



FACULTAD DE DERECHO

**DOBLE GRADO EN DERECHO Y EN
ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS**

2011-2012

FILOSOFIA DEL DERECHO

**UNIVERSIDAD DE BURGOS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

Dra. Nuria Beloso Martín

INTRODUCCIÓN	13
PREMISAS - Concepciones del Derecho y Teorías de la Justicia	17
TEMA 1 - EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA	19
I.- EL SISTEMA POLÍTICO EN LA GRECIA CLÁSICA	20
1.1. Organización político-social de Atenas	20
1.2. Los grandes vínculos comunitarios	22
1.3. El legado político: la democracia	22
2. EL PERIODO HELÉNICO	25
2.1. PERIODO COSMOLÓGICO (Presocráticos)	25
2.2. PERIODO ANTROPOLÓGICO (Sofistas, Sócrates, Escuelas Socráticas menores	25
2.3. PERIODO SISTEMÁTICO (Platón y Aristóteles).....	29
3. PERIODO HELENÍSTICO-ROMANO	45
CASO PRÁCTICO 3 - BEBÉS DE DISEÑO	47
TEMA 2 - EL PENSAMIENTO ROMANO Y LA PATRÍSTICA	51
2.1.EL DERECHO ROMANO	53
2.2. CRISTIANISMO	57
2.1.1. EL PENSAMIENTO POLÍTICO-SOCIAL CRISTIANO	57
2.1.2. II. EL MENSAJE EVANGÉLICO	60
2.3. PATRÍSTICA	57
2.4. SAN AGUSTÍN DE HIPONA	58
2.4.1. BIOGRAFÍA	59
2.4.2. TEORÍA DE LA LEY	60
2.4.3. PENSAMIENTO FILOSÓFICO-SOCIAL-TEOLÓGICO	61
2.4.4. JUSTICIA.....	64
2.4.5. GOBERNANTE CRISTIANO	65
2.4.6. TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA.....	66
- ANEXO: EL DERECHO ANTE LA RELIGIÓN: PLURALISMO Y MULTICULTURALIDAD- ISLAM	68
- LA POLÍTICA INTERCULTURAL.....	68
- CASO PRÁCTICO - CONFLICTO INTERCULTURAL: USO DEL VELO EN CENTRO EDUCATIVO	73
CASO PRÁCTICO 2- ÉTICA EN LOS NEGOCIOS EN LA CULTURA DE ARABIA SAUDITA	76
TEMA 3 - LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA	77
3.2. RELACIONES ENTRE EL PODER POLÍTICO Y EL ECLESIASTICO	78
3.3. SANTO TOMÁS DE AQUINO	81
3.3.1. BIOGRAFÍA	83
3.3.2. TEORÍA DE LA LEY	84
3.3.3. TEORÍA DEL DERECHO	85

3.3.4. TEORÍA DE LA JUSTICIA	85
3.3.5. FILOSOFÍA SOCIAL	87
3.3.6. FILOSOFÍA POLÍTICA	87
- CASO PRÁCTICO 1 - ¿ES ADMISIBLE LA RESISTENCIA ANTE LA LEY INJUSTA? EL DERECHO DE RESISTENCIA EN SITUACIONES DE CARENCIA EXTREMA	89
- CASO PRÁCTICO 2 RESISTENCIA ANTE EL DERECHO INJUSTO	97
CASO PRÁCTICO 3- EL BOTE SALVAVIDAS	102
TEMA 4 - RENACIMIENTO, REFORMA Y CONTRARREFORMA	103
4.1. RENACIMIENTO	106
4.1.1. HUMANISMO POLÍTICO y UTOPIA	106
a) Erasmo de Rotterdam	106
b) Tomás Moro	106
c) Nicolas Maquiavelo	106
4.1.2. CONTRARREFORMA	106
4.1.3. HUMANISMO POLÍTICO Y UTOPIA	107
4.1.3.1. Precedentes	107
4.1.3.2. Socialismo utópico	112
NICOLÁS MAQUIAVELO	114
1.- Contexto histórico	115
2.- Los objetivos de Maquiavelo	115
3.-Moral, Política y razón de Estado	116
4.- <i>El Príncipe</i> :	118
4.1. Modelos de Príncipes	118
4.2. Poder y Política	120
5.- El punto de partida: su antropología	122
6.- Maquiavelo y la religión	122
7.- Juicio crítico	123
8.- Maquiavelismo	124
- APÉNDICE 1 INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE UNA PROMESA ELECTORAL	125
- APÉNDICE 2 INCUMPLIMIENTO DE PROMESA ELECTORAL // -ENGAÑO MEDIANTE PROMESA ELECTORAL // - CORRUPCIÓN	129
CASO PRÁCTICO 2: MOVIMIENTO 15 M	132
TEMA 5 - EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA	147
I. LA ILUSTRACIÓN	149
II- RACIONALISMO Y EMPIRISMO: LA FILOSOFIA INGLESA	150
THOMAS HOBBS	152
Biografía	152
1. BASES DE SU PENSAMIENTO POLÍTICO	154
2. EL ANSIA DE PODER	155
3. ESTADO DE NATURALEZA Y EL CONTRATO SOCIAL	156
4. LA SOCIEDAD CIVIL EL LEVIATÁN	158
5.LA RELIGIÓN CIVIL	159
6. SEDICIÓN, TIRANICIDIO, RESISTENCIA	160
7. A MODO DE CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS Y VALORACIÓN	161
- CASO PRÁCTICO - EL DILEMA DE LOS PRISIONEROS	163
JHON LOCKE	170
Biografía. Las bases del liberalismo político	170

