacen más complejas a medida que el autor introduce nuevos elementos.

Cuando las normas se interpretan de un modo impersonal se ocasionan «consecuencias profundas para todos los partícipes. Se producen crisis de identificación. Los sujetos efectivos no se ven ya representados en el sentido de la comunicación normativa. Sobrevive la pérdida del sentido y, con ello, la pérdida de la motivación personal».

Hasta aquí el autor ha tratado las identificaciones personales en el campo de la comunicación normativa. Pero también pueden verse identificaciones personales en las instituciones jurídicas. Esto ocurre con las formas de representación jurídica y con «la construcción orgánica de las personas jurídicas».

El autor concluye que «una teoría del Derecho que describa tan sólo las normas es capaz de informar sobre los síntomas, pero no sobre las estructuras y las causas (...). Tan sólo cuando junto a los aspectos sintácticos del Derecho se investiguen también los semánticos y pragmáticos se obtendrá una visión amplia del Derecho. Las identificaciones personales figuran entre los componentes pragmáticos que,

en muchos aspectos, forman parte de las premisas inconscientes de un orden jurídico que funcione».  
(Daniel González Lagier)

---

---

LÓPEZ CASTEJÓN, Enrique.

*De la ética de las sanciones a la ética de las virtudes.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 1-27.

«El objeto de este trabajo -explica el autor- es examinar si el concepto de *sanción* forma parte necesariamente de una definición de *moral* o *moralidad* y analizar los supuestos teóricos que implica la aceptación de la tesis de que las reglas y los principios morales pueden definirse haciendo referencia a las formas particulares de sanción asociadas a ellos.»

Por lo que respecta al primer punto, afirma el autor en la primera parte de su trabajo que «no pocas veces la idea de coacción ha llevado a definir las reglas morales en función de las sanciones que las acompañan, deduciéndose que una acción es “moral” si, generalmente, va seguida de una sanción o de un tipo peculiar de sanciones. No obstante, puede objetarse que “si la noción de sanción entraña la violación de una regla moral junto con las consecuencias moralmente justificables que tal violación conlleva, difícilmente puede usarse para caracterizar lo moral sin caer en un círculo vicioso, puesto que el concepto presupone ya concepciones morales. Por otra parte (...) si atendemos exclusivamente a la sanción, no garantizamos la inclusión de la intención del agente en el concepto de *moral* implicado”». A continuación, el autor hace una breve incursión en el terreno de la Psicología para ilustrar este último punto.

En la segunda parte del artículo el autor plantea «si la presencia de sentimientos desagradables garantiza que el sujeto en cuestión ha transgredido una norma moral que considera válida. Sólo en este caso continúa podremos afirmar que las sanciones internas negativas remiten al hecho de que los agentes orientan sus conductas de acuerdo con reglas o juicios morales. La tesis en cuestión exigirá que la violación de *toda* regla moral fuera seguida de sentimientos dolorosos proporcionados a la gravedad de la falta cometida y que esos sentimientos cumplieran los requisitos de universalizabilidad que los prescriptivistas exigen de las reglas morales». Se concluye que «detrás del uso del término *sanción* se halla la convicción implícita de que las reglas o normas sociales deben contar con sanciones que garanticen su cumplimiento. Pero no es necesario suponer que el sujeto considera las reglas y las consecuencias desagradables en este orden de prioridad lógica. Las reglas en cuestión pueden ser concebidas más como prescripciones médicas que nos ayudan a evitar que caigamos enfermos, pero difícilmente es la enfermedad una sanción que garantice la conformidad».

En el tercer apartado, una vez establecido que «el concepto de sanción no constituye un criterio suficiente para la definición de los conceptos de *moral* o *moralidad*, se cuestiona «si dicho criterio es *necesario* para tal definición», optando el autor por una defensa de una ética de la virtud que sustituya a una ética de las sanciones. «Es plausible admitir -finaliza el autor que la revitalización experimentada en las dos últimas décadas por la ética de las virtudes, al margen de corregir las insuficiencias de una moral centrada en los conceptos de ley, obligación y sanción, ha puesto al descubierto la endeblez y la pobreza del apartado conceptual utilizado por los filósofos morales, por no hablar ya de la falta de fundamento de muchos de sus supuestos teóricos. Y, en este sentido, los avances en ética se hallan supeditados al desarrollo de una psicología filosófica adecuada y, por supuesto, a las aportaciones de una filosofía política que atienda a los conflictos y complejidades de

las sociedades modernas.»

(Daniel González Lagier)

---

---

LAPORTA, Francisco. *Otras falacias*.

CAPELLA, Juan Ramón. *Pesos y medidas*.

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 319-324.

En estos textos se recoge la réplica de Francisco Laporta al artículo *Falacias de la «ética de la responsabilidad»* de Juan Ramón Capella (reseñado en este mismo número) y la contestación de este último a dicha réplica.

Contra el primero de los argumentos utilizados por Capella frente a la ética de la responsabilidad (con el que se niega la existencia de una relación causal entre el mal realizado y el objetivo favorable que se pretende conseguir, utilizando como ejemplo el caso de la relación tortura-confesión-evitación de un mal), objeta Laporta que la ética de la responsabilidad «pretende entrar en juego sólo cuando se da la existencia de dichas relaciones causales». Según este autor «para situar la cuestión en un marco de análisis satisfactorio hay que tener en cuenta, en primer lugar, que, en efecto, nuestras acciones introducen cambios en el mundo y, por tanto, tienen consecuencias que se producen en el mundo. Y, en segundo lugar, que, sin embargo, el grado de previsibilidad de esas consecuencias puede ser muy variable porque no siempre (aunque tampoco nunca) nuestras acciones son la génesis causal que produce tales consecuencias, sino una entre muchas causas, previsibles unas e imprevisibles otras». Opina que Capella excluye los casos en el que la acción según principios es causa de malas consecuencias y el caso en el que la acción contra principios es causa de buenas consecuencias. Considera también que se incurre en una petición de principio al exigir que los principios de la acción según principios sean buenas.

En su réplica Capella entiende, por un lado, que Laporta establece un modelo argumental distinto al suyo, un modelo que sólo podría entrar en juego para alegar una dudosa *excusa a posteriori* de la tortura; por otro lado, afirma que «Laporta y los éticos de la responsabilidad hablan de consecuencias de la acción», mientras que él se refiere a sus resultados, introduciendo así la distinción de von Wright entre resultado de una acción (el estado del mundo que no hubiera podido darse sin ella) y consecuencias («que incluyen las acciones u omisiones ulteriores del mismo agente o de otros y la posible transformación autónoma del estado del mundo *a partir del resultado*»).

(Daniel González Lagier)

---

---

LÓPEZ MORENO, Ángeles.

*Moral en el Derecho positivo: una dimensión parcial en el estudio de las relaciones moral-derecho.*

Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 423-446.

«La joven revista «Doxa» -dice la autora-, bajo el título *Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho*, ofrece las respuestas de 52 filósofos del derecho de varias nacionalidades (España, Francia, Italia, Alemania, Gran Bretaña e Hispanoamérica). De las dos preguntas formuladas por los editores de la revista (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante), la segunda reza así: “-¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsibles que reciban una atención preferente en el inmediato futuro?” Para 26 de los mencionados autores el problema de la relación entre moral y derecho en el marco constitucional y democrático de derecho, debe recibir una atención preferencial e inmediata.

Por todo lo expuesto hasta aquí -continúa-, nuestro enfoque del problema pretende centrar, desde aquellas *perspectivas nuevas* -la autora se refiere a aquellas perspectivas que pasan, fundamentalmente, por la mediación constitucional-, las relaciones entre moral y derecho, ahora analizadas en una *dimensión parcial*: la moral en el derecho positivo, así como en un análisis de momentos significativos en la práctica jurídica, legislativa y judicial». La autora advierte «que la relación moral-derecho está íntimamente conectada con otras posiciones parciales subsiguientes como la del *deber de obediencia a la ley* y la de si existen determinadas *relaciones necesarias* entre la violación de normas jurídicas y normas morales».

A continuación, el artículo se ocupa del planteamiento de la relación moral-derecho en la discusión actual; para ello se toma como marco de referencia la polémica Radbruch-Hart y, posteriormente, se replantea el problema en el ámbito de «Estados con democracias constitucionales en cuyos respectivos textos fundamentales se hallan incorporados principios de la moral, principios de *derecho racional auténticos contenidos materiales*» En opinión de la autora, «una incorporación de tal entidad constituye una nueva configuración del problema de la relación entre moral y Derecho, relevante, no sólo para la interpretación llevada a cabo por el teórico del Derecho, sino también, y fundamentalmente, para la interpretación judicial sobre esa nueva meditación constitucional». Con el fin de examinar las respuestas a esta cuestión «y a título de ejemplo más significativo», la autora centra la polémica en el ámbito de la doctrina alemana actual. Entre otros autores, el artículo destaca las posturas de Ralf Dreier y Norbert Hoerster, que representan los puntos de vista iusnaturalista y iuspositivista, respectivamente.

(Daniel González Lagier)

---

---

LUCAS, Javier de.

*Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la antigüedad clásica.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs, 243-249.

En opinión del autor «aunque el modelo *paternalista* del Estado queda vinculado habitualmente el antiguo régimen, incluso por lo que se refiere a la justificación eudemónica del poder, hasta el punto de que la ilustración puede ser entendida en clave de proyecto de debelación de los supuestos en que se sustenta dicho modelo, como negación del poder despótico, lo cierto es que la conexión entre *paternalismo*, concepción eudemónica del poder y legitimidad-legitimación, puede remontarse a la antigüedad clásica». Para demostrar esta opinión el autor parte de la analogía entre familia y Estado en el mundo antiguo, de la que «tanto Platón como Aristóteles nos ofrecen textos significativos». «Lo interesante -afirma el autor-, a los efectos del objeto de esta investigación, es indagar el vínculo entre esas analogías y el ejercicio del poder, y cómo se recurre para ello a un discurso inequívocamente paternalista», lo que se pone de manifiesto en la defensa de Platón del carácter necesario, aunque excepcional, de la mentira o el engaño para la tarea de gobierno.

El autor utiliza ejemplos del propio Platón y también de Jenofonte y Aristóteles en los que queda de manifiesto el carácter frecuentemente paternalista del recurso a la mentira en la antigüedad.

(Daniel González Lagier)

---

---

LUCAS, Javier de.

*Teoría del Derecho y sociología del Derecho, el Dictionnaire d'Equilles.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 325-330.

«Las relaciones entre teoría y sociología del Derecho -dice el autor- constituyen todavía hoy un campo de trabajo que viene exigiendo un análisis detallado. Quizá por ello sea particularmente interesante el esfuerzo que un grupo de profesores e investigadores de diferentes países, bajo la dirección de André-Jean Arnaud, ha llevado a cabo para elaborar la obra que comentamos, el *Diccionario de Equilles*, un diccionario de teoría y sociología del Derecho.»

La delimitación temática de este diccionario se explica por el hecho de que sus autores «rechazan explícitamente el anatema de la separación de lo meta o extrajurídico en nombre de la pureza metodológica, (...) rechazan por ello la reflexión propia del modelo de la dogmática jurídica, partiendo de una comprensión del derecho como fenómeno histórico, cultural y social, además de lógico, que es posible abordar, pues, desde diferentes tipos de racionalidad». Esta actitud lleva a las siguientes conclusiones:

-«El carácter privilegiado, aunque no exclusivo, de las relaciones Derecho-Sociedad como objeto: el Derecho, aún sin desconocer su carácter básicamente normativo, es un fenómeno social, histórico, cambiante.»

-«El estatuto científico, que no meramente técnico, de la teoría y sociología del Derecho, como saberes no dogmáticos y, sin embargo, aptos para la comprensión del objeto normativo.»

-«La necesidad que la teoría y la sociología del Derecho tienen de contar con las llamadas “ciencias auxiliares” del Derecho.»

A continuación, el autor comenta la técnica utilizada por el diccionario y señala algunos de sus colaboradores (en total, más de 130 de 22 países diferentes).

(Daniel González Lagier)

---

---

MACIÁ MANSO, Ramón.

*Derecho y moral en Inmanuel Kant.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 353-410.

«El objetivo de esta investigación -dice el autor- es realizar un análisis de la teoría del Derecho y de la ética en Kant y de la relación que según su teoría resulta entre el Derecho y la ética.» El artículo llega a las siguientes conclusiones:

«1. Según el pensamiento de Kant los deberes u obligaciones jurídicas y morales se correlacionan, respectivamente, con las facultades jurídicas y morales o éticas, y todas las facultades son siempre consecuencia derivada de las obligaciones.

2. Existen deberes y facultades jurídicas y éticas comunes o coincidentes que se distinguen por la ley de que proceden, pero existen también facultades privativas del derecho y deberes privativos de la moral.

3. La diferencia específica de lo jurídico frente a la ética viene dada por el lado de las facultades jurídicas, radica en la facultad de ejercer la coacción.

4. La diferencia específica de la ética frente al derecho viene dada por el lado de los deberes u obligaciones, radica en la obligación o deber de actuar por otro deber constituido ya sea directamente por la misma ley ética o bien por la ley jurídica.

5. El derecho y la ética no pueden nunca contradecirse entre sí, ni en las normas, ni en las obligaciones, ni en las facultades y, en consecuencia, tampoco en las conductas. La ley jurídica no puede directamente prohibir lo que la ley ética directamente preceptúa, ni puede preceptuar directamente lo que la ley ética prohíbe, Tampoco puede la ley jurídica permitir hacer lo que la ley moral preceptúa. No puede darse el supuesto de un enfrentamiento directo entre prescripciones jurídicas y éticas, tampoco entre obligaciones ni entre facultades, ni un enfrentamiento indirecto de las facultades jurídicas a las obligaciones éticas.

(Daniel González Lagier)

---

---

MAESTRE SÁNCHEZ, Agapito.

*En torno al libro de J. Habermas: «Der philosophische diskurs der moderne».*

Revista de estudios políticos, Madrid, núm. 59, 1988, págs. 253-267.

En su obra *Der philosophische diskurs der moderne*, Habermas pretende probar que los esfuerzos filosóficos que ha habido para superar la modernidad han conducido a determinadas propuestas a «callejones sin salida». El presente artículo intenta ser una presentación general de este libro, analizando el lugar que ocupa en la actual Filosofía, así como su relación con el resto de la obra de Habermas, en especial con su teoría de la acción comunicativa.

El discurso filosófico de la modernidad surge para explicar y analizar las contradicciones y patologías de la misma, y puede definirse negativamente como un arma crítica frente a un «nuevo» y «elegante» concepto, que es conocido como «postmodernidad». Junto al reconocimiento que Habermas hace de numerosas razones para la autocrítica de la modernidad, acepta también la existencia de motivos que relativizan una rápida despedida de ésta; representa así, una línea mediadora entre los que predicán su muerte y los que se sitúan en una unidimensional lectura de su experiencia.

Formalmente, esta obra se vertebra en torno a la herencia de la filosofía hegeliana (de la derecha hegeliana al neoconservadurismo, de la izquierda hegeliana a la «filosofía de la praxis» y de Nietzsche a los posestructuralista franceses), considerando estas tendencias como representantes de una problemática «teórico-cognoscitiva» frente a la modernidad.

En opinión del autor, Habermas pretende, a través del discurso filosófico de la modernidad, construir una nueva identidad europea del racionalismo occidental; el filósofo coincide con los críticos radicales de la modernidad en la afirmación del agotamiento de la filosofía del sujeto, pero frente a éstos, propone un concepto de razón en términos de teoría del consenso. «Se trata de liberar los potenciales de la razón existente en la acción comunicativa y diagnosticar no un demasiado, sino un poco en la razón.»

(Isabel Lifante Vidal)

---

---

MALEM SEÑA, Jorge Francisco.

*Concepto y justificación de la desobediencia civil.*

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 238 págs.

En este trabajo se trata de presentar una conceptualización rigurosa de la desobediencia civil y de buscar posibles vías de justificación en sus tres niveles de análisis: ético, político y jurídico.

El autor, antes de aceptar una versión modificada de la definición de desobediencia civil propuesta por H. Bedau, distingue ésta de otras formas de disenso político-moral con las cuales pudiera confundirse al participar de elementos comunes. Ello le permite reinterpretar el pensamiento de autores como H. Thoreau y M. Gandhi, rechazando la concepción tradicional que los considera ejemplos típicos de desobediencia civiles.

Respecto de la justificación moral se examinan tres posibles vías de justificación: la relativista, la utilitarista y la constructivista (J. Rawls y J. Habermas). Se prefieren propuestas de soluciones absolutamente racionales, evitando pseudo argumentaciones teológicas o metafísicas.

Una vez asumido que el constructivismo es la teoría que ofrece los argumentos más plausibles para la justificación moral de la desobediencia civil se analiza la posibilidad de su justificación política. Se toma como hilo conductor el análisis de P. Singer y de W. Nelson para concluir que no sólo es posible excusar, sino también justificar políticamente la violación de una ley sancionada democráticamente. Desde esta perspectiva, se considera a la desobediencia civil como un recurso estabilizador del sistema democrático.

En cuanto a la justificación jurídica se examina la respuesta que ofrece la doctrina constitucional moderna a las violaciones de la ley realizadas por imperativos políticos o morales. Se trata de superar la aparente contradicción de que la propia ley no puede autorizar la violación de la ley. Se apela para ello a criterios de superioridad constitucional, prestando una especial atención al problema de la validez jurídica.

El problema de la obediencia a la ley, que es el anverso de la cuestión de la desobediencia, ha sido tratado también en este trabajo mediante el análisis de las doctrinas del consentimiento y del Derecho Natural. Este trabajo contiene, asimismo, algunos Excursus donde se examinan temas como el de la generalización de la desobediencia a la ley o las tesis de R. Dworkin y la objeción de conciencia. El libro «no pretende agotar el tema de la desobediencia civil ni ofrecer respuestas que tengan que ser aceptadas como indiscutiblemente ciertas. Me interesaba más bien plantear problemas y seguir posibles vías de solución. En el fondo esto es, probablemente, lo que más interesa cuando se trata de trabajos que se mueven en el área de la filosofía del Derecho» (pág. 238).

---

---

MARINAS, José Miguel.

*La crisis del sujeto liberal.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 241-258.

El autor trata de explicar cómo y por qué el sujeto liberal, construido por el capitalismo ascendente, consolidado en el capitalismo de producción, «no aparece, pese a su presencia, ni tan bien hecho, autorregulado (de pasión a razón); ni tan omnipotente y emprendedor, ni tan eficaz empresario; ni tan procurador del bienestar y la felicidad prometidos». En este sentido, la primera pregunta que se ofrece a nuestra reflexión es si estamos ante una nueva forma o una nueva crisis de «una manera ética y política y aún estática de entender el sujeto, en lo que podemos llamar un nuevo episodio del sujeto liberal. Y ésta va acompañada de dos cuestiones: ¿cuáles son los indicios de la permanencia de este sujeto?, ¿cuáles son los de su crisis?». La hipótesis de la que parte el autor es que «uno de esos repertorios que nos constituyen, conflictiva, contradictoria e incluso insatisfactoriamente, es precisamente ese conjunto de figuras y valores que llamamos «sujeto liberal» (...). Tal concepción nos proporciona no tanto pautas necesariamente aceptables, coercitivas, pero sí repertorios de valores ante los que de forma inevitable construimos nuestra identidad moral. Con ellos y contra ellos. Por ello, pueda tal vez ser aceptable como tarea pensar su alcance y forma de relacionarse, de chocar, con otros referentes de nuestra identidad. Aunque esta tarea tenga la forma modesta de hablar haciendo diagnóstico, más que crítica o reflexión reactiva, melancólica, por lo que nos constituye». «Como Habermas sugiere -prosigue el autor- podemos atenernos a la triple escisión exponente de la crisis de legitimación: la distancia entre el plano ético, político y expresivo y sus transformaciones respectivas, y, así, en esta primera aproximación, trataremos de ver los aspectos éticos, jurídicos y sociales de la crisis del sujeto liberal. Siguiendo, para ello, este proceso: *a)* aspectos de la crisis, *b)* antecedentes y *c)* nuevas propuestas de crítica y recuperación del sujeto liberal en la filosofía moral y política.»  
(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

MARTÍNEZ DORAL, José María.