1.- HOBBS Y LOCKE	171
2.- EL EMPIRISMO.....	172
3.- EL ESTADO DE NATURALEZA	172
4.- LA CREACIÓN DEL ESTADO: EL CONTRATO	173
5.- SISTEMAS DE GOBIERNO	174
6.- PENSAMIENTO RELIGIOSO: LA TOLERANCIA	175
7.- LA OPOSICIÓN AL PODER.....	176
APÉNDICE I- DEL INDIVIDUALISMO POSESIVO AL LIBERALISMO	
SOLIDARISTA	179
APÉNDICE II- HOBBS/LOCKE	181
¿SEGURIDAD VERSUS LIBERTAD?.....	181
1) DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	182
2) LA SOCIEDAD DEL RIESGO.....	184
3) LA GUERRA PREVENTIVA.....	185
- CASO PRÁCTICO: ALUMNOS NAÚFRAGOS ESTADO DE NATURALEZA Y	
¿CONTRATO SOCIAL?	187
CASO PRÁCTICO 2	191
TEMA 6 - EL ILUMINISMO FRANCÉS.....	181
JEAN JACQUES ROUSSEAU.....	183
1.- BIOGRAFÍA.....	184
2.- BASES DE SU PENSAMIENTO.....	184
3.- EL HOMBRE NATURALMENTE BUENO.....	185
4.- EL CONTRATO SOCIAL.....	186
5.- LA VOLUNTAD GENERAL	189
6.-FORMAS DE GOBIERNO	190
7.- RELIGIÓN	191
8. VALORACIÓN	191
- APÉNDICE I - IGUALDAD- DESIGUALDAD	195
- APÉNDICE II - COMBINACIONES AGRAVANTES DE DESIGUALDAD EN	
UNA PERSONA.....	196
- CASO PRÁCTICO 1 - ¿IGUALDAD EN QUÉ? ¿EN OPORTUNIDADES? ¿EN BIENESTAR?	
.....	199
- CASO PRÁCTICO 2 - EJEMPLOS QUE NOS PERMITEN DIMENSIONAR Y ANALIZAR	
CUÁNDO Y POR QUÉ UNA NECESIDAD PUEDE SER MÁS URGENTE Y LAS	
MÚLTIPLES VARIABLES A CONSIDERAR EN LA VALORACIÓN DE LAS MISMAS..	204
CASO PRÁCTICO 3	208
TEMA 7 - EL IDEALISMO ALEMÁN - IDEALISMO TRASCENDENTAL	
KANTIANO	219
TIPOS DE IDEALISMO	221
DERECHO Y MORAL.....	222
INMANUEL KANT	233
- CASO PRÁCTICO: EL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS ..	239
CASO PRÁCTICO 2	248
TEMA 8 - POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO	247
1. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO	251
2. POSITIVISMO	253
3. POSITIVISMO JURÍDICO y FORMALISMO (en Francia, en Alemania, en	