*La racionalidad práctica de la filosofía del Derecho.*

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 19, 1988, págs. 131-251.

El trabajo se divide en dos partes: *La especial practicidad de la filosofía jurídica* y *La racionalidad práctica de la filosofía del Derecho: definición, división y conexiones*.

La primera parte se divide en los siguientes apartados. 1. Filosofía teórica y filosofía práctica. Los criterios de distinción (1.1. La finalidad del saber filosófico; 1.2. El tema de la especulación y el tema del saber práctico; 1.3. El método de la teoría y el método de la filosofía práctica); 2. El carácter filosófico de la filosofía jurídica (2. 1. Las leyes de la naturaleza y, las leyes de la conducta humana; 2.2. El intento de reducción al orden físico de las normas éticas y jurídicas; 2.3. La problematicidad del intento reductivo; 2.4. Origen común y, diferentes entre las leyes de la naturaleza y las normas de la conducta humana. La filosofía jurídica como saber no puramente especulativo); 3. La especial practicidad de la filosofía jurídica (3.1. Una teoría sobre la división del saber humano. La filosofía del saber de L. E. Palacios; 3.2. El problema de la normatividad directa o indirecta de los saberes mortales; 3.3. La filosofía jurídica como ciencia directamente normativa; 3.4. El carácter teórico-práctico de la filosofía del Derecho).

El autor concluye en esta primera parte que «la filosofía del Derecho es puramente práctica y directamente normativa en cuanto a su finalidad y a su objeto típico, pero enteramente especulativa y teórica en cuanto a su modo de conocer». La segunda parte se compone de los siguientes apartados: 1. El concepto de filosofía jurídica (1.1 La sugestión neopositivista. Definición de la definición en el neopositivismo lógico: la definición como propuesta; 1.2. Los requisitos de la definición real en la tradición aristotélica. Definiciones esenciales y definiciones descriptivas; 1.3. Una definición descriptiva de la filosofía jurídica); 2. Unidad y división de la filosofía del Derecho, el despliegue sistemático y la articulación de los temas capitales del saber filosófico sobre el Derecho: lógica, axiología y epistemología jurídicas; 3. Los grandes nexos de la filosofía del Derecho en cuanto a la racionalidad jurídica práctica (3.1. Filosofía jurídica y Ciencia del derecho. Autonomía respectiva y mutua vinculación; 3.2. La especial conexión del saber filosófico-jurídico con el saber prudencial; 3.2. Decisión y reflexión en los saberes prácticos).

(Daniel González Lagier)

---

---

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis.

*Moral y Derecho positivo.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 103-115.

«La idea que late en mi trabajo dice el autor y que está presente en todas sus páginas podría sintetizarse más como tesis que como hipótesis en los siguientes puntos: 1. Cuanto más imperfecto -científica y técnicamente- es el Derecho mayor es su tendencia a diluirse dentro de los confines borrosos de la moral y con mayor frecuencia utiliza ésta para subsanar sus carencias. El campo de la cultura y el campo de la moral, cuantitativamente por lo menos, siempre han sido inversamente proporcionales y esta proporcionalidad inversa se mantiene entre “cultura jurídica” y -“moralización del Derecho”.

2. Ello no quiere decir que un Derecho que alcance un grado razonable de perfección científica y técnica esté totalmente desconectado de la moral, ya que el Derecho debe ser manifestación de un sistema ético más amplio y con el cual debe ser coherente. No obstante, es en este caso cuando pueden surgir “conflictos” entre el Derecho y la moral.

Voy, pues -continúa el autor-, a centrarme en el desarrollo de la problemática que puede plantearse en cada uno de estos dos puntos.» En este sentido, el autor sostiene que «cuando el Derecho carece de un normal perfeccionamiento técnico-jurídico no se suelen plantear conflictos y colisiones con la moral y ello sencillamente porque el Derecho es en gran parte moral, en cuanto subsana sus múltiples carencias acudiendo a la moral. El problema es, pues, de una absoluta “confusión” entre Derecho y moral». En su opinión dos posibles conflictos y soluciones irán apareciendo a medida que el Derecho se constituya en una realidad autónoma e independiente. Cuando el Derecho comienza a contar con su propio criterio de validez; con un procedimiento específico y propio; con suficientes criterios interpretativos en la mayoría de los casos y, sobre todo, con una capacidad de imposición basada en una coacción también jurídicamente institucionalizada que no precisa recurrir a fórmulas mágicas o religiosas, es entonces cuando comienza a precisarse como algo distinto de la moral» y cuando pueden aparecer conflictos entre ambos ordenamientos. La cuestión que se plantea entonces es cuál debe prevalecer. «En estos casos Kant nos dirá que no debe prevalecer el más “fuerte” sino el “mejor fundado” y parece claro opina el autor que la persona no debe renunciar a sí misma por presiones heterónomas y coactivas del Derecho. Según esto se impondría la obligación moral de desobedecer ese Derecho en conflicto y, prevalecería la moral.

Sin embargo continúa, me parece muy oportuna la distinción que hace Martín Kriele entre aprobación moral de las leyes particulares y aprobación moral del orden jurídico en su totalidad. El juez puede efectivamente encontrarse en muchos casos ante preceptos jurídicos contrarios a sus principios morales y, sin embargo, fallar de *forma consecvente* de acuerdo con el Derecho y no conforme a la moral. La razón es que estos “conflictos”, a mi juicio, deben ser resueltos desde planteamientos morales y seguramente en muchos casos existen “razones morales” que le hacen inclinarse a favor del cumplimiento de los preceptos jurídicos, aunque éstos en principio sean considerados injusto y ello en base a la aprobación moral del ordenamiento jurídico en su totalidad. Sólo cuando estas injusticias, como señala Martín Kriele, lleguen a ser insoportables e impidan seguir aprobando al ordenamiento en su totalidad, habrá razones morales para desobedecerlo y, en consecuencia, hacer que prevalezca

la moral.

(Daniel González Lagier)

---

---

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis.

*Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen.*

Ed. La Ley, Madrid, 1988, 148 págs.

El tema central de este trabajo es «el de los “conflictos normativos” contemplados desde una dimensión lógica y también desde una dimensión jurídica, es decir, desde lo que Kelsen denomina “regla alternativa”; y analizando también la posible analogía o equiparación entre “conflictos normativos” y “conflictos entre aserciones o proposiciones normativas”. Por otra parte - continúa el autor- toda esta problemática debe ser analizada a lo largo de la extensa obra de Kelsen, tomando como punto inicial sus primeros escritos de 1911 y más en concreto su primera edición de la Teoría pura del Derecho de 1934 y como punto final su última obra La teoría general de las normas de 1979. Ello nos permitirá ver si efectivamente hay ruptura e incoherencia en el pensamiento de Kelsen o si, por el contrario, hay una consolidación total de los principios que siempre había mantenido. Lógicamente antes de entrar en el tratamiento concreto de los “conflictos normativos”, debemos analizar la concepción científico-jurídica de la que Kelsen parte, para ver si efectivamente se mantiene a lo largo de toda su obra, y para ver también cómo se debería afrontar, consecuentemente, desde estos presupuestos científico-jurídicos el problema de los “conflictos”, y si Kelsen lo logra de forma igual en las distintas etapas de su obra».

(Daniel González Lagier)

---

---

MARTÍNEZ ROLDAN, Luis.

*Racionalismo crítico, humanismo y democracia en Karl R. Popper.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 411-423.

Este artículo se estructura en cuatro apartados. En el primero de ellos (*teoría de la argumentación y principio de razonabilidad*) el autor sostiene que la Teoría de la Argumentación presupone una actitud «racionalista» y una creencia -si se quiere irracional- en el principio de razonabilidad. Actitud y creencia que Popper confiesa abiertamente y que, sin duda, son el fundamento de toda su concepción científica, política y en definitiva humana. Las difíciles circunstancias políticas y económicas en las que Popper se desenvuelve desde su infancia le provocan dos sentimientos fundamentales: Un sentimiento que el autor denomina de «Solidaridad» y un sentimiento de «Antidogmatismo». Dos sentimientos que reaparecen a lo largo de toda su obra conectados principalmente con los conceptos de «igualdad» y de «libertad» que él se esfuerza por hacerlos compatibles, pero que, cuando entiende que esto no es posible, se inclina de forma decidida en favor de la libertad.

«Todo esto y el encuentro con el marxismo -dice el autor le hicieron más consciente de las diferencias entre pensar dogmático y pensar crítico, llegando a finales de 1919 a la conclusión de que “la actitud científica era la actitud crítica que no buscaba verificaciones cruciales, *contrastaciones que podrían refutar la teoría contrastada, aunque nunca podrían establecerla.*»

En el segundo apartado (principio de razonabilidad y criterio de demarcación entre «ciencia», y «no ciencia») se analiza la influencia decisiva de Popper para acabar con el poderoso inductivismo neopositivista. Y ello no sólo por razones puramente lógicas, sino también y sobre todo por razones metodológicas. En lo que Popper insistía más es en la crítica del método de «prueba» o de «justificación» utilizado por el positivismo, desde el cual se entiende el experimento como criterio de validez y de la objetividad absoluta e histórica de las teorías científicas.

Popper sitúa su epistemología más en el «contexto de justificación» que en el «contexto de descubrimiento» y, en consecuencia, le interesa más el problema de la validez del conocimiento que la forma como el sujeto adquiere ese conocimiento. Es aquí donde Popper rechaza el método de prueba del positivismo por entender que una teoría jamás puede ser «justificada» ni «verificada»; proponiendo en su lugar el *método crítico*, es decir, el método de «ensayo» y «error» que consiste en «proponer hipótesis audaces y exponerlas a las más severas críticas en orden a detectar donde estamos equivocados». Ello no quiere decir que no podamos hablar objetivamente de teorías «mejores» y «peores» antes de la contrastación y también de teorías racionalmente «preferibles» después de la contrastación y también de teorías racionalmente «preferibles» después de la contrastación.

En el tercer apartado (*principio de razonabilidad y democracia*) se señala la validez que Popper confiere al método «ensayo» y «error», no sólo como proceso de aprendizaje, sino también, como criterio para validar el conocimiento científico, de legitimación política, de evolución y de progreso político-social. «Desde estas premisas se muestra totalmente partidario del sistema democrático; partidario de una “sociedad abierta” partidario en definitiva de un intervencionismo moderado, y nunca “colectivista”, que venga de la mano de las ciencias sociales que a modo de *ingeniería gradual*, proporcionen una *tecnología social* también “gradual” que vaya solucionando males concretos a la vez

que respeta la libertad de cada uno a ser distinto de los demás.»

En el cuarto y último apartado (*razonabilidad, método utópico y humanismo*) se exponen las críticas fundamentales que Popper dirige a «ingeniería utópica» basadas en el desprecio de esta teoría hacia a la solución gradual y evolucionista de los problemas sociales.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

MARTINO, Antonio A,

*Sistemas expertos legales.*

Theoria, San Sebastián, núms. 7-8-9, octubre 1987-septiembre 1988, págs. 215-241.

«En este artículo dice el autor se trata de sostener las siguientes tesis:

1. Los sistemas expertos legales (SEL) parecen destinados a una difusión notable; en cierto sentido se puede decir que su construcción resulta propiciada por algunas características de la ciencia jurídica y por el mismo modo según el cual los expertos del Derecho consideran el propio dominio.

2. La lógica, y en particular la lógica de las normas, ofrece una contribución muy importante para la concepción y realización de los SEL.

3. El conocimiento jurídico tiene algunas peculiaridades, sobre todo con referencia a SEL de grandes dimensiones, que debenser tenidas presentes si se quieren respetar las características del razonamiento jurídico.

4. En el futuro próximo, como consecuencia de cuanto ha sido indicado en los puntos 1 y 2, habrá un florecer de SEL en los ámbitos más diversos del Derecho; esto facilitará notablemente una parte importante del trabajo jurídico, no sólo aquel de tipo rutinario, sino que también y particularmente aquel más refinado y complejo (siempre en el ámbito de la racionalidad).

5. Estas formas futuras de trabajo jurídico asistido por los SEL no serán totalmente inocuas respecto de la teoría y la praxis jurídicas, ya que en general se puede decir de la informática jurídica que es aquel “espejo activo” (miroir actif), del cual hablaba Leibnitz; la informática obliga a repensar el Derecho (aquel sector del Derecho con el que entra en contacto); para obtener resultados jurídicamente atendibles hace falta respetar las características del conocimiento jurídico.

6. En un futuro más lejano, cuando los SEL sean más eficientes, cabrá la posibilidad aun de prescindir de ellos, progresando ulteriormente hacia formas más refinadas de aplicaciones de las técnicas de la inteligencia artificial al Derecho.»

(Daniel González Lagier)

---

---

McCORMICK, Neil.

*Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos* (trad. Mercedes Carreras y A. Luis Martínez-Pujalte).

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 293-305.

«Precisamente, porque el concepto de “derechos de los niños” difícilmente cuadra con algunas teorías que tratan de explicar lo que significa que una persona tenga un derecho, los derechos de los niños constituyen un supuesto idóneo para verificar las teorías de los derechos en general.» Partiendo de esta afirmación el autor examina «dos teorías contrapuestas acerca de la naturaleza de los derechos: la teoría que afirma que tener un derecho equivale al reconocimiento legal o moral de que la opción de un individuo es preeminente sobre la voluntad de otros en una materia y en una relación dada, y la que afirma que tener un derecho significa tener los propios intereses protegidos de cierta manera por la imposición de limitaciones normativas (legales o morales) a los actos y actividades de otras personas con relación al objeto de los intereses propios». El autor las llama teoría de la voluntad y teoría del interés, respectivamente.

Desde la teoría voluntarista no puede admitirse la afirmación de que los niños tienen derechos; se dirá «que la moral exige, o que el derecho exige, que todos los niños sean educados, cuidados, y, si es posible, amados», pero «utilizar en este sentido el término “derecho” es confundir». Esto es así porque desde esta teoría los derechos presuponen deberes correlativos: «desde ese punto de vista un derecho legal o moral equivale a un poder legal o moral de renuncia o de exigencia de deberes, y, en cualquier caso, los derechos solo existen cuando unas personas tienen tal poder normativo sobre los deberes de las otras». Y éste no es el caso de los niños. Sin embargo, el autor insiste en que «existe una diferencia significativa entre afirmar que todo niño debe ser nutrido, educado y, si es posible, amado, y afirmar que todo niño tiene derecho al cuidado, la nutrición y el amor», como se demuestra probando «que existen argumentos que podrían servir como justificación de la primera afirmación, pero no pueden ser apuntados sensatamente como justificación de la segunda».

El autor se decanta entonces por «una variante de la teoría del interés, sugerida en diversas formas por autores tales como Ihering, Austin y Bentham, cuyo rechazo del concepto de Derecho moral no nos debería dejar ciegos ante el valor y la posibilidad de generalización de su teoría de los derechos legales». Desde su punto de vista «reconocer a todos los miembros de una clase *C* un derecho a un trato *T*, significa presuponer que en circunstancias normales *T* es un bien para todos los miembros de *C*, y que sería injusto privar de *T* a algún miembro de *C*».

Subsiste, sin embargo, el problema de la facultad de renuncia o ejecución y la «libertad de opción por lo que se refiere a su ejercicio» que normalmente los derechos llevan consigo. El autor se pregunta si existe alguna razón «para dejar a los individuos la elección entre tener o no lo que ellos mismos, u otros, piensan que es bueno para ellos», y afirma que «desde determinado punto de vista de la filosofía política, concretamente, desde el liberalismo (...) la respuesta es “SI”. Ser liberal significa, en efecto, creer *inter alia* que nadie puede ser obligado a perseguir su propio bien». Sin embargo, este principio tiene sus excepciones en los niños y enfermos mentales.

(Daniel González Lagier)



---

MONTORO BALLESTEROS, Alberto.

*Sobre las relaciones entre moral y Derecho.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 65-102.

Tras ocuparse, en el primer apartado (I. *Introducción*), de dar algunas notas acerca de la moral y el Derecho considerados como sistemas normativos, por un lado, y, por otro, de dar cuenta de la complejidad y pluralidad de la moral, el autor se centra, a partir del segundo apartado (II. *Relaciones entre Derecho y moral*), en el tema de las relaciones entre uno y otro ordenamiento, enfocándolo «desde una doble perspectiva: la lógica-formal y la material».

Desde el punto de vista lógico-formal el autor hace referencia a las siguientes relaciones entre Derecho y moral: *a)* indiferenciación entre Derecho y moral; *b)* distinción entre Derecho y moral; *c)* relación de implicación (del Derecho en la moral y de la moral en el Derecho); *d)* separación entre Derecho y moral; y *e)* la relación Derecho-moral en el ámbito de la cultura occidental.

Desde el punto de vista material «podemos distinguir en el Derecho dos clases de contenidos: unos contenidos específicamente jurídicos y otros contenidos circunstancial o accidentalmente jurídicos». Respecto a estos últimos el Derecho se configura como un sistema normativo abierto «en el que se opera un doble proceso de “entradas” y “salidas”». Es en este sentido en el que se produce un «fenómeno de ósmosis que -con intensidad variable en el espacio y en el tiempo- se ha dado siempre entre el Derecho y la moral, lo cual ha determinado la existencia de una acción recíproca entre ambos órdenes normativos».

En el apartado tercero (III. *La intervención del Derecho en la moral. Razones y límites*), el autor se plantea «si la sociedad debe intervenir en cuestiones morales, los medios o procedimientos de esa intervención, así como los límites de la misma», analizando diversas posturas -la maximalista y la minimalista acerca de los límites de la intervención del Derecho en la moral y el problema de la determinación del «mínimo ético» (refiriéndose a los criterios del «hombre razonable» y del «consenso democrático»). Respecto a este último punto -el de la determinación del «mínimo ético- el autor entiende que:

*a)* «La tarea de determinar y concretar los contenidos morales que debe asumir el Derecho es una cuestión complejísima en la que deben intervenir, y por este orden, la *Sociedad* y el *Estado*. El Estado podrá y deberá participar en ello cuando, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y solidaridad o por la específica naturaleza de la materia, sea necesario, pero antes de la intervención del Estado (y, en concreto, de los partidos políticos) resulta precisa, ineludible, la participación de otras instancias sociales y públicas (...): familia, escuela, iglesia, medios de comunicación, judicatura, ejército, asociaciones profesionales etc.»

*b)* «La tarea de educar, de moralizar, no es quehacer propio de las mayorías (...), sino de las minorías, de las élites, cuando no de grandes personalidades aisladas.»

*c)* «Cuestión distinta a lo anteriormente dicho es si la sociedad actual está en situación de moralizar la vida social (...). Uno de los síntomas más alarmantes de la sociedad actual, y especialmente de la española, consiste en un doble proceso (...) que amenaza con desarticular y dislocar el mecanismo esencial de la sociedad el proceso dialéctico minoría-mayoría-, destruyendo la sociedad misma. Este

doble proceso consiste, de un lado, en la deserción de las minorías de su misión social e histórica de dirigir y moralizar la vida social; de otro lado, en el fenómeno, cada vez más actual y virulento, de la rebelión de las masas, certeramente denunciado y analizado por Ortega y Gasset.»

(Daniel González Lagier)

---

---

NINO, Carlos S.

*Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 87-105.

El autor se propone defender en este ensayo una cierta concepción sobre el conocimiento moral que denomina «constructivismo epistemológico». Se trata de una concepción según la cual la práctica social es un medio apto para tal conocimiento. La defensa de este enfoque es realizada contrastando el pensamiento de dos grandes filósofos que, según considera, se aproximan a la posición correcta. Sin embargo, cree que ninguno de ambos pensadores aciertan a formular exactamente esta posición. Como su leve alejamiento del blanco se produce en direcciones opuestas, el contraste entre Rawls y Habermas es sumamente ilustrativo, pues permite inferir el curso teórico apropiado.