Inglaterra).....	254
4. TEORÍAS JURÍDICAS ANTIFORMALISTAS.....	262
5. JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA Y EL REALISMO JURÍDICO (Americano y Escandinavo)	264
CASO PRÁCTICO: UNA HABITACIÓN CON VISTAS.....	271
CASO PRÁCTICO 2	278
- APÉNDICE: LA REIVINDICACIÓN DE UNA JUSTICIA CIUDADANA.	
FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	Errore. Il segnalibro non è definito.
TEMA 9 - EL NEO-POSITIVISMO.....	293
I. PREFACIO	289
A. CORRIENTES	289
B. PRINCIPIOS, NORMAS Y VALORES.....	293
II. HANS KELSEN	295
BIOGRAFÍA	296
III. L.H. HART Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO	304
Biografía.....	306
IV. EL POST- POSITIVISMO JURÍDICO	317
V. EL ANTI- POSITIVISMO JURÍDICO	321
R. DWORKIN: UNA ALTERNATIVA AL POSITIVISMO JURÍDICO.....	321
- CASOS PRÁCTICOS: el “heredero asesino”; la “mano muerta”; el mercader de Venecia.....	325
- CASO PRÁCTICO: INTERPRETACIÓN Y PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	343
TEMA 10 - EL NEOCONTRACTUALISMO	349
1. El neo-contractualismo	353
2. ROBERT NOZICK: LIBERTAD SOBRE IGUALDAD	355
3. JHON RAWLS: LIBERTAD E IGUALDAD	361
-CASO PRÁCTICO 1: A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA. ¿ES JUSTO QUE TENGAMOS QUE PAGAR IMPUESTOS?	377
-CASO PRÁCTICO 2: EL REFUGIO ANTI-BOMBAS.....	381
BIBLIOGRAFÍA	383

ESQUEMA GENERAL

PREMISAS- Concepciones del Derecho y Teorías de la Justicia

--TEMA 1- EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA

1.Periodo Helénico (periodo cosmológico, antropológico y sistemático)

Presocráticos

Sócrates

Platón

Aristóteles

2.Periodo helenístico-romano

-Caso práctico 1: Bebés de diseño

--TEMA 2- EL PENSAMIENTO ROMANO Y LA PATRÍSTICA

El Pensamiento Romano

Cristianismo

Patrística

San Agustín

-Anexo: El Derecho ante la religión: pluralismo y multiculturalidad

-Caso práctico 1- Conflicto intercultural: uso del velo en centro educativo

- Caso práctico 2- Ética en los negocios en la cultura de Arabia Saudita

---TEMA 3-LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA

Santo Tomás

-Caso práctico 1: ¿Es admisible la resistencia ante la ley injusta? El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema.

- Caso práctico 2: Desobediencia a la ley

- Caso práctico 3: El bote salvavidas

--TEMA 4- RENACIMIENTO, REFORMA Y CONTRARREFORMA

a) Humanismo Político y Utopía: N. Maquiavelo

Caso práctico: Incumplimiento de promesa electoral//Engaño mediante promesa electoral//corrupción

b) Contrarreforma. La Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes

Anexo: Corrupción en clase política

-Caso práctico 1- Corrupción en Santa Coloma

-Caso práctico 2: El Movimiento del 15M “Democracia real, ya;”

--TEMA 5-EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Tomas Hobbes

Caso práctico: El dilema del prisionero

Jhon Locke

Apéndice I- Del individualismo posesivo al liberalismo solidarista

Apéndice II- Seguridad versus libertad

- Caso práctico 1: Alumnos naufragos, estado de naturaleza y... ¿contrato social?

- Caso práctico 2 : Trabajando para Eli Lilly & Company

--TEMA 6- EL ILUMINISMO FRANCÉS

Jean Jacques Rousseau

Apéndice I : Igualdad/desigualdad

Apéndice II: Combinaciones agravantes de desigualdad en una persona

-Caso práctico 1 : ¿Igualdad en qué? ¿En oportunidades? ¿En bienestar?

-Caso práctico 2: Ejemplos que nos permiten dimensionar las necesidades

-Caso práctico 3: Esclavitud en la industria del chocolate

-TEMA 7- EL IDEALISMO ALEMÁN. IDEALISMO TRASCENDENTAL KANTIANO

Tipos de idealismo

Derecho y moral

Inmanuel Kant

-Caso práctico 1: El caso de los exploradores de cavernas

-Caso práctico 2: Los tiradores del muro de Berlín

--TEMA 8- POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO

1. Escuela histórica del Derecho

2. Positivismo

3. Positivismo jurídico y formalismo (en Francia, en Alemania, en Inglaterra)

4. Teorías jurídicas anti-formalistas

5. Jurisprudencia sociológica y Realismo Jurídico Americano

-Caso práctico 1: Un habitación con vistas

- Caso práctico 2: Los grandes fabricantes de armas y la responsabilidad

--TEMA 9- EL NEO-POSITIVISMO

I. Prefacio

A. Corrientes

B. Principios, normas y valores

II. Hans Kelsen

III L.H. Hart y la regla de reconocimiento

IV.El Post-Positivismo Jurídico

V.El anti-Positivismo jurídico

-Caso práctico 1: el “heredero asesino”; la “mano muerta”. El mercader de Venecia.

R. Dworkin: una alternativa al Positivismo jurídico

-Caso práctico 2: interpretación y ponderación de los derechos fundamental

--TEMA 10- EL NEOCONTRACTUALISMO. ROBERT NOZICK Y JOHN RAWLS

Robert Nozick: libertad sobre igualdad

Jhon Rawls: libertad e igualdad

-Caso Práctico 1: justicia distributiva: ¿es justo que tengamos que pagar impuestos?

-Caso práctico 2: El fusilamiento de indígenas

-Caso práctico 3: Teorías de la justicia y Doctor House (puzzle)

INTRODUCCIÓN

Los profesores estamos acostumbrados a que, durante nuestras clases, muchos de los alumnos toman apuntes, o revisan los apuntes del año pasado, si no es el caso de que el profesor se limita a repetir los del pasado año, eventualmente citando alguna sentencia nueva. Los alumnos apenas estudian por manuales, estudian por los “apuntes”. Los alumnos “estudian todo y no aprenden nada”. Este era un sistema muy habitual hace una década, en el que grupos más o menos masificados, se limitaban a escuchar la lección magistral que impartía su también, “magistral” profesor.

La metodología docente, en los últimos cinco años, se ha visto inmersa en cambios profundos y se ha producido una considerable renovación. El Espacio Europeo de Educación Superior –EEES- y los nuevos Grados, han provocado una renovación de la metodología docente. La clase magistral continuará siendo un instrumento docente –clave para el aprendizaje del alumno- pero se verá auxiliada por otros instrumentos de innovación docente. Todas estas consideraciones nos llevan a plantear la ya, imperiosa necesidad, de una renovación completa de un modelo que, en la mayoría de los casos, se basa en la preponderancia de la clase magistral -a la que el alumno no suele acudir por cierto- el aprendizaje a última hora de unos apuntes que ayuden a superar el examen -aunque al día siguiente no se acuerden de nada- y la absoluta decepción de enfrentarse al mundo profesional y darse cuenta de que han malgastado unos años de su vida para colgar el título en la pared, o la decepción del alumno egresado de Derecho que se enfrenta a su primer caso y se da cuenta de que no sabe apenas nada, o que no es igual a lo que le han enseñado en la Universidad.

En cuanto a las metodologías docentes podríamos apelar a nuestra propia experiencia: ¿no conocemos mejor aquellos contenidos que nos hemos visto obligados a buscar, seleccionar y comprender para poder argumentar cualquier cuestión jurídica que aquellos otros que escuchamos a un magistral ponente? Creo que en algo estamos todos de acuerdo: Nadie discute la necesidad de reforma de los actuales estudios de Derecho.

La clave está en cómo mejorar el aprendizaje de nuestros alumnos, independientemente de que las asignaturas que impartamos formen parte de los nuevos Planes de Estudio de los Grados o se inscriban en las Licenciaturas o Dobles Licenciaturas, con Planes de Estudio a extinguir. A partir de ahí, podremos plantearnos cómo evaluar el aprendizaje de los alumnos desde los parámetros de calidad. Sin embargo, para mejorar el aprendizaje, se establece como premisa previa la de qué actividades deben de desarrollar para que adquieran las adecuadas destrezas

en el manejo de determinadas competencias. También podríamos llevar a cabo la operación inversa. La de establecer qué competencia deseamos que adquieran y, a partir de ahí, concretar el tipo de actividades que deberían desarrollar.