«En síntesis -dice el autor Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de la imparcialidad, que son decisivos para la validez de principios morales. Pero, mientras para Rawls ellos son presupuestos formales del razonamiento moral monológico, para Habermas, ellos son reglas de una práctica social de discurso intersubjetivo. Además, en tanto que para Rawls la validez de los principios morales está dada por la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, entre otras, independientemente de que alguien determine que ella está satisfecha, hay razones para pensar que para Habermas esa validez requiere que se haya constituido un consenso de hecho empleando la regla de la imparcialidad. Finalmente, mientras para Rawls parece que uno puede llegar por vía de reflexión individual a la conclusión que un principio moral es válido, aunque la discusión puede cumplir un rol auxiliar, es claro que para Habermas esto es imposible y que sólo la discusión colectiva, la «búsqueda cooperativa de la verdad» es una vía de acceso confiable al conocimiento moral.»

Nino sería partidario de una posición metaética intermedia entre la de Rawls y Habermas denominada «constructivismo epistemológico». Se trataría de una combinación entre una tesis ontológica de la constitución de la verdad moral, en la que la validez de los principios de justicia está dada por los presupuestos formales de una práctica discursiva social, y una tesis epistemológica sobre el conocimiento de esa verdad moral, en la que la discusión y, la decisión intersubjetiva es el procedimiento más fiable de acceso a la verdad moral, pero no excluye la vía de la reflexión individual.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

OCHOA OLASCOAGA, Begoña, y CABALLERO HARRIET, Francisco Javier (dir.).

*VI Cursos de verano en San Sebastián. La Biología frente a la ética y el Derecho.*

Ed. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1988, 151 págs.

En este curso se otorga una visión multidisciplinaria sobre el tema en cuestión al abordar temas como el de las manipulaciones genéticas, el de la fecundación «in vitro», el de la experimentación humana o el de umbral entre la vida y la muerte desde una cuádruple aproximación: la Biología, la Ética, la Sociología y la jurídica, donde nos encontramos con ponentes que son profesores de Medicina, Ética, Sociología y Derecho.

Las diferentes ponencias trataron sobre:

1. La eticidad de la experimentación humana. I. ¿Qué entiendo por ética? II. El hombre como fin. III. Proyecto de principios para la regulación internacional en materia de experiencias sobre el hombre.

2. Bioética y moral católica. I. Introducción. II. Valoración de la instrucción de la congregación para la doctrina de la fe. *A)* Impacto del documento, *B)* Valoración. III. Hacia una ética cristiana. *A)* Problemática. *a)* Línea de evolución. *b)* Dilema entre obediencia y autonomía. *B)* Dimensión antropológica. *a)* Nociones. *b)* Metodología de la acción ética. IV. La doctrina cristiana ante la bioética. *A)* Experiencia. *B)* Racionalidad. *a)* Criterios generales. 1. Bases religiosas. 2. Paradigma cristiano. *b)* Aspectos concretos. 1. La inseminación artificial. 2. La fecundación «in vitro». 3. Maternidad subrogada. 4. Manipulación de embriones. *c)* Responsabilidad.

3. El binomio vida-muerte en la filosofía de Zubiri. Introducción. I. Intento de descripción primaria o primordial de los hechos. II. Los problemas ulteriores. Conclusión.

Dentro del ciclo: Derecho y Ciencias Sociales se recogen las siguientes ponencias:

1. Aspectos biológicos de la experimentación sobre seres humanos. I. La biología humana: una ciencia muy exigente.- La calidad científica.- La calidad ética de la publicación científica.- La educación en la virtud. II. Biología del hombre: aspectos relevantes para la experimentación humana.- Poblaciones biológicamente vulnerables.- Experimentación farmacológica y gestación. III. El nuevo modo de pensar en medicina.

2. La muerte en las culturas por J. L. López Aranguren.

3. Interrupción de la vida: aspectos biológicos y sociales. Introducción.- ¿Qué es la vida? La vida humana.- Interrupciones de la vida.- Selección natural de los seres humanos.- Interrupción voluntaria de la vida humana.- La eutanasia.- Sociedades pro-eutanasia.- Enfermedad mortal y agonía.

## Conclusión.

4. Bases moleculares de las manipulaciones genéticas. Introducción. Estructura y función de los genes. Las manipulaciones genéticas. Perspectivas de las manipulaciones genéticas.

5. Cuestiones puestas por la manipulación genética al orden jurídico por A. Sánchez de la Torre.

---

---

OLLERO TASSARA, Andrés.

*Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada. núm. 28, 1988, págs. 209-224.

«Los derechos fundamentales opina el autor cuentan con el fundamento real de que su mismo nombre presume. Se trata, sin duda, de un fundamento ético, que incluye como exigencia de la dignidad humana el reconocimiento de un pluralismo cognoscitivo. Por otra parte, precisan -como consecuencia de la historicidad humana- todo un “proceso de positivación” que vaya decantando las dimensiones existenciales de su contenido esencial, y contribuya, a la vez, a posibilitarles en la práctica una mayor garantía y efectividad. En efecto, “el reconocimiento de tales o cuales derechos a través de un ordenamiento jurídico”, o quizá mejor -cualquier fase operativa de su proceso de positivación, está muy lejos de zanjar la pregunta relativa a su “fundamento”. Al fin y al cabo, cada momento de ese proceso de positivación, ficticiamente ultimado por la “cosa juzgada”, es un intento -tan fundado como problemático- de darle respuesta. El *consenso*, pues, no nos sirve como *fundamento* de los derechos humanos, pero sí se nos convierte en una exigencia básica que debe presidir su proceso de *positivación*. El consenso no sólo legitima este proceso, sino que también hace legítimo -e incluso éticamente exigible- el *disenso* capaz de evitar su instrumentalización mecánica.

La dificultad de encontrar una *fundamentación positiva* de los derechos humanos, no siendo escasa, tampoco parece mayor que la de encontrarles una auténtica *fundamentación negativa* o disensual. Si no sometemos al contraste consensual la problematicidad que deriva del pluralismo cognoscitivo, precisaríamos -para abordar una fundamentación “desde” el disenso un fundamento tan sólido que casi llevaría a rechazar por errónea cualquier variante pluralista. Si no disponemos de él, sólo parece quedarnos un arriesgado recurso: asumir la convicción de que las intuiciones éticas de cada cual producirán, sin necesidad de mecanismo consensual alguno, una fructífera convivencia. Esto parece difícil si no se parte de la fe ciega en una armonía pre-establecida, que -paradójicamente- supondría la negación radical de todo disenso.»

(Daniel González Lagier)

---

---

OLLERO TASSARA, Andrés.

*Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate.*

Poder Judicial, Madrid, núm. II, 1988, págs. 3 1-86.

«La transformación experimentada por la “propiedad intelectual” opina el autor no ha sido, entre nos otros, mera consecuencia del paso del tiempo. La Constitución de 1978 llevaba consigo una auténtica refundamentación de nuestro ordenamiento jurídico, que no ha dejado de influir en este ámbito.» «De ello -continúa- nos ocuparemos en estos apuntes.»

El artículo se divide en tres apartados: 1) *una «propiedad»* con peculiares propiedades, 2) *creatividad humana y comunicación*, y 3) *entre el poder legislativo y el judicial*. En el primero de estos apartados el autor opina que «configurar tal “derecho” como “propiedad” aportaba (...) una doble ventaja: emparentar con una figura de raigambre iusnaturalista, merecedora del más sólido fundamento jurídico, y aspirar como consecuencia a su disfrute perpetuo, al abrigo de humores o coyunturas.» Sin embargo, «con el paso del tiempo se ha ido poniendo de relieve el costo de este empeño por presentar los derechos del autor como si constituyeran una variedad peculiar del derecho de propiedad»: los caracteres especiales de este derecho «provocan una continua serie de anomalías respecto a los perfiles básicos de la propiedad». Ante esta situación caben, según el autor de este artículo, tres posturas: 1) la reconducción estricta de los derechos del autor a los esquemas de la propiedad común; 2) «reinventar la propiedad, para que los derechos del autor puedan habitar cómodamente en su seno», y 3) «emancipar los derechos del autor, cuyo núcleo básico tendría rango fundamental, del incómodo marco de la propiedad común, en un momento histórico en el que el carácter fundamental de ésta se haya en entredicho». A continuación, y dentro de este mismo apartado («propiedad intelectual» o «derechos del autor»), su relación con los derechos morales, la discusión entre las posturas monistas y dualistas respecto a los derechos del autor (éstas últimas distinguen entre derechos personales y derechos patrimoniales del autor) y el problema de si los derechos del autor deben o no considerarse «derechos de la personalidad».

En el segundo apartado se trata el debate constitucional sobre los derechos del autor, las distinciones y opiniones doctrinales sobre esta materia y las fases de concepción, ejecución y comunicación (pues «la *actividad artística* es también *comunicación con un sentido*») que cabe distinguir en este derecho. Por último, el apartado tercero se ocupa del tratamiento legislativo y jurisprudencial de los derechos del autor. En este sentido, el autor opina que: «El proyecto inicial (de la nueva ley sobre derechos del autor), pese a su confesado dualismo, era notablemente incoherente y dubitativo. Algunas de sus manifestaciones de más bulto se fueron puliendo en el debate, pero su línea básica se mantiene: se evita cualquier rasgo que presente los derechos de autor como derechos fundamentales constitucionalizados, tanto en su fundamentación como en su protección jurisdiccional; predomina el tratamiento de los derechos de explotación, mientras que los -derechos morales- o el «Derecho moral», como llamativamente se le titula parecen reconocerse de un modo forzado y postizo.»

(Daniel González Lagier)

---

---

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio.

*La razón práctica y la legitimación del derecho.*

Estudios Filosóficos, Valladolid, núm. 106, vol. 37, 1988, págs. 426-457.

Preguntar por la legitimación del derecho es preguntar por la racionalidad jurídica. Es acercarse al tema de la razón práctica, que hoy vuelve a ser planteado en el pensamiento iusfilosófico. Pero, desde Aristóteles, la razón práctica es un proceso discursivo mensurado por la verdad que le es propia y asequible. Por eso, la legitimación del derecho se plantea como un tema filosófico de la verdad del derecho. Gran parte de las corrientes iusfilosóficas de nuestros días cierran el paso a cualquier planteamiento sobre la verdad peculiar de la racionalidad práctica, por entender que en ese ámbito -¿sólo en ese ámbito?- no caben afirmaciones de valor permanente ni hay métodos formales que faciliten conclusiones con rigor. Esto suscita el problema de si hay verdad en la praxis humana y cómo ha de ser esa verdad. Es claro que el concepto de verdad que realiza la razón práctica no puede mensurarse por los mismos principios que nos hacen aceptar axiomas y evidencias en otro tipo de actividad de la razón. Y ocurre que el mismo Aristóteles reivindicó una pretensión de verdad singular para la razón práctica. Y lo hizo porque consideró que también en ella existe un principio determinante de la razón y un discurso de la razón que equivale a lo que en el derecho es el proceso aplicativo de la ley a las situaciones entendidas en el máximo de su singularidad y circunstancialidad. Este proceso de la razón práctica se diversifica en el derecho, pues existe el proceso de la razón legisladora, que es el normatizar conductas típicas por referencia a bienes pretendidos por la sociedad, y existe también el proceso de aplicación de las normas a las situaciones y conductas particularizadas. En todo ello hay un proceso racionalizador y universalizante, que es, a la postre, la auténtica legitimación del derecho por la razón humana.

---

---

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio.

*Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 55-80.

Hace tiempo que la Sociología no es mirada con recelo por parte de los juristas. Y hace tiempo también que la atención a la dimensión social del sujeto de derechos condiciona las teorías de los juristas. Pero, al aproximarse a estos problemas, se advierte que la Sociología es sólo tolerada en el derecho por su utilidad práctica, en cuanto suministradora de datos para posibles legislaciones o de análisis sobre los estados de opinión. Queda, por tanto, un amplio margen de investigación de los temas de sociología del Derecho, entendida como disciplina teórica y crítica de los supuestos del mundo jurídico. Este cometido teórico ya tiene precedentes en las corrientes sociológicas del derecho del siglo pasado que significaron una revuelta contra el formalismo conceptualista y ahistórico. Hoy esto sería el propósito de una teoría sociológica del Derecho, entendida como ciencia de las estructuras sociales que subyacen a todos los fenómenos jurídicos y que condicionan los conceptos y la eficacia del mundo del derecho. Los grandes hitos de esta disciplina estarían representados por autores como E. Elirlich, Max Weber y G. Gurvitch, quienes hacen de la Sociología un instrumento para examinar y controlar toda la ciencia jurídica y, sobre todo, para captar la singularidad de lo jurídico en el contexto de las normas sociales. Dentro del marco de un estudio social del derecho se propugna la diferencia entre construir una teoría social del Derecho y los trabajos de tipo empírico que corresponden a la sociología aplicada, la cual no es más que un sector de la Sociología. La primera de las formas está muy cercana a la teoría del Derecho y a la filosofía del Derecho y es, en estos ámbitos disciplinares, como ha surgido y tiene hoy cultivadores que permiten predecir valiosas contribuciones. Por ello, la introducción de la sociología del Derecho en los estudios del Derecho no significará una merma de las disciplinas teóricas del derecho, antes bien una indicación para ulteriores desarrollos teóricos acerca de lo jurídico.

---

---

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio.

*Pertenencia de lo jurídico a lo moral. Reflexiones sobre una teoría iusfilosófica clásica.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 305-329.

El problema de las relaciones entre derecho y moral estuvo y está en la encrucijada de todos los problemas teóricos acerca del derecho. Las posturas mantenidas en torno a él pueden reducirse paradigmáticamente a dos una, que no entiende el derecho más que por referencia a todos los ordenamientos válidos para las conductas humanas y que procura, en consecuencia, clasificar y jerarquizar todas las normas por su condición de normas dirigidas a un ser libre y responsable. Otra, en cambio, ve el derecho, y eventualmente la ciencia sobre el derecho, como un lenguaje y una estructura autónoma y justificable sólo por la voluntad de un poder que lo configura y, por lo mismo, es algo incondicionado y autojustificado. Estos dos posibles modos de entender el derecho se entrecruzan a lo largo de las teorías jurídicas. De ahí resulta un problema sin solución, pues él no es más que la manifestación de posturas divergentes acerca de la misma naturaleza del derecho. Un estudio más directo de la primera de esas posturas, que es la del pensamiento iusfilosófico antiguo ofrece ocasión de mostrar que queda muy desfigurada en las exposiciones actuales, las cuales no llegan a captar el sentido genuino de lo que significa la pertenencia del orden jurídico a lo moral, que en modo alguno resta autonomía ni consistencia a las realidades jurídicas. Por ello, esa revisión del pensamiento antiguo puede apoyar la teoría que intenta mantener la debida correlación entre ambas dimensiones ineludibles de la persona humana: su eticidad y su juridicidad. Ambas están en una relación funcional crítica: la moral es una instancia de legitimidad del derecho y el derecho es una instancia de practicidad de los ideales morales.

---

OTERO PARGA, Milagros.

*El Derecho Penal en los planes de estudios desde 1771.*

Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación, Barcelona, núms. 6-7, págs. 893 y sigs.

El estudio realizado se refiere a la evolución de la materia de Derecho Penal a lo largo de los distintos planes de estudios. Sin embargo, y para que este análisis resulte más completo, se le ha añadido un breve repaso histórico de las distintas situaciones políticas por las que atravesó nuestra patria durante el período objeto de examen, ya que ninguna ciencia jurídica es tan vulnerable a los cambios constitucionales como lo es el Derecho Penal.

En este sentido, el análisis pormenorizado de este trabajo se ha dividido en cinco grupos generales:

1. Comienzo del período constitucional (1812-1840).
2. Monarquía constitucional (1840-1868).

3. Revolución (1868-1876).
4. Restauración ( 1876-1923).
5. Crisis (1923-1978).

En cuanto a las conclusiones obtenidas merecen ser destacadas las siguientes fechas:

1. Orden de 29 de agosto de 1802, que hablaba o comprendía el equivalente de Derecho Penal dentro de los estudios de Derecho Patrio.
  2. Orden de 5 de octubre de 1802. Se refería a la cátedra de Prima de Derecho Real.
  3. Real Cédula de 12 de julio de 1807 (Marqués de Caballero). Se estudiaba la materia que nos interesa dentro de las cátedras de Partidas y Recopilación.
  4. Proyecto de 7 de marzo de 1814. Estudiaba la materia que nos interesa bajo el epígrafe de Instituciones de Derecho español y Fórmulas de Práctica Forense.
  - 5 Circular de 27 de octubre de 1818. Aparecía bajo el epígrafe de Prima de Leyes.
  - 6: Real Orden de 15 de octubre de 1824 (Francisco Tadeo Calomarde). Tocaba la materia que nos interesa en alguna parte de la Novísima Recopilación. Se hablaba de Teoría del orden judicial, civil y criminal.
  7. Plan de 4 de agosto de 1836. Recoge la denominación de Elementos de Derecho Público y del Civil y Criminal de España. También habla de Partidas y Novísima Recopilación.
  8. Instrucción de 1 de octubre de 1842. Hablaba de Elementos de Derecho Penal y de Procedimiento y de Derecho Administrativo, así como de Código de materia criminal.
  9. Real Decreto de 17 de septiembre de 1845. Mencionaba el Derecho Criminal de España con el Derecho Mercantil.
  10. Real Orden de 21 de agosto de 1850. Aparece la denominación de Derecho Mercantil y Penal de España y Ampliación de Derecho español parte Mercantil y Penal, fueros particulares.
  11. Real Decreto de 28 de agosto de 1850. Contempla, por primera vez, la denominación de Derecho Penal como asignatura independiente.
  12. Programa de estudios de 26 de agosto y 11 y 20 de septiembre de 1851, hablaba de Elementos de Derecho Mercantil y Penal y también de nociones de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España.
  13. Real Orden de 18 de septiembre de 1853. Mencionaba la materia bajo el rótulo de Ampliación de Derecho Mercantil y Penal.
  14. Ley de 9 de septiembre de 1857. Instituciones de Derecho Penal y Mercantil, así como Nociones de Derechos Mercantil y Penal.
  15. Real Decreto de 2 de septiembre de 1853. Nombraba la materia de Derecho Penal y Procedimiento Criminal.
  16. Real Decreto de 10 de septiembre de 1906. Introdujo los estudios de doctorado la asignatura de Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología Criminal.
  17. Decreto de 7 de julio de 1944, por fin hablaba, con terminología actual de Derecho Penal parte general y parte especial.
-

---

OTERO PARGA, Milagros.

*La Nacionalidad como derecho fundamental.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 449 y sigs.

El presente artículo aborda el tema de la nacionalidad en cuanto al «status jurídico» al que pueden acogerse tanto las personas físicas como jurídicas.

En este sentido, el primer problema que surge es el de la delimitación del concepto. No debemos olvidar que el problema de la nacionalidad ha tenido, sin duda alguna, y es muy posible que siga teniendo, grandes implicaciones de tipo político. Todo ello ha contribuido al hecho de que en muchas ocasiones se formase en torno a este tema una niebla que dificultó grandemente su estudio.

Por otro lado, este trabajo se centra, especialmente, en el problema en España y América de la doble nacionalidad, ya que esta cuestión presenta connotaciones especiales referidas a España y a los países iberoamericanos. Sabido es que España tiene suscritos numerosos tratados de doble nacionalidad con países iberoamericanos mediante los cuales, tanto los españoles en estos países como los iberoamericanos en España, gozan de una protección especial.

En cuanto a la regulación específica de este derecho, debemos acudir al artículo 11 de la Constitución española de 1987.

En este texto legal se advierte que «la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la ley». En principio habría que preguntarse, ante qué ley. Parece que ésta debería ser la Ley Civil, el Código Civil, pero esta referencia tiene, forzosamente, que ampliarse, ya que en muchas ocasiones habría que acudir también a las leyes penales, administrativas o militares, por no mencionar distintos tratados internacionales.

Sin embargo, sí debemos señalar a pesar de lo dicho, que en cuanto a la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española, habrá que estar a lo establecido en los artículos 17 a 28 del Código Civil.

La pérdida de nacionalidad es la materia regulada en el artículo 11-2.º de la Constitución. En ese sentido se advierte que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad».

En cuanto a esto, debemos advertir que la regulación constitucional no resulta clara, en tanto en cuanto pasa por alto el problema de la renuncia voluntaria del derecho de nacionalidad.

En cuanto al párrafo 3.º del artículo 11, se habla de la posibilidad de concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos y con aquéllos con los que España hubiese tenido una vinculación especial. Esta fórmula Constitucional resulta muy amplia, en tanto en cuanto las relaciones de España con los distintos países puede ser objeto de múltiples variaciones.

Después del estudio realizado, y a modo de conclusión, podemos afirmar que en el campo de la nacionalidad quedan muchos problemas por resolver y, por ello, necesitamos una regulación más precisa y específica, en la que quede recogido de forma más clara este derecho fundamental, no sólo desde el punto de vista de las personas físicas, sino también desde las perspectivas de las personas jurídicas, en cuanto son éstas las que de ordinario tienen mayores implicaciones de tipo económico.

---

---

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

*Conferencia de apertura por el Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez.*

Poder Judicial, Madrid, número especial 1, 1988, págs. 9-20.

La comparación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo, señala el autor, es un punto central de la argumentación judicial y ha recorrido en la cultura jurídica a lo largo de la historia una intensa cantidad de vicisitudes. «No sería exagerado decir que su núcleo central, el núcleo central de la historia de la cultura jurídica y política está formado precisamente por esa relación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo.

Hasta muy recientemente los esfuerzos que se han hecho, los esfuerzos teóricos, para relacionar ambos -derecho positivo y modelo de derecho justo-, no han permitido un encuentro fructífero que les vinculase manteniendo la integridad de cada uno de ellos (...). Durante la mayor parte de la historia y hasta el mundo moderno, el modelo de derecho justo con la denominación de derecho natural ha sido la realidad principal, mientras que el derecho positivo era la materia secundaria; es lo que se ha llamado el reduccionismo “iusnaturalista”.»

El tema de los valores superiores y de los derechos fundamentales, tal como se concreta en nuestra Constitución, es el resultado de un proceso en la cultura jurídica moderna que cristalizará en una nueva posibilidad de consideración de la relación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo, sobre el que todavía, a juicio del autor, no se ha reflexionado lo suficiente. «Sin duda, tiene también repercusiones en el proceso de producción, aplicación del derecho y en el sentido de la decisión judicial. Parece que, por primera vez, puede ser posible un encuentro entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo sin que exista una materia principal y una subordinada que conduzca necesariamente al reduccionismo.» El derecho justo hoy tiene que ser primero derecho con las características del derecho positivo; sólo en el derecho positivo se puede hablar de derecho justo, aunque los criterios de justicia, los valores y los principios éticos, expresión de la racionalidad, trascienden a lo jurídico.

En este sentido, dos son las conclusiones que se extraerían a juicio del autor. «Primera: el primer nivel de un derecho justo pasa por que el derecho fundante básico, es decir, el poder, sea poder legítimo, lo que hoy es idéntico a decir “un poder democrático”. Segundo: la vocación y la plenitud de los ideales de justicia, de los principios morales y de los valores, es realizarse en el derecho positivo; la moralidad crítica pretende siempre convertirse en moralidad legalizada e integrarse al derecho positivo.»

Finalmente, el autor, tras referirse a la Constitución formal y material en su relación con los valores superiores y los derechos fundamentales, concluye que todo un depósito de ideas morales, de creencias y de filosofía política y jurídica, se condensa en la filosofía democrática: «Ciertamente, que este acervo no se agota con valores, ni con los derechos fundamentales que se propugnan desde el ordenamiento jurídico. La conciencia crítica, la moralidad no legalizada seguirá presionando en las fronteras del derecho para seguir avanzando en la lucha por una sociedad humana más justa.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

PECES-BARBA, Gregorio.

Escritos sobre derechos fundamentales.

Eudema Universidad, Madrid, 1988, 278 págs.

«Los trabajos que se incluyen en este libro -explica el autor- han sido publicados con anterioridad, con excepción del referente a la filosofía de la tolerancia en Alemania, los Países Bajos, Gran Bretaña y sus Colonias en los siglos XVI y XVII, que es inédito. Sin embargo, todos ellos han sido reelaborados para ponerlos al día, especialmente en la bibliografía y en algunas dimensiones que he incorporado con posterioridad a mis planteamientos (...).

El libro se divide en dos grandes partes. La primera, de estudios históricos, que comprende el ya citado sobre *Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española*, y dos sobre la historia de la tolerancia, el primero *La filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII* que se publicó en el número 3 del Anuario de Derechos Humanos, y el segundo, ya indicado al principio sobre la tolerancia en Alemania, Países Bajos y Gran Bretaña y su Colonias, en este mismo período de tiempo. La segunda parte del libro comprende cuatro estudios sistemáticos. El primero sobre los derechos económicos, sociales y culturales, se publicó por la Universidad de Murcia y (...) ha sido ampliado y complementado sustancialmente. Los dos siguientes, que aparecen con menores modificaciones, son *Los derechos fundamentales entre la moral y la política*, publicado en el Anuario de Derechos Humanos, número 2, y *Reflexiones sobre la paz*, publicado en la revista Sistema (núm. 67, julio, 1985) (...).

Por fin, el último se publicó en el número 4 del Anuario de Derechos Humanos, homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez, *Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales*, y que por ser muy reciente aparece, asimismo, sin modificaciones.

En estos siete estudios se reflejan muchos problemas nuevos y algunas reflexiones complementarias al punto de vista sistemático que mantengo sobre los derechos humanos, como filósofo del Derecho, y que hasta ahora estaba contenido en mi libro sobre los *Derechos fundamentales*.»

(Daniel González Lagier)

---

---

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio.

*Sobre el fundamento de los derechos humanos.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 193-207.

Cuando se habla de comprensión de los derechos humanos se trata, a juicio del autor, de «explicarlos desde su raíz y en todas sus dimensiones para entender su origen, su fundamento, su estructura y su función en la sociedad, en el poder político y en el Derecho. Es una tarea que compete, en primer lugar, a la filosofía moral, política y jurídica, esta última, tanto en su dimensión de teoría de la justicia como de teoría del Derecho, y que se completa con la acción de diversas ramas de la ciencia jurídica (...). Cualquier intento de fundamentar o de explicar los derechos humanos exclusivamente desde alguno de esos puntos de vista (...) conduce a reduccionismos que impiden la comprensión (...). Cuando hablo de comprensión de los derechos humanos me refiero a esa compleja actividad intelectual que lleva a integrar lo que llamo la Filosofía y el Derecho positivo de los derechos humanos (...).»

Para fundamentar los derechos humanos, incluso desde una pretendida reflexión racional, es necesario recurrir a la fundamentación histórica situada en el contexto concreto del mundo moderno. Sólo desde sus premisas económicas, sociales, culturales y políticas es pensable una argumentación sobre derechos humanos.

Tras señalar algunos de los argumentos más importantes que ayudan a entender su punto de vista, el autor se ocupa del concepto de «libertad igualitaria» como resultado de la construcción racional sobre los rasgos de los derechos humanos que se instalan en la cultura jurídica y política moderna.

Se pueden distinguir, a juicio del autor, tres sentidos diferentes de la palabra libertad tal como ha sido usada a lo largo del tiempo. Los dos primeros corresponden a la libertad de elección y la libertad moral, ambos se complementan e inciden al mismo tiempo en la comprensión de la libertad como fundamento de los derechos humanos. El tercer sentido, la libertad social, política y jurídica, tiene como ámbito de acción la sociedad civil, el Poder y el Derecho, y es la síntesis de los derechos humanos.

«A través de su desenvolvimiento en los derechos humanos -continúa el autor- el hombre moderno pretende poner la sociedad, el Poder y el Derecho al servicio del dinamismo de la dignidad humana (...). Si se rompe el dinamismo de la libertad de elección a la libertad moral y se produce un reduccionismo que desconozca una de las dos, sufrirá también la libertad social, política y jurídica.» Sólo cuando existen las tres dimensiones de la libertad el poder está distribuido entre el Estado y los individuos y así encontramos la raíz de la democracia.

El paso siguiente nos lleva al análisis de todo el material de derechos humanos para construir tres modelos parciales de la libertad social, política y jurídica: El modelo liberal, que utiliza la idea de libertad como no interferencia. El modelo socialista, que pretende incorporar elementos igualitarios a la libertad y excluir de la misma las dimensiones con imposible contenido igualitario como la libertad. Y, por último, el modelo democrático de libertad, posterior al liberal y contemporáneo al socialista, que pretende fundamentar y organizar la participación de los miembros de la sociedad civil en el poder político. Su repercusión objetiva en el poder político es ser la principal fuente de legitimidad democrática.

Como conclusión de lo expuesto, finaliza el autor juzgando como positiva la distinción entre Moral y Derecho iniciada por Tomasio, pero no hasta el extremo de establecer una separación «y el punto de encuentro son los derechos humanos que se fundamentan en la ética como forma de realización histórica de la autonomía moral del hombre, posible por su inicial libertad de elección».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

*Aproximación al Derecho de la informática.*

Theoria, núms. 7-9, 1987-1988, págs. 529-551.

De forma correlativa a las sucesivas aplicaciones de la informática en distintos sectores del derecho se ha producido, en los países más avanzados, una creciente promulgación de normas jurídicas que tienen por objeto reglamentar diferentes aspectos de la informática. De ahí que, como contrapunto a la informática jurídica, se está forjando en nuestros días una nueva disciplina jurídica: el Derecho de la informática o Derecho informático, que engloba las distintas normas de los ordenamientos internacionales y nacionales encaminadas a disciplinar la utilización de la informática y la telemática. De los distintos núcleos de problemas que integran esta nueva materia jurídica se estudian en este trabajo los referentes a: contratos sobre la utilización de computadores, tutela jurídica, así como la problemática que dimana del flujo internacional de datos.

---

---

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

*Concepto y concepción de los derechos humanos* (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta).

Doxa, núm. 4, 1987, págs. 47-66.

Estas observaciones sugeridas por la ponencia del profesor Laporta se polarizan sobre dos cuestiones: 1) establecer a qué tipo de concepto responde la propuesta de definición avanzada en la ponencia y 2) señalar qué tipo de concepción filosófica jurídica subyace a tal concepto.

Respecto al primer punto, tras esbozar el sentido y alcance de las definiciones ostensivas, reales y nominales, subdistinguiendo en estas últimas las lexicales, estipulativas y explicativas, estima que el concepto defendido en la ponencia responde a una definición nominal en sentido explicativo de los derechos humanos.

En opinión del autor la concepción que informa la ponencia obedece a premisas iusnaturalistas al entender los derechos humanos como bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para deber ser protegidos normativamente. Esta tesis, que expresamente se inscribe en la órbita de los derechos morales, responde, en efecto, a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, que los reputa valores que deben ser reconocidos por el derecho positivo a todos los hombres y, que, por tanto, son preliminares y básicos respecto a cualquier legalidad positiva.

Aunque se comparte este planteamiento o concepción de los derechos humanos, el autor discrepa del ponente en lo tocante al carácter absoluto e inmutable de los derechos humanos, haciendo especial hincapié en la dimensión «generacional» que es inherente a los derechos humanos, como corolario de su carácter histórico.

---

---

PÉREZ LUÑO, A. E.

*Derecho, moral e ideología.*

En el volumen II *Encuentro Hispano-Mexicano de filosofía moral y política*, edición a cargo de J. A. Gimbernat y J. M.<sup>a</sup> González, Instituto de Filosofía del CSIC, Madrid, 1988, págs. 108-116.

Se trata de explicar la continuidad entre los problemas éticos y jurídicos, así como la carga ideológica que subyace a numerosas invocaciones de la moral en la aplicación del Derecho. Para evitarlo, se aboga por la necesidad de que cuando el derecho se remita a categorías morales lo haga con propiedad. Por ser la ética una estructura normativa del comportamiento, parece imprescindible tener en cuenta los factores antropológicos, psicológicos, socio-biológicos y culturales que conforman el contexto explicativo de la conducta humana individual y social. En la medida en que las valoraciones morales utilizadas en el ámbito jurídico respondan a criterios verificables, tenderá a debilitarse su componente ideológico, en la acepción peyorativa de la ideología jurídica, es decir, en cuanto deformación consciente o inconsciente de la realidad en función de los intereses de quienes crean o aplican el derecho.

---

---

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

*Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos.*

En el volumen *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1988, págs. 831-841.

Entre quienes intentan concretar el significado de los derechos humanos constituye casi un lugar común la observación de que los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad pueden considerarse como los tres ejes fundamentales en torno a los que se ha centrado la reivindicación de los derechos humanos. De ahí, la necesidad de clarificar el sentido de estos tres valores para precisar el ámbito significativo de los derechos humanos.

La tesis sustentada en este estudio es que tales valores no son, como en determinados planteamientos teóricos se sostiene, contradictorios; sino que la propia batalla actual por los derechos humanos obliga a un constante esfuerzo de concordancia práctica entre ellos. Puede afirmarse, sobre este punto, que la renuncia, el abandono o el sacrificio de cualquiera de ellos, aunque sea en aras de la mejor satisfacción de los otros, compromete la entera causa de los derechos humanos.

---

---

PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique.

*Impactos de la informática en el sistema de valores jurídicos.*

En el volumen *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*, V Encuentro 1987, CITEMA, Madrid, 1988, págs. 93-103.

La dinámica evolutiva de los valores en los países más avanzados se halla inmersa en un período de transición, motivado por el propio desarrollo de las nuevas tecnologías. En esa fase se vislumbra, como telón de fondo del progreso informático y telemático, la inquietante posibilidad de unas formas de convivencia definidas por una tecnología que puede penetrar en cualquier ámbito, incluso en el más íntimo de la vida privada; que puede acaparar, registrar y manipular cualquier tipo de datos e informaciones; que puede, por tanto, ejercer un control implacable sobre los ciudadanos. Para evitar esos riesgos y amenazas es preciso que los valores ético-jurídicos fundamentales se hallen a la altura de las nuevas exigencias. Sólo así podrán cumplir la función legitimadora, orientadora y crítica de la vida social que les es propia.

---

---

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

*La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.*

En *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas & UNAM, México, 1988, vol. III, págs. 2345-2371.

En esta monografía se traza un cuadro expositivo de los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en el sistema constitucional español. Para ello, se clasifican dichos mecanismos en función de la significación jurídica del medio de tutela empleado. Se estudian, de este modo, sucesivamente los instrumentos de protección de tipo normativo (fuerza vinculante de la Constitución, rigidez constitucional, reserva de ley, respeto del contenido esencial); las garantías jurisdiccionales (tutela judicial genérica de los derechos, recurso de inconstitucionalidad, *habeas corpus*, y recurso de amparo); y mecanismos institucionales (control parlamentario, iniciativa legislativa popular y el Defensor del Pueblo). El artículo recoge la jurisprudencia básica del Tribunal Constitucional y una referencia doctrinal sobre estas materias.

---

---

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

*Lecciones de filosofía del Derecho.*

Ed. Minerva, Sevilla, 3.<sup>a</sup> ed., 1988, 159 págs.

Se trata de una versión ampliada de las anteriores correspondientes a los años 1982 y 1986, la primera de las cuales fue objeto de reseña en la sección bibliográfica del volumen 2 de «Doxa», de 1985.

La variante más notable introducida ha sido la adición de un apéndice sobre «Derecho, Moral y Política», en el que se amplía la referencia a la problemática de las relaciones entre Moral y Derecho, abordada en el capítulo 11 de la obra. Se ha procedido también a una actualización del aparato crítico bibliográfico que sirve de soporte a los temas abordados en el texto.

---

---

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

*Los derechos fundamentales.*

Ed. Tecnos, Madrid, 3.1 ed., 1988, 227 págs.

Esta edición amplía y completa las dos anteriores aparecidas, respectivamente, en 1984 y 1986, la primera de las cuales fue reseñada en el volumen 2 de «Doxa» correspondiente al año 1985.

Las principales modificaciones introducidas se refieren a la ampliación y actualización de las fuentes bibliográficas, así como la referencia de los cambios introducidos en el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español y las sentencias más significativas del Tribunal Constitucional.

---

---

PUY, Francisco.

*El ordenamiento jurídico y su problemática.*

Cuadernos informativos de Derecho Histórico, Público, Procesal y de la Navegación, núm. 8, 1988, págs.1713-1729.

El autor hace un balance de los problemas que suscita ahora el tópico O.J. (ordenamiento jurídico) y mantiene en este trabajo una docena de tesis, que se resumen así:

1. La erosión del O.J. sólo puede aliviarse moderando la velocidad del cambio normativo desde la estabilidad doctrinal y jurisdiccional: aunque lenta, ésta es la única solución a la larga.
  2. La disminución de la masa normativa y la reautorización consiguiente del O.J. dependen del auto-control del normador: por tanto, es un problema insoluble, hoy día.
  3. La irracionalidad del O.J. no puede eliminarse y sólo puede corregirse asimilándola con una metodología tópica, retórica, dialéctica, zetética.
  4. Todo elemento normativo puede considerarse elemento de cualquier O.J.: no hay monopolio de peculiaridades.
  5. Ningún O.J. es completo, ni suficiente: por tanto, los OO.JJ. son, y han de ser, plurales hacia dentro y hacia afuera de ellos mismos.
  6. El O.J. constituye un ente de razón que funciona muy bien como modelo, tópico, estandarte o directiva de la praxis jurídica, en sus tres niveles (normación, decisión y dictamen: y no sólo en el primero de ellos).
  7. El étimo *or-* de «ordenamiento» denota la función orientadora que lo connota. El tronco *iraz-* (celto-íbero), *ord-* (celto-irlandés), *urdd-* (celto-británico), *ordn-* (germánico), connota la función tejedora, urdidora, que le da tan especial sabor jurídico-político.
  8. O.J. equivale a «sistema» en sentido débil (sistema razonablemente coherente), pero siempre quiere pasar por «sistema» en sentido fuerte (sistema axiomatizado y formalizado matemáticamente): en el primer sentido es útil para el jurista; en el segundo es letal.
  9. La jerarquización interna de los elementos de cada O.J. es tan situacional como la externa entre los diversos OO.J.J. existentes.
  10. La equivalencia «ordenamiento» = «institución» es discrecional, pero inevitable (desde que la autorizara Santi Romano) y salutífera (para liberarse del normativismo).
  11. La conversión simple entre «ordenamiento» y «derecho» sólo vale con la simultánea conversión simple entre «derecho» y «derecho positivo objetivo estatal».
  12. El tópico ordenamiento puede definirse así: *Ordenamiento jurídico es la categoría clasificatoria o el concepto operacional con que damos unidad ficticia al conjunto de reglas que favorecen nuestra posición jurídica, para fortalecerla, y/o al conjunto de reglas que perjudican la posición jurídica adversa, para poderle golpear en su centro de gravedad y someterla lo más rápidamente posible.*
-

---

PUY, Francisco.

*Euskal-filosofia.*

Razón Española, núm. 28, 1988, págs. 211-222.