Hay dos dimensiones de la Filosofía del Derecho a las que hemos prestado especial atención a la hora de elaborar este material: 1) Filosofía del Derecho para juristas; 2) Actitud “crítica” que identifica a la Filosofía del Derecho. Mediante la primera, presentaremos la Filosofía del Derecho como “Filosofía del Derecho de juristas”, dejando a un lado la Filosofía del Derecho “de los filósofos”. No es una mera filosofía aplicada al Derecho, con una simple transposición de los grandes sistemas filosóficos al ámbito del Derecho. El verdadero filósofo del Derecho, a la hora de construir su sistema [filosófico] se pregunta por el papel que en el mismo debe asignar a la realidad jurídica; el segundo presupuesto del que partimos es el de proporcionar a la comunidad de juristas los instrumentos conceptuales para la crítica jurídica de las concepciones del Derecho vigente, para su cuestionamiento y su valoración. La “crítica” jurídica es la clave sustancial de la reflexión iusfilosófica.

Es por ello que la materia iusfilosófica en la enseñanza del Derecho responde a cuestiones tales como: qué significado tiene el Derecho en la vida social y qué función desempeña en la misma, cuáles son sus presupuestos conceptuales, cuál es su relación con otros sistemas normativos como la moral, la justicia o el Poder, cómo se puede legitimar, qué criterios se pueden utilizar para valorarlo, cómo ha de operarse con el Derecho vigente en la aplicación e interpretación, y tantas otras.

La reflexión iusfilosófica se debe de impregnar de utilidad: debe ser útil “formativamente” para los juristas que están conociendo el Derecho; debe ser útil “profesionalmente” para juristas ya ejercientes; y debe ser útil “socialmente” para los propios ciudadanos, para resolver sus problemas reales. Baste recordar que la “teoría de los casos difíciles” la encontramos habitualmente en la resolución de la casuística judicial que resuelve el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y, sin embargo, paradójicamente, a la Filosofía del Derecho se le sigue cuestionando como enseñanza de juristas.

El material que ahora presentamos no constituye un manual al uso de la Disciplina de “Filosofía del Derecho”, ni tampoco es un Curso como tal. Es un material de “apoyo” para el alumno, para que no se vea abocado a la cansina tarea de “tomar apuntes”. Se trata del resultado de las explicaciones que a lo largo de mis años de docencia de la citada asignatura llevo realizando y tiene como objetivo servir de apoyo a los alumnos en la comprensión de la realidad de aquellos temas básicos de la asignatura. De ahí que la mayoría de las cuestiones tratadas sean aquellas que fácilmente pueden encontrarse en los diversos manuales y libros de texto sobre la materia. Quiero dejar constancia de que he bebido en las fuentes de los especialistas, españoles en su mayoría. He optado por suprimir prácticamente en su totalidad las notas a pie de página y citas pues la práctica de los años me ha llevado al convencimiento de que, además de consultarlas poco, a veces distraen a los alumnos, embebidos en el estudio

de la disciplina que después va a ser objeto de examen.

Cada tema va acompañado de una parte práctica, con textos de lectura complementaria sobre el tema y textos con diversas cuestiones para que los alumnos puedan acabar de entender los conceptos principales que se tratan y comprendan las problemáticas presentadas, en sus diversas dimensiones. Se facilita el material básico para desarrollar diversas técnicas de metodología docente en el aula, posibilitando el aprendizaje cooperativo –*brainstorming, academic controversies, simulations* y *role-playing*-, método del caso, aprendizaje por problemas u otras técnicas de innovación docente, sin olvidar el imprescindible aprendizaje individual que cada alumno debe de realizar. No acompañamos aquí más que unas breves referencias a la Bibliografía general y a la específica de cada tema, pues ya consta de forma detallada en la Guía Docente de la asignatura.

Son unos materiales breves y sintéticos sobre la Historia de la Filosofía Jurídica y Política con una exposición de las cuestiones cruciales para la iusfilosofía de nuestros días. Confiamos en que sean de utilidad para configurar un jurista integral, “crítico” y maduro.