El trabajo perfila la filosofía vasca actual desde las siguientes notas diferenciadoras:

1. Es una filosofía desarraigada, que prescinde de su tradición histórica, con raras excepciones, como son, por ahora, Zubiri y Unamuno.
  2. Es una filosofía con prurito de divorcio o rechazo respecto a sus corrientes afines culturalmente próximas, las ibéricas y las galas.
  3. Es una filosofía con voluntad de entreguismo al pensamiento germánico (más al nórdico que al meridional) cuyas batallas comparte con la entrega del legionario.
  4. Es una filosofía escindida básicamente en tres grandes dicotomías: existencialismo o materialismo; irracionalismo o hiperracionalismo; retoricismo o teoricismo.
  5. Es una filosofía virtualmente esquizofrénica que al autoidentificarse justifica la doblez y menosprecia la integridad.
  6. Es una filosofía trabada en el problema lingüístico que no ha descubierto el filón metafísico de la lengua euskera ni utiliza la metodología fenomenológica de la línea Vico-Heidegger.
  7. Es una filosofía interesada en el tema de Dios, que ancla su ontología firmemente en él, pero que se enreda en el sargazo de no querer ya ser cristiana.
  8. Es una filosofía sin hacer aún, como la de Nietzsche; y por eso, nietzschiana... hasta donde se lo permite la hegemonía hegeliana y marxista.
  9. Es una filosofía desvergonzada, que cree que no tiene tabúes, simplemente porque ha sustituido los viejos por otros nuevos (con la ventaja de la novedad y el inconveniente de la ingenuidad).
  10. Es una filosofía sin maestros actuales con autoridad reconocida, que carece de líderes, probablemente, porque los que lo podrían ser prefieren quedar en el anonimato, o emigrar a España o a Europa.
  11. Es una filosofía joven, temperamentamente rígida y radical, que sólo sabe del sí o no, del todo o nada, a la que le cuenta un ingente trabajo matizar, porque apenas sabe comprender, conceder y tolerar.
  12. Es una filosofía intoxicada de hegelismo y marxismo, desinteresada por el derecho y la teología, y agresiva contra el Estado y la política.
  13. Es una filosofía escapista, tendente a la barbarización, la emigración, la logización, el irenismo, la formalización, el relativismo y el escepticismo.
  14. Es en fin una filosofía que, a pesar de todo, desea encontrar su camino en un difícil pluralismo lingüístico, ideológico, territorial y racial: a la que el autor desea de corazón que lo encuentre y lo desarrolle lo más brillantemente que pueda.
-

---

PUY, Francisco.

*La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 487-499.

El autor estudia la relación derecho-moral en el caso puntual y extremo de la expulsión o acogida del nombre de Dios en el actual lenguaje jurídico. Para ello analiza los argumentos que postulan la erradicación del nombre de Dios del mismo frente a los que mantienen su invocación como pertinente. Los argumentos contrarios a la invocación de Dios en el lenguaje jurídico se reducen a cuatro:

1. Lo hace impertinente la exigencia de racionalidad, que debe excluir del lenguaje jurídico todo lo que no se toca, mide y pesa.
2. Lo hace impertinente la exigencia de pureza del método jurídico, que debe excluir de su vocabulario todo lo metajurídico.
3. Lo hace impertinente el progreso jurídico, o sea, la evolución inexorable desde el derecho divino al derecho ateo.
4. Lo hace impertinente la exigencia de secularidad, asumida a valor y, además, a valor jurídico por el mundo actual.

Por otro lado, la invocación de Dios en la norma, el contrato, la sentencia, el dictamen o la monografía aparece defendida en base a estos argumentos.

El jurista nombra a Dios y debe nombrarlo:

1. Para recobrar el sentido jurídico.
2. Para determinar una concepción del mundo y de la vida.
3. Para introducir el tercero mediador que reconcilia la enemistad entre las partes negociables y litigiosas.
4. Para construir el puente ontológico por el que las personas se comunican recíprocamente como tales personas.
5. Para interponer el disuasor superior de todo injusto.

El autor llega a la conclusión de que la invocación de Dios en el lenguaje jurídico es inevitable: que su menor uso significa un mayor respeto al segundo precepto del Decálogo; pero que su uso en los pocos casos fundamentales no sólo es pertinente, sino que, además, acredita la aparición del jurista excepcional. Lo cual se trasvasa a tesis general de la relación derecho moral. Tan erróneo es introducir la moral en el derecho cuando no es preciso, como ignorarla cuando ella está allí dentro. La moral no se erradicará del derecho nunca, mientras haya un solo jurista sabio en la faz de la tierra.

---

---

PUY, Francisco.

*Por una jurisprudencia iberoamericana.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 475-488.

El autor analiza en este trabajo la existencia, denominación y problemática de la jurisprudencia iberoamericana; le augura un próximo y futuro esplendor; y, para coadyuvar a su logro con más rapidez, hace cuatro propuestas metodológicas y cinco sugerencias políticas.

Las propuestas metodológicas son las siguientes:

1. Eliminar autofobias y aumentar el conocimiento de la propia historia y tradición mediante una potenciación de la parte de ella que se consagra a la historia de las ideas.
2. Eliminar, asimismo, la xenomanía, sustituyéndola por una correcta relación igualitaria de cooperación y dignidad con las otras culturas jurídicas: en especial con la anglosajona, la franco-germánica y la soviética.
3. Buscar la superación en profundidad de los defectos consustanciales al positivismo, al racionalismo y al cientificismo, para recorrer los caminos más expeditos del realismo y la tópica.
4. Mirar más al futuro proyectando el pasado, pero sin dormirse en éste último; es decir, evitando el doble defecto de desconocer grandemente la tradición iberoamericana autóctona, sesteando a la par sobre los laureles secos que se suponía tenía...

Y éstas son las propuestas políticas:

1. Celebración de Congresos Iberoamericanos de Juristas en todos los países de la comunidad.
  2. Organización de un sistema permanente de intercambios o sustituciones de juristas profesores, jueces, letrados y otros funcionarios operadores jurídicos.
  3. Creación de una Asociación Iberoamericana de Juristas, según el modelo de la Asociación Luso-Hispano-Americano-Filipina de Derecho Internacional.
  4. Creación de una Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Iberoamericano según el modelo de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado europeo de Estrasburgo.
  5. Introducción en el plan de estudios de las Facultades de Derecho de las Universidades de España, Portugal e Iberoamérica de una asignatura optativa de Derecho Iberoamericano, o más ambiciosamente aún, de una sección especializada de segundo ciclo.
-

---

RAMOS PASCUA, José Antonio.

*Promoción activa e imposición coactiva de la moral. Examen de la postura de H. L. A. Hart.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 28, 1988, págs. 447-467.

El artículo gira en torno al tema ya clásico de la imposición jurídica de la moral, reactualizado no ha mucho tiempo gracias a la conocida y apasionante polémica que enfrentó a H. L. A. Hart con P. Devlin. En sus primeras páginas el artículo da cuenta muy resumidamente de los antecedentes de la polémica y seguidamente procede a examinar, no tanto la doctrina de Devlin, ya exhaustivamente revisada por muy diversos autores, cuanto la menos comentada y, a mi juicio, más interesante y profunda de Hart. La actitud de éste ante el problema que nos ocupa se había expresado en una serie de escritos sucesivos y heterogéneos. De ahí la necesidad de presentar en forma sistemática sus principales tesis y argumentos. Dichas tesis podrían reconducirse a tres fundamentales: 1) Es ingenuo sociológicamente asumir que en las sociedades contemporáneas exista un verdadero consenso moral, una única moral social (sobre todo, en relación con la llamada «moral privada» y muy especialmente en relación con la moral sexual). Aun si supusiéramos que existiera, deberíamos impugnar su imposición coactiva, dado que nada nos asegura que los preceptos de esa pretendida moral popular no sean arbitrarios y hasta brutales. 2) La infracción de las exigencias de esa hipotética moral positiva privada no puede causar daño a nadie, y mucho menos puede (contrariamente a lo que sugiere la algo apocalíptica visión de Devlin) provocar la destrucción de la sociedad. 3) Aun en el supuesto de que la infracción de los principios de la moral privada causara algún daño a otros, sería siempre un daño menor del que causaría su imposición coactiva mediante el Derecho.

A continuación, tras desarrollar y evaluar críticamente cada una de las tesis enumeradas, se intenta partir de las conclusiones extraídas para tratar de ofrecer algunas posibles vías de solución razonable al problema. Concretamente, se sugiere como postura intermedia entre las de Hart y Devlin la posibilidad de que las infracciones morales menos dañinas no sean reprimidas mediante la irrupción coactiva del Derecho, sino que, haciendo uso de su «función promocional», éste se limite a alentar activa y decididamente el respeto a la moral colectiva. De este modo, sin causar daños apreciables a nadie, se lograría expresar una actitud de adhesión a los sentimientos morales compartidos que parece necesaria para mantener la cohesión y la solidaridad social.

---

---

RAWLS, John; FRIED, Charles; SEN, Amartya; SCHELLING, Thomas C.

*Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral.* (Trad. de Guillermo Valverde Gefaell.)

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 191 págs.

En los últimos años fenómenos tales como la tecnología y su aplicación, la nueva sensibilidad hacia las discriminaciones que padecen las minorías y la miseria y el hambre en el mundo, el peligro de la tiranía política y el surgimiento de una nueva religiosidad, han supuesto un aumento del interés por las cuestiones morales.

En este libro se recogen cuatro ensayos de distintos autores que exploran las implicaciones que tienen estos asuntos en el mundo de hoy.

En *Las libertades fundamentales y su prioridad*, J. Rawls da respuesta a las críticas vertidas sobre su obra *Teoría de la justicia* e indica métodos por los que los juristas pueden poner en práctica la concepción filosófica de la justicia. En *¿Es posible la libertad?*, Ch. Fried propone una teoría liberal del derecho que relaciona los temas básicos de la equidad distributiva y los derechos privados, y propone una norma de distribución. En *¿Igualdad de qué?*, A. Sen rechaza el utilitarismo, la utilidad total y la igualdad rawlsiana para fundamentar el aspecto de igualdad de la moralidad, proponiendo en su lugar la idea de igualdad de capacidades básicas como «dimensión moral relevante que nos lleva más allá de la utilidad y de los bienes primarios». Finalmente, T. C. Schelling, en *La ética, el derecho y el ejercicio del autodomio*, plantea varias cuestiones de ética y política básicas en el estudio de la economía del bienestar, la opción social, la filosofía política y la soberanía del individuo.

(Victoriano Moreno Molina)

---

---

RESTA, Eligio.

*Metáfora del contrato.*

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 227-242.

El autor parte de que «el término paternalismo, en la tradición más antigua del lenguaje político, es utilizado para indicar una técnica de gobierno caracterizada por comportamientos autoritarios, aunque benévolos, de los gobernantes en sus relaciones con los gobernados». En este siglo el concepto de paternalismo parece haber tomado un sentido negativo, del que comienza a «recuperarse» a partir de los años setenta en el ámbito de la filosofía jurídico-política. El autor intenta una reconstrucción del tema del paternalismo desde la perspectiva de la oposición paternalismo-democracia.

Para ello considera, en primer lugar, el «deslizamiento semántico» de conceptos como paternalismo, tolerancia, legitimación... a lo largo de la historia; y, en segundo lugar, el proceso de aumento de la reflexividad, un proceso que «se refiere a los medios de comunicación de los sistemas que son aplicados a sí mismos antes de ser aplicados al exterior (por ejemplo, el poder al poder, las decisiones a las decisiones, la regla a la regla, etc.), su aumento es una adquisición cualitativa de la auto-organización de un sistema en términos de diferenciación de las propias funciones y de generalización de la comunicación; de forma que atiende a la resolución de problemas de «excedencias de posibilidades» (...). En términos más simples, cuando un sistema más se organiza sobre sí mismo tanto más puede organizar mecanismos externos».

A la luz de estos procesos puede observarse el paso «de un derecho *paterno* a un derecho *fraterno* (*cum-iurandum*)». El primero es el derecho del soberano absoluto; el segundo es el derecho autorizado por un pacto horizontal entre los asociados que sujeta también al soberano: da conjura simboliza la escena fundamental del parricidio». Pero «el resurgir bajo otra forma dentro de una semántica que transforma el sentido antagónico de sus conceptos- de disimetrías, desigualdades, inseguridades en el *interior* mismo, no *a pesar* del pacto entre iguales, representa la vanidad y vacuidad de aquel parricidio (...)». El autor opina que «tal vez se trata, aunque dicho sin arrogancia, de comprender con mucha auto-ironía hasta qué punto nuestros discursos “iluministas” sobre el problema del presente están constreñidos y determinados por el lenguaje de la tradición; o (...) cuánta sedimentación histórica existe en nuestros conceptos; o, mejor, en qué medida nuestro horizonte de expectativa está dependiendo del espacio de experiencia».

«Concluyendo entonces -finaliza el autor-, una filosofía “pública” que escoge permanecer confinada en la descripción microfísica de las desigualdades individuales, como si fueran incidentes aislados de la democracia para corregir con políticas singulares de *public choices*, no es únicamente inadecuada y no está a la altura de una teoría de la sociedad compleja, sino que es fundamentalmente ideológica. El *paternalismo*, por tanto, no es un problema simple de posibilidades y límites de un poder de interferencia en la esfera de otros sujetos, sino que es una importante metáfora del pacto.»

(Daniel González Lagier)

---

---

ROBLES, Gregorio.

*Introducción a la Teoría del Derecho.*

Ed. Debate, Madrid, 1988, 177 págs.

Este libro -que se estructura en los siguientes seis capítulos: I) *Los temas de la filosofía jurídica*; II) *la teoría del Derecho natural*; III) *El positivismo jurídico y la filosofía del Derecho*; IV) *el renacimiento de la teoría del Derecho natural en el siglo XX*; V) *pospositivismo y hermenéutica filosófica*; y VI) *teoría del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas*- trata, según palabras del propio autor, de «encontrar un camino idóneo para el desarrollo de una filosofía jurídica útil para los juristas, adaptada a sus problemas y a sus inquietudes (...). Esta filosofía para juristas es designada *Teoría del Derecho* (...). Con esta nueva designación se pretende, en primer lugar, separarse de las implicaciones metafísico-ontológicas tanto del «Derecho natural» como de la «filosofía del Derecho», pero, además, denominar a un nuevo planteamiento epistemológico capaz de superar la antinomia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. La Teoría del Derecho es la filosofía jurídica del pospositivismo, asentada no en la fe ciega en la descripción, ya de la idea, va de los hechos, sino en la universal inmediatez del lenguaje. Su planteamiento no coincide ni con la Teoría General del Derecho, producto del positivismo en sus diversas manifestaciones, ni con la seca teoría analítica al uso, pues incorpora el modelo semiótico en todas sus dimensiones, a la vez que abre la puerta de par en par a la hermenéutica filosófica.

Reformula los viejos problemas, colocándolos en un modelo epistemológico que les dota de una significación distinta. Uno de sus postulados es que el recurso neopositivista al «pseudoproblema» constituye una «pseudosolución». Su afán integrador escapa, no obstante, al eclecticismo y al sincretismo metódico, ya que pretende la intelección de la pluralidad de los problemas teórico-jurídicos situando éstos en el plano del lenguaje que les corresponde».

(Josep Aguiló Regla)

---

---

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino.

*La Moral en el Derecho vigente.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 117-130.

El autor se propone en este artículo «reseñar, aunque sea en forma muy sucinta, las diversas maneras de plantearse el tema de la relación entre Moral y Derecho, particularmente por parte de la literatura más reciente».

En esta cuestión cabe distinguir, según el autor, «por lo menos cuatro planteamientos típicos, al lado de otro muy reciente». Son los siguientes:

1. «Ante todo se puede plantear el problema Derecho y Moral en relación con el estudio del concepto de Derecho (...). En cuyo caso se pregunta si Derecho y Moral son conceptualmente distintos o se identifican básicamente, aunque luego presenten algunas notas específicas.»
2. «Un planteamiento próximo al anterior (...) es el que parte del análisis del lenguaje moral o, quizá más genéricamente, del lenguaje ético. Aquí el primer paso consiste en distinguir y contraponer dos tipos de lenguaje radicalmente diferentes: el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo.»
3. «El tercer planteamiento del problema de la relación entre Moral y Derecho consiste en estimar que entre ellos existe una vinculación esencial que, de la manera más clara y también más tradicionalmente aceptada, se especifica diciendo que la Moral es el fundamento del Derecho y ha de operar como fundamento del Derecho.»
4. «En contraposición al anterior existe otro planteamiento en que la Moral y el Derecho se contemplan como dos bloques compactos unitarios, en los cuales, aunque gozan de la relación de vecindad, se diferencian radicalmente. Es lo que sintéticamente se conoce como tesis de la separación entre Moral y Derecho, y que, también con sus múltiples peculiaridades, es defendida, principalmente, por el denominado positivismo jurídico.»
5. «Hay, sin embargo, un nuevo y más reciente planteamiento, superador de los dos anteriores, que consiste en considerar que la Moral y el Derecho ni están inseparablemente unidos ni tampoco radicalmente separados, sino que se complementan y prestan mutuo apoyo. Este planteamiento suele enunciarse sintéticamente con la fórmula la Moral en el Derecho positivo.»

En opinión del autor «este planteamiento, que supone tanto la superación de la tesis de la unidad y aboga por la no identificación entre Moral y Derecho, como de la tesis de la separación y pretende la no disgregación de ellos como si apuntaran a dos órdenes de valor que nada tienen que ver entre sí, parece, sin duda, el más adecuado hoy en día y parece, además, estar avalado por las frecuentes y constantes remisiones, explícitas o implícitas, del Derecho positivo a la Moral».

Por último, el autor trata «desde la amplia perspectiva anteriormente descrita, de la relación entre Moral y Derecho en el Derecho vigente, que en este caso no puede ser otro que nuestro propio Derecho». «Para ello -explica el autor- hemos de partir de las remisiones de este Derecho a la Moral, sirviéndonos como guía la distinción que hemos establecido entre remisiones explícitas e implícitas. En segundo lugar, conviene examinar minuciosamente qué sentido tienen estas remisiones del Derecho a la Moral o a las pautas morales, para lo cual es preciso dilucidar qué se entiende en esos casos por Moral y hasta dónde es posible delimitar ese punto de referencia.»

(Daniel González Lagier)

---

---

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María.

*Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa afines del siglo XVIII la distinción entre moral y derecho a principios del siglo XVIII.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 331-352.

«Desde una perspectiva actual -dice el autor- la intolerancia religiosa, es decir, la persecución o represión por la fuerza de los disidentes religiosos, es una de las páginas más negras de la historia de la humanidad y, sin duda, la más negra de la historia del cristianismo. Sin embargo, no podemos traspasar este enjuiciamiento desde nuestra propia perspectiva a las conciencias de quienes practicaron o ejercieron esa represión. Un indicio de que éstos estaban muy lejos de juzgar la intolerancia de manera parecida a la nuestra es que no podemos representárnoslos como inquisidores solitarios, seguidos tan sólo de un cortejo de sicarios, frente a un pueblo atemorizado y hostil. La verdad es que también el pueblo, en sus diversos estratos o niveles, estaba implicado en esa práctica y en esa actitud de intolerancia.»

«La adecuada comprensión, tanto de la tolerancia como de la intolerancia -continúa más adelante, requiere tener en cuenta el conjunto de condiciones sociopolíticas de la situación en que se producen y manifiestan. Entre esas condiciones están los factores psicológicos de todo tipo, entre los que cuentan los instintos (...). Pero lo que a nosotros nos interesa directamente son los factores ideológico o doctrinales: las ideas u opiniones que influyen en la tolerancia o intolerancia. Estas, a su vez, pueden entenderse como actitudes psicológicas de los individuos o de los grupos; pero a lo que nosotros nos referimos primordialmente es a la configuración de los sistemas políticos, a la disposición del Estado con respecto a la religión en todos sus aspectos, incluidos los meramente internos o de pensamiento o de conciencia. La tolerancia en este sentido será la neutralidad del Estado ante las diversas posturas religiosas, que no son objeto ni de prohibición por parte de sus disposiciones jurídicas. Naturalmente, la tolerancia así entendida admite distintos grados, y en los más altos puede calificarse con más propiedad de libertad religiosa; pero nosotros no haremos esta distinción, porque los autores que vamos a estudiar no la hacen. El concepto de tolerancia que utilizamos abarca, pues, la libertad religiosa; y, si advirtiéramos igualmente que esta última puede entenderse en diversos grados, empezando por los que podrían calificarse, con más propiedad, de simple tolerancia, no habría gran inconveniente en invertir la terminología, y hablar de libertad religiosa, incluyendo (en sus grados inferiores) la simple tolerancia.»

«Nuestra exposición se centrará en varias obras sobre la tolerancia de fines del siglo XVII, pero empezaremos por recoger las ideas de San Agustín que se propone refutar expresamente en la tercera parte de su obra Pierre Bayle.» Los autores tratados por el autor son: San Agustín, Pierre Bayle, Locke y Christian Thomasius.

(Daniel González Lagier)

---

---

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M<sup>a</sup>.

*Historia del pensamiento jurídico.*

Ed. Facultad de Derecho-Universidad Complutense, Madrid, 6<sup>a</sup> ed., 1988, vol. I, 304 págs., y vol. II, págs. 305-648.

Las principales novedades de esta 6.<sup>a</sup> edición, primera en dos volúmenes, son el capítulo 17 y 23 en el primer volumen y el 27, el 29 y 30 en el segundo.

El capítulo 17 lleva por título «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre moral y Derecho a principios del XVIII». El capítulo 23 se titula «Las ideas (Derecho Constitucional y derechos humanos) en la revolución norteamericana y en la francesa».

Los títulos de los capítulos 27, 29 y 30 son, respectivamente: «John Austin», «De la escuela histórica a la jurisprudencia de conceptos» y «Rudolf von Ihering». El contenido del 27 se especifica en los siguientes apartados: la ciencia jurídica particular y la general; las leyes jurídicas como imperativos generales, las leyes divinas y su relación con el Derecho y la moral; la moral positiva y la moral, en general, contrapuestas al Derecho y definición de éste, y exclusión de la categoría de Derecho del consuetudinario, el internacional y parte del constitucional. El contenido del 29 se refiere, especialmente, a la obra de Savigny *Sistema del Derecho romano actual* y al problema que su ambivalencia planteó a sus continuadores. Finalmente, el capítulo 30 tiene en cuenta las obras más destacadas de Ihering, pero, especialmente, *El espíritu del Derecho romano*, que se estudia en estos puntos: la concepción del Derecho, en contraste, en armonía y más allá de la escuela histórica, producción y configuración del Derecho; Derecho y libertad; la legislación y la forma del Derecho; la jurisprudencia de conceptos; y crítica de la concepción logicista, el giro hacia la consideración teleológica del Derecho.

---

---

RUBIO CARRACEDO, José.

*Paradigmas de la obligación política: estado justo, realismo político, estado legítimo.*

Sistema, Madrid, núm. 85, 1988, págs. 89-105.

«Del mismo modo que la obligación moral -dice el autor- constituye el objeto central de la reflexión ética, y que la obligación jurídica lo es de la filosofía del derecho, la naturaleza, formas y condiciones de la obligación política es el objetivo principal de la filosofía política. Ahora bien, este objetivo común recibe diferentes modulaciones -y hasta diferentes versiones- según las diversas escuelas o tradiciones de la filosofía política.

En efecto, resulta indudable que se dan -y se han dado históricamente-, al menos, dos grandes tradiciones o escuelas de pensamiento político: la legitimista, según la cual el poder se justifica únicamente por el objetivo último ético-educativo de la sociedad civil (en su versión más radical del estado justo) o, al menos, por su respeto de las condiciones y límites de la obligación política (versión más moderada o propiamente legitimista), y la tradición realista, según la cual el poder se autolegitima como tal y posee su lógica enteramente autónoma y específica, también en diferentes versiones más o menos radicales. La filosofía política se sitúa, pues, sobre la confluencia o discrepancia (según los enfoques) de ambas tradiciones. De ahí que resulte imprescindible delinear siquiera brevemente los rasgos más notorios de ambas escuelas de pensamiento político en la primera sección del capítulo.

La segunda la voy a dedicar a precisar la evolución histórica de la corriente legitimista desde sus versiones más radicales, en cuanto utopías del estado justo, hasta sus versiones actuales mucho más moderadas, en cuanto que simples constructos normativo-regulativos del estado legítimo. En la tercera sección intentaré incluso construir en «paradigma» del estado legítimo mediante la explicitación de sus tesis características, de modo que pueda servir como guía para la identificación y adscripción de los diferentes planteamientos actuales o pretéritos.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

*La justicia de la guerra y de la paz.*

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 355 págs.

En este libro se pretende abordar el tema de la guerra y la paz desde la perspectiva de la filosofía moral.

«El primer capítulo del libro -dice el autor- pretende mostrar el papel de la filosofía (...) en la distinción de los problemas de la guerra y de la paz (...). La distinción que allí se ofrece entre la tarea terapéutica o conceptual y la tarea crítica o normativa de la filosofía -distinción todo menos nueva está en la base de la distribución de los restantes capítulos. Los cuatro siguientes tienen, fundamentalmente, un alcance conceptual y los dos restantes, una pretensión crítica.

El capítulo segundo -continúa- plantea dos problemas que conviene intentar resolver antes de entrar en la discusión de mayor raigambre filosófica. Por una parte, se discuten y acortan los conceptos de guerra y de paz (...). Por otra parte, se introduce someramente al secular debate sobre las causas de la guerra, indicando las doctrinas fundamentales y comprometiendo una determinada posición sobre ellas. Los capítulos 3.º y 4.º pretenden hacer una clasificación detallada y ejemplificada de las principales doctrinas sobre lo que tradicionalmente se viene llamando el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, es decir, en términos sólo filosóficos-morales y no jurídicos, sobre la justicia de la guerra y la justicia de las conductas bélicas. El capítulo 5.º, en fin, suministra algunas de las que pueden considerarse claves fundamentales de la era nuclear, como los posibles daños de una guerra nuclear, las estrategias bélicas al propósito y el significado de la carrera de armamentos. El contraste entre el marco general de doctrinas sobre la guerra, lentamente depositadas por la historia, y las nuevas circunstancias de la era nuclear obliga a plantear distintos problemas éticos relacionados con la disuasión nuclear y el llamado equilibrio del terror. Ese es el objeto del capítulo 6.º. Por su parte, y como conclusión crítico-moral de los anteriores, el capítulo 7.º propone un análisis global del problema de la justificación de la guerra, presentando una doctrina moral fundada en la idea de los derechos humanos y de una cierta prioridad del ideal de la paz internacional.»

(Daniel González Lagier)

---

---

RUIZ-RICO, Juan José; VERA PADIAL, Mercedes,

*Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs, 125-153.

El objetivo central de este artículo es presentar una primera aproximación empíricamente fundada a la visión que de los jueces, el Poder Judicial y la Administración de Justicia existe en la élite jurídica española (fiscales, abogados, secretarios judiciales... e, incluso, los propios jueces). Previamente, los autores señalan una serie de consideraciones procedimentales: 1) el considerar necesario el estudio de estos temas para conocer el funcionamiento real del Poder Judicial y de la Administración de Justicia; 2) la existencia de un alto nivel de estereotipia (con sus características de inexactitud, carencia de carácter neutral, resistencia al cambio y capacidad para producir efectos reales) sobre estas instituciones; 3) la consideración de estos estereotipos como un fenómeno propio de la «cultura legal interna» y la influencia decisiva que desarrollan los medios de comunicación y los órganos de autogobierno judicial, y 4) la constatación de que la imagen de los jueces y tribunales entre la población en general es mayoritariamente favorable.

Partiendo de estas premisas y utilizando el método de las encuestas, los autores llegan a la conclusión de que la élite jurídica tiene una imagen del elemento personal del Poder Judicial caracterizada por «su no excesivo entusiasmo democrático y su indiscutible conservadurismo», lo que obsta para que merezca, en esta élite, de mayor confianza de la que disfrutaban instituciones con mayor sustancia democrática. Pero esta imagen no coincide con la realidad, pues ésta pone de manifiesto que los jueces son «el sector situado más a la izquierda en todo el panorama del sistema jurídico español», aunque esta posición ideológica es mucho más patente en su consideración como ciudadanos que como jueces. A continuación, el artículo examina la visión de esta misma élite jurídica sobre elementos fundamentales y polémicos de la regulación constitucional del Poder Judicial, como son el jurado, la prohibición de militancia en partidos y sindicatos, el derecho de asociación profesional, la defensa de la Constitución y su valor normativo, etc. Para finalizar, se analizan cuestiones relacionadas con los posibles funcionamientos anormales de la Administración de Justicia (inseguridad ciudadana, tardanzas, discriminaciones, corrupciones...).

(Isabel Lifante Vidal)

---

---

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto.

*Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad.*

Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos, Granada, núm. 1, 1988, págs. 36-61.

Este artículo trata acerca de dos cuestiones que convergen para un recto entendimiento de la función desarrollada por el Poder Judicial: 1) ¿Cuáles son los factores que intervienen en la elaboración judicial del derecho, y como pueden ser interpretados? 2) ¿Cuáles son los criterios más adecuados para enjuiciar la legitimidad de la actuación judicial en un Estado democrático?

En relación con la primera de estas cuestiones, se hace referencia en el artículo a los principales planteamientos teóricos que han enmarcado, cada uno de ellos de una manera diferente, la realidad de la «creación judicial del derecho»: desde los que conceden relevancia al sentimiento, voluntad o actitud del juez, hasta los análisis hermenéuticos y crítico-ideológicos. Todos ellos reconocen una dosis mayor o menor de subjetividad en la aplicación judicial de la ley, pero entienden de distinta manera el carácter de esa subjetividad y el modo de su implantación en el proceso de interpretación jurídica.

La segunda cuestión se refiere al problema de cómo puede controlarse y legitimarse esa dosis de subjetividad que condiciona el resultado de la aplicación del derecho. El autor constata que los criterios de legitimidad del poder o de la función judicial propios del Estado liberal han entrado en crisis, debido a la crisis contemporánea de la ley y a las exigencias de una mayor participación en los procesos políticos procedentes de la sociedad actual. Para legitimar la decisión judicial no basta la legitimidad de la ley, la honestidad personal de los jueces y una buena formación jurídica, sino que se requiere un control específico del proceso de toma de decisiones que asegure su razonabilidad.

De entre los diferentes criterios de control y legitimidad, el autor defiende aquí el consenso ideal obtenido a través de un diálogo equitativo entre todos los afectados -toda la sociedad, en último término-. Ello se traduce en determinadas exigencias organizativas y procesales, plasmadas en gran parte en las estructuras del proceso judicial, aunque no se agotan en ellas. Concretamente, es necesario potenciar el intercambio argumentativo en torno al derecho antes, durante y después del proceso judicial en sentido estricto, lo cual abarca desde el momento de la formación de los jueces hasta la crítica posterior a la sentencia.

Sin embargo, ello no implica la sumisión del juez, sin más, a las convicciones sociales predominantes. Es necesario que el juez decida en conciencia, rigiéndose por un consenso social ideal y no limitándose necesariamente por un consenso fáctico.

Pero la sociedad, por su parte, no puede dejar de intervenir de una u otra forma en el control del personal al servicio de la judicatura. O sea, ha de procurar que la idea de consenso que rige la interpretación y aplicación del derecho no se aleje mucho del contexto social en donde surgen e interactúan las razones legitimadoras. De esta manera podrá asegurarse de que la conciencia de los jueces será más sensible a los argumentos que la misma sociedad considera convincente.

---

---

SALCEDO MEGALES, Damián.

*Derechos y bienestar.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 271-293.

«Considero -dice el autor- que a pesar de la polvareda levantada por la discusión sobre los derechos y la elección social, no hay que dejarse llevar por la polémica y pensar que es una cuestión de todo o nada: o derechos individuales o eficacia colectiva. Ni A. K. Sen lo considera así, ni I. Leví tampoco. Parte de nuestro interés en lo que sigue es mostrar cómo la solución dada por el propio Sen a su teorema de imposibilidad es una solución que podría ser sostenida por un liberal que desease utilizar alguna función de bienestar social para evaluar las alternativas sociales. Pero subsiguientemente nos interesa mostrar cómo una posición liberal más radical que prefiriese seguir manteniendo una concepción de los derechos como restricciones absolutas en la evaluación de las alternativas sociales no conseguiría representar adecuadamente la naturaleza de los juicios sociales y, en general, que es «estar mejor» para la sociedad. Últimamente esbozaremos una forma de considerar los derechos que nos parece moralmente más sensible y que se ajusta a lo que R. Dworkin (1978) llama la «posición analítica constituyente» del liberalismo (...).

Los casi veinte años de discusión que han seguido a la presentación por parte de A. K. Sen de la imposibilidad del liberal paretiano -prosigue el autor- han tenido por consecuencia la revisión del concepto de «bienestar».

Así, si en su momento la crítica del ala radical del liberalismo en contra de los procedimientos de elección social pudo ser considerada justificada, lo que hemos pretendido mostrar es que en gran medida ya no lo está. Los derechos personales no son correctamente tratados por el utilitarismo, ni por concepciones de la elección social que restrinjan toda información moralmente relevante sobre los estados sociales a sus repercusiones sobre el bienestar-utilidad de los individuos (...). Pero el bienestar no tiene por qué ser un concepto monista interpretado, exclusivamente, en términos de utilidad. La teoría de la elección social puede estar interesado en determinar funciones de bienestar social para el tipo de problemas que así lo requieran; pero su interés es más genérico. La teoría trata de establecer funciones de elección social y para éstas el bienestar-utilidad puede ser sólo un componente del juicio social. Cuando dicho juicio ya no versa sobre “qué estado produce mayor bienestar para la sociedad”, sino “en qué estado está la sociedad mejor”, lo que el juicio social está intentando articular es algo muy próximo a la concepción del bien de la sociedad. Mas, entonces, ¿se puede sostener que la concepción del bien de la sociedad no ha de incluir cómo y cuándo se respetan las “esferas protegidas” de los miembros de la sociedad? Tal pretensión no parecería sensata (...). La exclusión de estructuras “bienestaristas” parece estar justificada por la necesidad de hacer un lugar a la información distinta a la utilidad como es la de los derechos. Sin embargo, nosotros no estamos seguros de que exista una justificación similar para excluir la evaluación consecuencial.» Esto hace aparecer a los derechos como objetivos y, por consiguiente, la discusión de los méritos de una teoría moral basada en objetivos frente a una teoría moral basada en derechos puede ser difícil y es probable que dependa de qué consideremos que son buenas razones para la fundamentación de una teoría moral.

En este sentido el autor piensa que existen buenas razones para que cualquiera que sea la teoría moral que se sostenga, ésta haya de ser sensible a las consecuencias, aunque pueden no ser todo lo que moralmente importa. «El modelo que hemos presentado al dar la última palabra al principio de neutralidad frente a los intereses en conflicto de los individuos -concluye el autor- permite una cierta flexibilidad, quizá ausente de una teoría moral más rígidamente defensora del valor intrínseco de los derechos. Si esto es así, nuestro modelo contaría con un valor añadido frente a otras propuestas.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

---

---

SAMPAIO FERRAZ, Tercio.

*Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y especialmente concomitantes* (trad, Juan José Gil Cremades).

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 81-98.

Frente a la afirmación de que «el Derecho de las sociedades desarrolladas se caracteriza, entre otras cosas, por el monopolio de la fuerza y, consiguientemente, por la concentración centralizadora y la unidad sistemática de su universo», el autor sostiene la tesis de la coexistencia de «universos jurídicos» distintos, contraponiendo un «Derecho inoficial» frente al «Derecho oficial», que es «el universo de los grupos socialmente dominantes» y cuenta con el apoyo de una ideología justificativa (según la cual el Derecho se instaura para el establecimiento de la paz, la paz del bienestar social, que consiste no sólo en el sostenimiento de la vida, sino de una vida lo más agradable posible).

Para ello, se examinan diversos casos «con la intención de observar cómo manifestaciones de un “Derecho” inoficial tienen lugar a pesar de su imposibilidad ideológica, cómo tiene lugar su absorción por el Derecho oficial y, eventualmente, cuáles son los límites de esta absorción al provocar crisis estructurales en un universo jurídico dado». Tras este examen el autor resume las conclusiones a las que llega respecto al «Derecho inoficial»:

«Su presencia no debe tomarse ni como una negación del Derecho oficial que, por otra parte, lo calificaría jurídicamente, absorviéndolo como ilicitud, antijuridicidad, ni como una desconfirmación revolucionaria, lo que significaría en los cuadros doctrinales. oficiales, la instauración de un nuevo Derecho (oficial). Tampoco se trata de una desconfirmación del tipo producido por el desuso o la costumbre negativa (...).

A falta de una terminología, consideraríamos al «Derecho inoficial del que estamos hablando como una articulación desarticulada del derecho oficial. En el fondo, este «Derecho» se vale del instrumento oficial, pero produciendo una insoportable impotencia, de tal modo que el Derecho oficial acaba por articularse conforme a un modelo que lo desacredita y lo refuerza al mismo tiempo (...).

En los casos que presentamos en este trabajo observamos que, en un momento dado, el modelo normativo -propiedad, posesión, usucapión, perturbación, proceso legal- se desarticula, exigiendo que autoridad y súbdito pasen a actuar fuera de él. Esta actuación, fuera del modelo, sin embargo, en un segundo plano, se rearticula a través de fórmulas criptonormativas del tipo “o el Derecho se ejerce coercitivamente o no es derecho”. “las leyes no pueden resolver todos los problemas”, “la naturaleza humana tiene sus meandros y, a veces, nos coloca ante lo inexorable”, etc. Y de ahí que ocurra que, mientras aquella articulación desarticulada desacredita el Derecho oficial en el primer plano, en el segundo lo refuerza.»

En definitiva, «el “Derecho” inoficial no aparece como ruptura o como anomalía dentro del Derecho oficial. Forma parte, al contrario, de la experiencia de este último».

(Daniel González Lagier)

---

---

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; LÓPEZ MELERO, Raquel.

*Estudios de arqueología jurídica.*

Ed. Dykinson, Madrid, 1988, 193 págs.

«Actualmente -explican los autores en la introducción a este libro-, los investigadores sociales y jurídicos han caído en la cuenta de que la permanencia temporal de estructuras identificables y reconocidamente válidas para regular la vida de los diversos pueblos no puede ser meramente accidental (...).»

«Mientras la civilización europea se proyectaba a sí misma hacia un casi infinito horizonte de progreso, espolcada por una triunfal euforia por las vías de los descubrimientos científicos y de las invenciones tecnológicas, sólo ciertas figuras excepcionales volvían los ojos hacia la continuidad histórica y hacia las condiciones que habían hecho posible el avance social y moral de la humanidad. Pero, por ejemplo, con el humanitarismo triunfante que abolía la pena de muerte en los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados, se olvidaba que las sociedades cultas habían llegado a serlo gracias, en gran parte, a que la pena de muerte se había insertado entre las garantías de supervivencia del grupo y en la función pedagógica de la intimidación que aquella amenaza producía a los posibles delincuentes. Esta somera referencia, por su gravedad, es también modelo explicativo de cómo la actual sociedad puede hallarse totalmente desorientada en cuanto a los medios de que dispone para asegurar su propia pervivencia y el bienestar de sus miembros. Efectivamente, los juristas científicos no acaban de aclarar si sólo el tema de la “validez” es suficiente para fundamentar un conocimiento exacto de las normas jurídicas. Los jueces no saben cómo manejar la implicación social de las relaciones jurídicas para obtener una sentencia, efectivamente, ajustada a Derecho. Los ciudadanos ignoran cuándo los impuestos comienzan a ser confiscatorios o meramente detractores de elementos imprescindibles para la actividad económica en su conjunto. Los ideólogos crean nociones de “Derechos humanos” expresamente destinados a dejar inermes a las gentes decentes y a armar invulnerablemente a homicidas, abortistas y atracadores.»

«Nuestro concepto de arqueología jurídica -continúan- debe entenderse, pues, como un término de referencia de carácter general, no como la definición de una metodología estricta. Alude a una tarea de búsqueda del origen de las instituciones y de los conceptos jurídicos, en la doble dimensión que tiene el término *αρχη* en la lengua griega. Es el origen en términos cronológicos, pero es, al mismo tiempo, el principio subyacente, el arquetipo al que responden las formas sucesivas de evolución. Conceptos como el de violencia, el de ley, el de sanción, el de realeza o el de compraventa, a los que se refiere esta serie de estudios, aparecen en las antiguas fuentes en un grado avanzado de desarrollo: la búsqueda de su *αρχη* en el aspecto filosófico y en el histórico es la meta que guía la tarea emprendida.»

El libro recoge los siguientes trabajos: *Un derecho sin violencia: el mito de Cronos en «Leyes de Platón»* de Sánchez de la Torre; *Fuerza y violencia en el marco de la épica griega*, de Raquel López Molero; *El nomos y la fuerza de la ley*, de Sánchez de la Torre; *El origen de la ciudad*, de Sánchez de la Torre; *Sobre el carácter de la institución real en el mundo grecorromano*, de López Melero;

*La simbología de la corona en los pueblos indoeuropeos, de Sánchez de la Torre; Concepto arcaico de «sanción», de Sánchez de la Torre, y Sobre los orígenes y el carácter de la compraventa en el mundo griego, de López Melero.*

(Tomás Mingot Cortés)

---

---

SAUQUILLO GONZÁLEZ, Julián.

«Normalización» (*Razón/Locura*).

En Terminología científico-social. Aproximación crítica, Anthropos. Editorial del Hombre, Barcelona, 1988, págs. 691-693.

Exposición terminológica de este concepto donde se resalta cómo el concepto de «normalidad» es un concepto normativo, definido polémicamente en cada época o período histórico por diversas prácticas sociales que materializan una dialéctica ininterrumpida entre la racionalidad y todo aquello que se le escapa como alteridad irreductible a regla alguna. Lo «normal», desvalorizando a lo «anormal» crea una pareja con su contrario que no es del ámbito de la contradicción y la exterioridad, sino de la inversión y la polaridad. En su propósito directivo, la norma es un medio de unificación de la diversidad, de reabsorción de lo distinto. Lo «normal» califica negativamente a aquello que no entra en su extensión (la noción de «derecho» califica de «torcido», «tortuoso» o «torpe» a aquello que se resiste a su aplicación, siendo lo «anormal» su precedente y «condición de posibilidad». Es lo anormal lo corregible, lo que posibilita la oportunidad de regulación: la infracción otorga la ocasión de corregir.

El análisis del significado de los términos latinos *norma* y *normalis* ilumina la función correctora, a la que nos venimos refiriendo de estas nociones, ya que *normalis* se traduce por perpendicular y norma por escuadra. Tales significados dejan traslucir una rígida intención geométrica en la configuración de los elementos del espacio.

A partir de las reflexiones de Descartes reflejadas en sus dos primeras *Meditaciones*, se rastrea el sentido político de la dicotomía razón/locura subrayando las operaciones históricas de depuración de la alteridad, puestas de relieve por Blanchot, Canguilhem, Fottcault y Castel.

Esta exposición pone de relieve más particularmente cómo la psiquiatría positiva tuvo como «condición de posibilidad» o matriz política un conjunto de instituciones (escuela, cárcel, cuartel, psiquiatría, asilo... ) que compone un mecanismo insidioso de control más allá de la racionalidad contractual, cuya táctica no se refiere a la legalidad, sino a la cuadrícula del espacio social. Régimen de «tutela» social -esencial para el funcionamiento formal de las libertades públicas- basado en caracteres sin precedentes: la individualización y ubicación del sujeto en un espacio institucional que le constituye sin excluirle.

---

---

SCHAUFF, Thomas.

*La idea del «ius naturae» en Ovidio y Manilio.*

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 19, 1988, págs. 35-98.

Este artículo responde al interés por estudiar el concepto del *ius naturae* en autores latinos no juristas, en concreto en los poetas Ovidio y Manilio.

Respecto a Ovidio, el autor afirma lo siguiente: «El concepto fundamental -en este autor- es “natura”. La complejidad de ese término se manifiesta por sus diversas implicaciones: 1) La naturaleza es una fuerza numinosa (...) que está presente ya al comienzo del mundo. 2) La “natura” pone orden en la creación material, pero esa ordenación como tarea principal de la naturaleza, no se limita exclusivamente al orden material. Las leyes naturales rigen también para el hombre. El hombre, sin embargo, por su carácter de ser libre, dotado de inteligencia y voluntad, ha de cumplir ese orden voluntariamente. 3) En la *aurea aetas* ese cumplimiento de lo justo se realizó «sponte sua», de manera natural. La idea del *ius naturae* como Ovidio la expresa en la descripción de la edad de oro refleja un momento muy subjetivo. El que el hombre cumpliera entonces lo justo de manera natural quiere decir que tenía un don casi connatural que le capacitó para hacer el bien sin esfuerzo, por lo cual no se precisaron instituciones de índole coactiva para obligar al hombre a ser justo. 4) (...) La naturaleza delimita el actuar del hombre por el hecho de establecer un orden que ha de ser observado. Actuar contra ese orden, o sea, *contra naturam*, es injusto y, por tanto, es castigado por los dioses (...). 5) La naturaleza, pues, vincula de alguna manera el obrar del hombre. Cuando Ovidio hace implícitamente referencia al *koinos nomos*, está recogiendo una idea estoica. El *koinos nomos* es el *ius naturae* que garantiza la armonía en la creación, una armonía que se da, por decirlo así, automáticamente, en la creación material. El hombre, sin embargo, ha de esforzarse por hacer lo justo natural.»

Y tras el estudio de la obra de Manilio, el autor llega a los siguientes resultados: «1) La obra *Astronómica*, de M. Manilio, se caracteriza por la profunda convicción de su autor acerca de un Dios personal cuya existencia es cognoscible y demostrable, si se parte de la observación del orden -cosmos- que existe en el universo y lo mantiene. 2) Este Dios es creador y conservador del mundo, al cual gobierna a través de las leyes naturales.

Podemos distinguir dos ámbitos de aplicación o actuación de estas leyes naturales. El primero es la creación material e inanimada -estrellas, planetas, plantas y animales- que siguen, por así decirlo, automáticamente las leyes preestablecidas. El segundo ámbito es la creación personal, es decir, el hombre, al que Dios gobierna también a través de una ley eterna. 3) Manilio conoce algo que podríamos calificar como principio cósmico, que es la proporción geométrica, o sea, un principio de igualdad geométrica que garantiza la armonía en el universo. Este principio cósmico es sumamente interesante, porque de él parte nuestro autor para demostrar la existencia de un Dios inteligente, y, por consiguiente, personal (...). Este Dios personal, al crear el mundo, distribuye a cada parte del universo lo que a él le corresponde justamente lo suyo-, y no a cada parte lo mismo. 4) Dentro de este gobierno del mundo pueden distinguirse también dos niveles de actuación: las leyes naturales y un orden que abarca todo el cosmos y que es, de alguna manera, jurídico (...). 5) Aunque Manilio en ningún lugar habla expresamente de un derecho natural, podemos desprender de los textos analizados los elementos

básicos de dicho fenómeno: hay algo normativo en la misma naturaleza que obliga al hombre y que, al ser por naturaleza, no es convención humana. Y lo que capacita al hombre para conocer esta normatividad natural es, precisamente, su ser racional.»

(Daniel González Lagier)

---

---

SERRANO GONZÁLEZ, Antonio.

*La imaginación del poder. Dos estudios de metodología de las formas jurídico-políticas.*

Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1988, 71 págs.

Este libro se compone de dos trabajos inéditos y autónomos entre sí: «El poder y la justicia en su representación filmica. A propósito de una obra de Fritz Lang» (págs. 9-28); y «El poder como medio de comunicación. Un paseo por la sociología de Niklas Luhmann» (págs. 29-69). A ambos les vincula el interés por sondear nuevos presupuestos epistemológicos y recientes modelos teóricos que vienen a poner en tela de juicio el ligamen, predominantemente ontológico, que la filosofía jurídico-política ha venido a establecer entre el concepto de derecho y el fenómeno del poder.

El primero de ellos toma deliberadamente un objeto de análisis ajeno a la filosofía del Derecho -el argumento, pero, sobre todo, las imágenes del film «M» (1931), de Fritz Lang- para proceder a rastrear las posibilidades de un análisis que pretenda describir y explicar el fenómeno del poder en las sociedades occidentales contemporáneas sin tener por ello que resignarse a seguir practicando la usual actividad hermenéutica de comentario de textos legales y doctrinales. A través de un análisis de las técnicas cinematográficas empleadas en dicho film, y mediante una comparación entre la representación ideológica del teatro de Brecht (Die Dreigroschenoper, 1928) y la representación cinética del film de Lang, se intentan señalar las conquistas analíticas de un medio de expresión virtualmente opuesto al empleado por el régimen del saber de la filosofía jurídico-política.

El segundo trabajo responde a una preocupación epistemológica parecida, pero tanto su contenido como el procedimiento utilizado son bastante distintos. Se trata esencialmente de un análisis de la noción de poder como medio de comunicación simbólicamente generalizado en el marco de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Para ello, se describen los presupuestos principales de este modelo teórico -con especial hincapié en los conceptos de abstracción, reflexividad, evolución y comunicación- para mostrar así algunas diferencias básicas respecto a los análisis de Parsons o Habermas. A partir de aquí se intentan desentrañar los aspectos más relevantes de la nueva conexión que Luhmann establece entre derecho y poder, con particular atención a las implicaciones y riesgos que conlleva el proceso de codificación jurídica de la fuerza física.

---

---

SORIANO, Ramón.

*Los orígenes del regionalismo andaluz en el siglo XX: «Andalucía» y el Centro Andaluz.*

Sistema, Madrid, núm. 82, págs. 67-84.

En este texto el autor estudia el origen del regionalismo andaluz a partir del análisis de la revista *Andalucía* tanto en el primer período de su publicación -del 10 de noviembre de 1913 hasta noviembre de 1917-, siendo editada entonces por el Centro Andaluz de Sevilla, como en su fase posterior -desde enero de 1918-, ya fundida con la revista *Córdoba* y editada en la ciudad del mismo nombre.

Tras tratar del origen y propósito de la revista, de sus colaboradores y su estructura, de sus temas básicos y de las repercusiones de sus ideales regionalistas en la opinión pública, el autor llega a las siguientes conclusiones:

«Los andalucistas pretenden una autonomía regional en el marco de la descentralización administrativa, respetándose en todo momento la unidad de España. Esta autonomía afecta a importantes servicios del Estado y se extiende al ámbito municipal.

Su principal preocupación, y donde muestran un mayor radicalismo, es la reforma de la propiedad del campo andaluz, porque entienden que únicamente de esta manera Andalucía podría ser redimida de su estado de absoluta postración. Esta reforma de la propiedad rural supone la abolición de la propiedad privada de las tierras y la imposición de un gravamen especial sobre el valor de tales tierras libres de mejoras, con lo que se aumentaría su productividad. Únicamente, serían susceptibles de propiedad los frutos de la tierra, obra del trabajo humano. El proyecto de reforma agraria de Andalucía no es original: se limita a aplicar las teorías de Henry George, cuyas influencias se extendieron ampliamente por la Península, dando lugar al movimiento conocido como «el georgismo». Los andalucistas, por otra parte, advirtieron que los problemas del agro andaluz eran ocasionados por el absentismo, negligencia y corrupción de los caciques; emprendieron contra ellos -“la verdadera plaga del campo andaluz”- una lucha sin cuartel.

A nivel local exigieron una cierta democratización de los municipios con la petición de referéndum y de información pública sobre las actividades locales.»

(Daniel González Lagier)

---

---

SPAEMANN, Robert.

*Sobre el concepto de dignidad humana.*

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 18, 1988, págs. 13-33.

En el presente trabajo el autor comienza preguntándose por la relación existente entre el concepto de dignidad humana y el de los derechos humanos: «¿Cómo se relacionan entre sí la dignidad humana y los derechos humanos? ¿Hay un derecho a la dignidad? ¿O es, por el contrario la dignidad el fundamento de todo derecho?»

Parece, en todo caso, que la idea de dignidad humana es más antigua que la de derechos humanos, pero la noción es de difícil comprensión conceptual en cuanto que indica una cualidad indefinible y simple, lo que obliga a recurrir a ejemplos y paráfrasis para obtener siquiera un conocimiento intuitivo de la misma.

Continúa diciendo el autor: «porque el hombre es, como ser moral, una representación de lo absoluto, por eso y sólo por eso, le corresponde aquello que llamamos dignidad humana». De esto se sigue que ningún hombre en este mundo carece completamente de dignidad, lo cual nos lleva a intentar comprender el sentido del artículo I.1 de la ley Fundamental de la RFA: «La dignidad del hombre es inviolable.» En este sentido se pregunta el autor si puede ser lesionado el respeto a la dignidad humana por determinadas formas de actuación, lo cual no es posible para la mayoría de los teólogos morales católicos de Alemania, como Schüller, quien, según el autor, olvida así «que el principio *a priori* de la moralidad sólo tiene su realidad en la existencia empírica y concreta del hombre, que el principio trascendental del bien moral sólo se encuentra en la forma categorial del *homo sapiens*. No hay ningún respeto a la ley moral sin la exclusión categórica de determinados modos de tratar al hombre que no pueden ser justificados, ni aun cuando el interesado los apruebe». Entre tales tipos de acción el autor señala el asesinato, la tortura, etc.

Por último, se expone la teoría de que nuestra moderna civilización científica representa para la dignidad humana una amenaza «como nunca había existido anteriormente», pues la idea de dignidad es, fundamentalmente, ética y cuestiona por principio cada objetivación científica. Para hacer frente a este peligro el autor considera necesaria la existencia de una codificación jurídica.

(Victoriano Moreno Molina)

---

---

TREVES, Renato.

*A la búsqueda de una definición de la Sociología del Derecho.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 13-22.

Este artículo tiene por objeto mostrar tres concepciones acerca de la Sociología del Derecho fruto de la evolución del autor en esta materia.

La primera (aparecida en la introducción al volumen *La Sociología del Diritto. Problemi e ricerche*, de 1960), la presenta como una disciplina que pretende satisfacer diversas exigencias, entre ellas «la de estudiar las relaciones entre las estructuras jurídicas estáticas y a menudo anticuadas y el contexto social en transformación; la de conocer cómo el Derecho se realiza en la sociedad y cómo en ella obran los diversos operadores jurídicos; la de controlar las actitudes del público frente a la situación jurídica del presente y la de calcular y prever cuáles pueden ser las consecuencias de determinadas reformas legislativas».

La segunda definición (que encontramos en *Introduzione alla Sociologia del Diritto*), la considera como una disciplina que tiene por objeto las relaciones entre Derecho y sociedad, con una parte teórica que examina tanto las contribuciones de la Sociología general al Derecho como las de los juristas antiformalistas y una parte empírica que tiene por objeto «las relaciones entre determinadas normas e instituciones, por un lado, y determinados comportamientos individuales y colectivos por otro».

Por último, la tercera de estas concepciones (expresada en *Sociologia del Diritto. Origini, ricerche, problemi*) configura a la Sociología del Derecho como «una disciplina a la que corresponde la tarea de desarrollar dos órdenes de investigaciones conexas y complementarias; por un lado, las que tratan de individualizar la sociedad en el Derecho, es decir, las conductas sociales conformes o no conformes a los esquemas jurídico formales y, por otro lado, las que tratan de individualizar la posición y la función del Derecho mismo en la sociedad vista en su conjunto».

(Tomás Mingot Cortés)

---

---

TREVES, Renato.

*La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas.*

Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 252 págs. (trad. de M. Atienza, M. José Añón y Juan A. Pérez Lledó).

La presente obra constituye una nueva reelaboración de la caracterización de la Sociología del Derecho que había realizado el autor en anteriores trabajos, insertando ahora mutuamente las vertientes teórica y empírica de la disciplina, antes simplemente yuxtapuestas.

El objeto central de la Sociología del Derecho, según el autor, es el análisis de dos problemas fundamentales: «por un lado, el problema del Derecho en la sociedad, y más exactamente el de la posición, la función y el fin del Derecho en la sociedad considerada en su conjunto; por otro, el problema de la sociedad en el Derecho, es decir, el de las conductas sociales conformes o no conformes a las normas, conductas de las cuales puede derivar un Derecho libre, vivo, latente o en formación».

Así, en la primera parte (*«Orígenes de la Sociología del Derecho»*), de carácter teórico e histórico, el autor se propone determinar estos dos problemas examinando primero las doctrinas de los precursores de la Sociología del Derecho antes de la constitución de la Sociología como ciencia: el iusnaturalismo moderno, Vico, Montesquieu, Savigny, Bentham, Ch. Comte y otros (Cap. I). Analiza después las contribuciones a la fundación de la

Sociología del Derecho por parte de las doctrinas *Sociológicas* (Saint-Simon, A. Comte, Spencer, Tönnies, Durkheim, Gumpłowicz y Oppenheimer) (Cap. II), *políticas* (centrándose en el pensamiento socialista, marxista y no marxista) (Cap. III) y *jurídica* (la «revuelta contra el formalismo» conceptual -Ihering, Kirchmann, Kantorowicz y Ehrlich-, legal -Geny, Duguit y jurisprudencial -el realismo americano-) (Cap. IV). De este recorrido histórico el autor concluye que la aportación de las tres disciplinas es diversa. Por un lado, las doctrinas Sociológicas y políticas estudian prioritariamente el primero de los dos problemas fundamentales antes apuntados: el de la posición y función del Derecho en la sociedad, es decir, los problemas macro Sociológicos, conectados a menudo con los de las ideologías y la filosofía de la historia. Por otro lado, las doctrinas jurídicas se orientan, sobre todo, hacia el segundo: los fenómenos sociales vistos a través de las normas e instituciones del Derecho positivo y, por consiguiente, los problemas micro Sociológicos. Sólo cuando ambos problemas son abordados conjuntamente como objeto de una única disciplina, puede decirse que tiene lugar la «fundación» de la Sociología del Derecho. Ello sucederá con Weber, Gurvitch y Geiger, a quienes se dedica una especial atención (Cap. V).

En la segunda parte (*«Investigaciones y problemas»*), el autor analiza las principales investigaciones empíricas de la Sociología del Derecho actual. Destaca el enorme desarrollo de estas investigaciones (Cap. VI), declarando que hoy la Sociología del Derecho es y debe ser una disciplina prevalentemente (aunque no sólo) empírica, dichas investigaciones, en cuanto pertenecientes a la Sociología del Derecho y no a la ciencia jurídica (el autor defiende la tesis de la separación entre ambas), no son incompatibles con doctrinas jurídicas formalistas. El capítulo VII se dedica a los métodos de estas investigaciones (que, básicamente, no difieren de los de cualquier investigación Sociológica). En el

capítulo VIII se ofrece una descripción sistemática de los «campos de aplicación» de las investigaciones (producción, aplicación y no aplicación de las normas; jueces, abogados y otros operadores jurídicos; encuentro entre sistemas jurídicos distintos; resolución de disputas; opiniones de la gente sobre el Derecho).

Por último, la necesaria vinculación entre estas investigaciones y la teoría llevan de nuevo al autor al análisis de dos problemas teóricos generales de la Sociología del Derecho. En primer lugar, el de la *función del Derecho en la sociedad* (Cap. IX), analizando, críticamente, desde una perspectiva conflictualista, las doctrinas de los sociólogos funcionalistas (Parsons, Bredemeier, Evan, Friedman y Luhmann). En segundo lugar, el problema del *fin del Derecho* (Cap. X), a través del cual la Sociología del Derecho confluye con la filosofía política y jurídica. Es aquí donde el autor explicita los presupuestos metodológicos e ideológicos de su «Sociología crítica del Derecho»: el espíritu crítico frente al dogmático, el relativismo y el perspectivismo frente al absolutismo, el socialismo liberal frente a las ideologías conservadoras y autoritarias.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

---

---

TOHARIA, José Juan,

*Los españoles y la ley.*

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 99-108.

El autor realiza en este artículo un somero análisis sobre una encuesta del CIS que aborda las reacciones de los españoles ante la ley, algunas de cuyas conclusiones son «Tan sólo el 3 por 100 de los españoles considera que, realmente, la sociedad iría mejor sin leyes.»

- «Sólo una llamativa minoría del 39 por 100 de nuestros compatriotas sabe decir, correctamente, cuál es el mecanismo concreto, aquí y ahora, para su elaboración.»

- Mientras da actitud de radical descalificación de la legalidad es ampliamente minoritaria casi uno de cada cuatro españoles (el 24 por 100 exactamente) se muestra de acuerdo con la frase “las leyes sólo benefician y protegen a unos pocos y, por ello, no merecen respeto”; los beneficiados por la ley no serían los políticos, sino “los poderosos” o “la clase alta”, “los ricos”.

- Por otro lado, «una mayoría clara de los españoles considera que “hemos de obedecer la ley, aun cuando vaya en contra de nuestros intereses”» pero «en opinión de los propios españoles, en nuestro país la tendencia dominante es la de la básica inobservancia de las leyes». Tal paradoja se la explica el autor aduciendo que «“cumplir la ley” no constituye una preocupación espontáneamente prioritaria en el comportamiento cotidiano de los españoles: la ley es algo con lo que uno “se topa”».

(Tomás Mingot Cortés)

---

---

TUORI, Kaarlo.

*Ética discursiva y legitimidad del Derecho* (trad. de Josep Aguiló Regla).

Doxa, Alicante, núm. 5, 1988, págs. 47-67.

En este artículo, que se estructura en cuatro apartados (1. *La legitimidad normativa del Derecho*; 2. *Los procedimientos de creación de normas jurídicas*; 3. *La aplicación del Derecho*; y 4. *Epílogo: Las dimensiones de la racionalidad del Derecho*), el autor sostiene la idea de que la teoría reconstructiva de la legitimidad procedimental del Derecho moderno desarrollada sobre la base de la teoría de la ética discursiva se ha limitado al aspecto deontológico de las pretensiones de validez de las normas y de los juicios jurídicos. Sin embargo, opina el autor, los aspectos teleológico y axiológico están vinculados, también, con las pretensiones de validez jurídica y con los procedimientos a través de los cuales se forman las normas y los juicios jurídicos. Por ello, en opinión del autor, «Las observaciones críticas sobre los diferentes procedimientos para la creación de normas y el aspecto axiológico de la aceptabilidad de las normas jurídicas parecen conducir a la siguiente conclusión. En la reconstrucción racional de los procedimientos para la creación de normas jurídicas y en el desarrollo de un concepto normativo de la legitimidad del Derecho moderno, no es suficiente con recurrir sólo al modelo de los discursos práctico-morales de justificación de normas. El concepto de legitimidad discursivo-procedimental parece requerir, en lugar de la teoría de la ética discursiva, una teoría general del discurso práctico o, más generalmente, de la formación racional de la voluntad colectiva. Tal teoría debería tomar en cuenta los aspectos teleológico y estratégico de las cuestiones prácticas» (pág. 57).

(Josep Aguiló Regla)

---

---

URBINA TORTELLA, Sebastián.

*Perspectivas en la filosofía del Derecho.*

Ed. Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1988, 211 págs.

«Estas notas -dice el autor- pretenden ocuparse de lo que tradicionalmente ha venido llamándose la ciencia jurídica. Aunque sea obvio, debo añadir que no he intentado realizar un análisis exhaustivo de esta parcela del conocimiento jurídico, ni tampoco agotar los trabajos de todos los autores.

Es claro -prosigue- que hay muchos y buenos trabajos sobre la ciencia jurídica en España que no he incorporado, no por falta de interés, sino por la finalidad de estas notas, mucho más modesta, entresacando diversas perspectivas que van, aproximadamente, desde los años 1969-70 hasta nuestros días.» El libro se divide en los siguientes apartados: *Compromiso y ciencia jurídica sin valores (entre sueños)*, Juan Ramón Capella; *Ciencia jurídica y filosofía de la ciencia* Albert Calsamiglia; *Sociología y, Filosofía, poder y derechos humanos*, Elías Díaz y Gregorio Peces Barba; *Apéndice; Retazos de una perspectiva anglosajona*, Ronald Divorkin; y *Análisis e ideología*, Ricardo Guastini. Completa el libro una traducción del artículo de Ricardo Guastini El Derecho como lenguaje, el lenguaje del Derecho.

(Daniel González Lagier)

---

---

VARGA, Csaba.

*Teoría macrosociológicas del Derecho* (trad. Juan José Gil Cremades).

Anuario de filosofía del Derecho, Madrid, núm. 5, 1988, págs. 23-53.

«En un empeño por encontrar respuesta a la cuestión básica de qué han significado y qué significan para el pensamiento jurídico las teorías macrosociológicas del Derecho -dice el autor-, me propongo discutir dos problemas. Primeramente, pasaré revista a cómo la aproximación macrosociológica al Derecho ha enriquecido al pensamiento jurídico tradicional (I). Este enriquecimiento justifica el papel que las teorías macrosociológicas del Derecho han jugado y pueden jugar para ampliar el universo conceptual del Derecho y lo que constituye la única alternativa de desarrollo del pensamiento jurídico para integrarlo en las ciencias sociales (II).»

Por lo que respecta a las aportaciones de las teorías macrosociológicas del Derecho, el autor se ocupa de las siguientes:

A) Respecto a la relación entre derecho y ley positiva se afirma que «son categorías que no pueden equiparse (...). Derecho es lo oficialmente promulgado (*Derecho positivo*) o reconocido (*Derecho consuetudinario*) como Derecho, y al mismo tiempo todo lo que oficialmente se realiza en nombre del Derecho (*práctica judicial y administrativa*)».

B) Respecto a las relaciones entre Derecho y Estado, «el momento realmente nuevo y perdurable de la aproximación sociológica consiste en la investigación de los sistemas de regulación no estatales Derecho primitivo, Derecho canónico y sistemas de normas de organizaciones amplias con el Derecho estatal».

C) «La aproximación Sociológica al Derecho ve en el Derecho mucho más y en parte algo diferente que un acto oficial de promulgación del mismo, más que un producto del Estado. Para ella, el Derecho es un proceso social que: a) no puede reducirse a una operación especulativa definida por una conclusión lógica, y b) no puede aislarse del entorno social que le condiciona y configura.»

D) De todo lo anterior se deduce «que el Derecho, en todos sus aspectos, es un fenómeno social. Incluso, los rasgos que parecen específicamente jurídicos están socialmente condicionados hasta el punto de que y ello no puede interpretarse, sino en el contexto social no se puede hablar, a fin de cuentas, de una rígida distinción entre las esferas “intrajurídicas” y “extrajurídicas”, o trazar los estrictos límites de algo así como lo “inequívocamente jurídico”».

E) «La aproximación sociológica está acentuadamente interesada en los componentes, posible función y actuales límites *del Derecho concebido como técnica específica de influencia social*.»

F) «Las cuestiones suscitadas anteriormente llevan gradualmente a la investigación del Derecho como un medio alternativo.» La alternatividad, desde un punto de vista jurídico, tiene dos sentidos: a) «Uno concierne a las *vías accesibles y transitables simultáneamente por el Derecho existente*» b) «El otro significado de alternatividad se refiere a la tipificación histórica del Derecho, a las posibilidades de reemplazar y sobrepasar sus formas dadas.»

En el apartado segundo de este artículo el autor se ocupa de la función de las teorías macrosociológicas en la fundamentación del pensamiento jurídico como ciencia social, opinando que

«es necesario volver al concepto marxista de ideología, y someter el Derecho mismo, en cuanto forma de consciencia presente como un medio de actividad social, a la crítica ideológica».

(Daniel González Lagier)

---

---

VERNENGO, Roberto José.

*Categorías teóricas en el lenguaje jurídico y su jórmalización.*

Theoria, San Sebastián, núms. 7-9, págs. 191-202.

«La informática jurídica -afirma el autor- ha requerido y continuará requiriendo de técnicas de análisis del lenguaje jurídico»; sin embargo, el hecho de que deba distinguirse entre enunciados jurídicos utilizados con propósitos prescriptivos y aquellos utilizados con fines predominantemente informativos hace necesario que tal análisis se extienda también al nivel pragmático del lenguaje normativo. No obstante, la elaboración de programas destinados al análisis pragmático formal del discurso jurídico tropieza con algunas dificultades, como, en un nivel teórico, «las difundidas orientaciones que estiman que el discurso jurídico, por sus características valorativas o ideológicas, no es susceptible de formalización lógica adecuada».

Se hace también necesaria, por otro lado, «una distinción suficiente, en el nivel semántico y en el plano pragmático, de los conceptos clasificatorios y de las categorías, efectivamente, usadas por el legislador y por el receptor de los mensajes normativos». El problema en este punto consiste en que, aunque es competencia de la teoría general del Derecho la construcción y explicación de tales conjuntos de categorías, no existe «un sistema categorial universal y uniforme para los datos jurídicos». Hasta la fecha, según el autor, los sistemas categoriales predominantes son el de Kelsen y el de Hohfeld, pero ambos «exhiben deficiencias en cuanto a su grado de completud para abarcar materiales habituales del conocimiento dogmático».

Otro problema para un análisis conceptual del lenguaje jurídico un problema que se refleja, por ejemplo, en la propuesta de L. E. Allen y C. S. Saxon es el derivado de la necesidad de combinar sistemas lógicos de distinta fuerza deductiva (lógica cuantificacional de predicados de primer orden, lógicas modales aléticas y deónticas y lógicas no clásicas, como son las llamadas lógicas naturales y relevantes). Pero no cabe duda -según el autor- de que la proliferación de lógicas tan variadas «lleva a pensar que el pensamiento teórico dispone de una gama de recursos deductivos que le permiten enfrentar viejos problemas de la teoría jurídica que, en el pensamiento dogmático, sólo recibían atisbos de soluciones pragmáticas».

El último punto del que trata el autor en este artículo es el de la «contaminación» del discurso jurídico con «nociones generales y categoriales provenientes de otras zonas de intereses». Opina este autor que «la referencia persistente a ideologías políticas y a criterios axiológicos es un dato verificable del discurso jurídico, tanto el prescriptivo como informativo». Esto produce dificultades para un análisis satisfactorio del lenguaje jurídico porque «la lógica -las reglas que rigen su funcionamiento como lenguaje del discurso valorativo difiere de la propia del lenguaje prescriptivo». Y estas dificultades aumentan cuando «se pretende que una interpretación adecuada del lenguaje del Derecho requiere la adopción de ciertos criterios morales».

En definitiva -concluye el autor respecto de este último punto- «tan pronto como se incluye en el lenguaje global del Derecho pautas de origen extrajurídico, como pueden ser las de una moral cualquiera, la interpretación formal y la formalización de ese lenguaje requiere hacerse cargo de esa

nueva complejidad. El tratamiento computacional de tales relaciones intersistemáticas no sólo ofrece un interés matemático y técnico, sino que obliga a formular en términos más precisos viejas dicotomías de la Filosofía y la teoría del Derecho, como el de la relación entre el Derecho y la moral».

(Daniel González Lagier)

---

---

VERNENGO, Roberto J.

*Moral y Derecho. sus relaciones lógicas.*

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, núm. 28, 1988, págs. 29-42.

Tras una breve explicación histórica de los cambios a propósito de la consideración de las relaciones entre Derecho y moral, el autor se detiene a analizar las distintas alternativas de relación entre ambos códigos, para concluir lo siguiente: «En efecto, de alguna manera para pensar las relaciones entre la moral y el Derecho tenemos que recurrir al arsenal conocido de funtores lógicos. Lo tradicional, por ejemplo, en el pensamiento iusnaturalista religioso, ha sido sostener que el Derecho está en relación de subalternación con la moral. Esta tesis, debidamente formalizada e interpretada, parece implausible. La tesis inversa la que declara que toda obligación jurídica implica la correspondiente obligación moral- parece también contraria a corrientes intuiciones éticas. Va de suyo que la equiparación entre normas morales y normas jurídicas de idéntico carácter deóntico, no sólo parece contraria a notorios ejemplos en que entre moral y Derecho no hay tal relación lógica, sino que hace sospechar alguna ideología de tipo autoritario, sea en el campo moral, sea en el jurídico.

«Pareciera, pues, que la relación entre códigos morales y códigos jurídicos fuera enteramente contingente: a veces coinciden, en algunas culturas, normas morales y normas jurídicas. Otras veces, tal coincidencia o implicación no son admisibles. La tesis, hoy tan prestigiosa, que vuelve a insistir en una relación necesaria entre el Derecho y la moral, tendrá que ser rebajada al nivel de una contingente constatación empírica.»

(Josep Aguiló Regla)

---

---

VON WRIGHT, G. H.

En opinión del autor «corrientemente asociamos el pensamiento y la acción racionales con características tales como el razonar consistentemente, con creencias suficientemente confirmadas, así como con la capacidad de predecir y, quizá, de controlar el curso de los hechos en la naturaleza circundante». La ciencia occidental puede considerarse como prototipo de esta racionalidad. Esta ha obtenido frutos incalculables en el ámbito tecnológico, pero «se hace cada vez más claro que las transformaciones de la vida logradas a través de la ciencia y la tecnología no son siempre beneficiosas», lo que ha hecho que se ponga en cuestión el tipo de racionalidad que la ciencia representa. En opinión del autor, del debate ocasionado por este tipo de reflexiones puede concluirse, por lo menos, «que la racionalidad humana es algo multidimensional y que cuenta con muchos aspectos que no pertenecen a aquellos que han alcanzado su plena madurez en la ciencia de origen occidental». Una faceta de esta multidimensionalidad es la que «puede expresarse mediante el uso diferenciado de las palabras “racional” y “razonable”(…). La racionalidad, cuando se la contrapone con la razonabilidad, tiene que ver, en primer lugar, con la corrección formal del pensar, con la eficacia de medios para alcanzar un fin, con la confirmación y prueba de creencias. La racionalidad de la acción está orientada a fines. Los juicios de razonabilidad, en cambio, se orientan hacia valores. Atañen a la forma correcta de vivir, con aquello que es bueno o malo para el hombre». Si lo razonable es también racional, «lo “meramente racional” no siempre es razonable». A continuación, el artículo reconstruye a grandes rasgos lo que podría ser una «historia de la ciencia» que pasa por los siguientes momentos el surgimiento de la agricultura, que promueve una racionalidad orientada a fines, la concepción de la ciencia de los griegos, para quienes el orden cósmico era una eunomía (es decir, «un orden ajustado a leyes y justo»); la cultura árabe, que ocupa una posición intermedia entre la civilización greco-romana y la occidental y supone, a través de la magia, «un esfuerzo para armonizar por simpatía los asuntos humanos con los principios que rigen el universo, como un esfuerzo para alcanzar técnicas para el control y dominio de las “fuerzas” de la naturaleza»; la «revolución científica» de los siglos XVI y XVII, que surge, en opinión del autor, por «un renacimiento de la antigüedad, una supervivencia de la magia y la irrupción de la modernidad»; la revolución científica de fines del Renacimiento y del período barroco, que «disparó finalmente, dos siglos después, la revolución industrial»; y, por último, el paso de la física «clásica» a la nueva física, marcado por el desarrollo de la teoría de la relatividad y la física cuántica, y el desplazamiento en nuestro siglo del centro de gravedad «de la imagen científica del mundo» desde la física a la biología, tras la crisis de fundamentos de la primera. En su opinión, «para el observador externo es claro que, en la biología, hay una búsqueda al tanteo de “metodologías holísticas”, o “teórico-sistemáticas”». Esta visión holística del mundo quizá pudiera llegar a representar una nueva forma de racionalidad científica que fomente «una modificación en las ideas sobre las relaciones entre hombre y naturaleza, una transición de la idea de dominio a una de coevolución de lo coexistente, y ello puede ser beneficioso para la adaptación de la sociedad industrial a las condiciones biológicas necesarias para su supervivencia».

El artículo concluye con una reflexión acerca de si la revitalización industrial de Europa facilitará la adaptación del hombre al estilo de vida de la sociedad industrial o, por el contrario, agravará los síntomas de descontento y de dificultades de adaptación. El autor se muestra pesimista en este sentido

debido a «la inercia de la rueda de la tecnología, mantenida en movimiento por la ciencia».  
(Daniel González Lagier)

---

---

WILHELMSON, Thomas.

*¿Racionalidad de las necesidades en el Derecho privado?* (trad. de Josep Aguiló Regla)

Doxa, Alicante, núm. 5, págs. 297-309.

Este artículo se estructura en cuatro partes. En la primera (*Teorías sobre la racionalidad de las necesidades en el Derecho*), el autor se detiene en dos teorías en las que la *racionalidad de las necesidades* juega un papel relevante. La primera es la de Lars D. Eriksson, que está centrada en el desarrollo de los modelos de argumentación jurídica en la sociedad capitalista y en la que se distinguen tres etapas en la evolución del Derecho. En la tercera etapa, que tiene un fuerte contenido normativo (se presenta como un componente básico para una jurisprudencia «alternativa»), el modelo de argumentación es el de la racionalidad de las necesidades. La otra teoría, es la de Gunther Teubner sobre el «Derecho reflexivo» que, en opinión del autor, puede ser interpretada como partidaria de incrementar la orientación hacia las necesidades en el Derecho.

En la segunda parte (*Conceptos orientados hacia la persona en el Derecho privado*), el autor parte de la idea de que la llamada materialización del Derecho ha supuesto que el hombre no aparezca ya como una persona abstracta, sino que cada vez más el Derecho se centre en los roles sociales, lo que implica la introducción de la diferenciación personal. Y como que, por lo general, la diferenciación personal se introduce en el ordenamiento para proteger a la parte más débil de la relación jurídica, el autor se detiene a analizar los conceptos mediante los cuales las normas describen a las referidas partes más débiles. Así, distingue entre: *a*) conceptos formales relativos a la persona («El contenido de la regulación es expresión de una racionalidad material, pero su metodología es formal. El campo de aplicación de las normas protectoras de la parte más débil se delimita mediante la diferenciación de los diversos tipos de contratos. En un contrato de seguros, el titular de una póliza está protegido sea la parte más débil o no») *b*) conceptos relativos a la función («En las últimas décadas se han desarrollado conceptos que hacen referencia a una parte en un contrato y a la función que esa parte cumple en el mercado. Dentro de este tipo de conceptos el más importante es el de *consumidor* (...). Pero este concepto todavía no es un concepto relativo a la persona, puesto que toda persona (física) puede actuar como consumidor. No es aún expresión de la creación de un Derecho privado orientado hacia las necesidades»; y *c*) conceptos relativos a la persona «real» («Hay normas que sólo son aplicables a ciertas clases de personas. En unos casos se da importancia a ciertas propiedades de una persona porque se considera que tales propiedades le confieren una determinada pericia -o, si se alude a las partes más débiles, falta de pericia. En otros casos, sin embargo, se toman en cuenta ciertas propiedades de una persona porque se considera que éstas reflejan alguna necesidad especial de aquélla. En otras palabras, puede distinguirse entre conceptos orientados hacia las capacidades y hacia las necesidades»).

En la parte tercera (*Dos casos concretos*) se exponen dos ejemplos tomados del Derecho finlandés para mostrar que dentro de las partes centrales del Derecho privado (el Derecho de la responsabilidad y el Derecho de contratos) es posible ya una argumentación relativa a la persona y orientada hacia las necesidades. Y, finalmente, en la parte cuarta (*Discusión*) el autor discute dos problemas conectados

con un posible incremento de esta orientación en el Derecho de contratos. El primero está relacionado con el hecho de que en el Derecho privado la relación se da normalmente entre dos partes cuyos intereses, en el caso de que surja una disputa, se oponen el uno al otro. En este campo, si una persona pide una solución orientada hacia las necesidades está obligada a argumentar por qué y en qué situaciones la otra parte debe financiar la satisfacción de sus necesidades. Y el segundo problema está relacionado con la eficacia de las regulaciones orientadas hacia las necesidades y, en particular, con sus problemáticos efectos secundarios. La cuestión que hay que responder es la de cómo puede evitarse que los principios relativos a la persona y orientados hacia las necesidades produzcan efectos negativos sobre las posibilidades de contratación de las personas protegidas.

(Josep Aguiló Regla)

---