Nuria Belloso Martín

PREMISAS

Concepciones del Derecho y Teorías de la Justicia

Los mitos fundacionales del orden jurídico han sido diversos a lo largo de la historia, desde el origen divino, al contrato social o, ya en nuestros días, la diferencia entre normas primarias y secundarias expuesta por H.L. Hart. Por ello, vamos a comenzar por destacar las principales concepciones del Derecho a lo largo de la historia:

En primer lugar, hay que destacar la concepción **Iusnaturalista**. Las tres direcciones iusnaturalistas más importantes son: la clásica, la medieval y la racionalista.

En la *Clásica*, el Derecho Natural se concibe como un orden natural de valores. De ahí la crítica de Antígona al tirano Creonte, que ya comentamos. A través de Antígona se contraponen, por primera vez, las leyes del Estado a unas supuestas leyes eternas de la naturaleza.

En la *Cristiano-Medieval*, el Derecho Natural se concibe como una obra de Dios. Se afirma que el Derecho Positivo que contradiga el Derecho Natural, no es ley sino corrupción de ley.

Finalmente, en la versión *Racionalista*, el concepto de naturaleza se desplaza de lo externo y objetivo (como Dios o la naturaleza) a lo subjetivo, entendido como la naturaleza racional de los seres humanos. A partir de entonces, la razón humana ya no copiará valores (de Dios o de la naturaleza) sino que será creador de valores.

En segundo lugar, **el Positivismo Jurídico**. Esta tendencia entiende que la esencia del Derecho está en la validez formal, es decir, en la forma jurídica (que sería lo permanente) y no en el contenido jurídico (que sería lo contingente). En esta tendencia, la "justicia" no es un elemento constitutivo del concepto de Derecho. De ahí que sirva cualquier contenido material.

En tercer lugar, el **Realismo Jurídico**. Hay dos direcciones: el Realismo Jurídico Americano y el Realismo Jurídico Escandinavo. El aspecto central de los diversos realismos jurídicos es la convicción de que la esencia del Derecho reside en su eficacia social.

Finalmente, el **Neo-Positivismo** (H. Kelsen, H.L.Hart), con nuevas reformulaciones del Postivismo.

Y, por último, el **Post-Positivismo** (también llamado Anti-Positivismo). Del mismo modo que hay diversas versiones del Positivismo Jurídico, también las hay del Post-Positivismo. Ésta es una amplia corriente de pensamiento que no queda satisfecha con la típica afirmación Positivista de que un sistema jurídico es un sistema normativo institucionalizado. Lo que no es la Moral, por ejemplo. Las tendencias Post-positivistas suelen enfatizar la importancia de las relaciones (coincidencias y diferencias) entre Derecho y Moral, si se quiere entender, adecuadamente, el Derecho (L. Fuller, Ch. Perelman, A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, R. Dworkin y un largo etcétera.

ÈPOCA	PARADIGMAS CIENTÍFICOS	TÉCNICO	TEORÍAS EPISTEMOLÓGICAS	CIENCIA Y FILOSOFÍA
8.000 A.C.	Neolítico Pensamiento mágico		Fetichismo Misticismo	Mitos
S. IV a.C.	Revolución Racional		Idealismo Inductivismo	La Ciencia forma parte de la Filosofía
Edad Media	Patrística Y Escolástica		Idealismo Cristianismo	La Ciencia y la Filosofía forman parte de Teología
S. XVI y XVII	Revolución Científica (Newton)		Realismo Empirismo Racionalismo	La Ciencia se separa de de la Filosofía
S. XIX	Revolución Industrial		Materialismo dialéctico Iusnaturalismo Positivismo	La Filosofía imita a la Ciencia
S. XX	Revolución de la Información (relatividad y mecánica cuántica. Incerteza)		Neo-Positivismo Pos-positivismo Neo-Contractualismo Neo-constitucionalismo	La Filosofía critica a la Ciencia

TEMA 1

EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO- JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA

TEMA 1 - EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA

1. PERIODO HELÉNICO

Búsqueda del *arjé* (el principio). Diferencian *physis* (naturaleza) y *nomos* leyes humanas)

1)--- (s. VI a.C.) **1.1. PERIODO COSMOLÓGICO: presocráticos hasta los sofistas**

PRESOCRÁTICOS: Anaximandro, Heráclito, Pitágoras

- a) Homero: Justicia (*themis* y *diké*)
- b) Demócrito: Derecho y moral
- c) Sófocles (Antígona): ley natural y ley positiva

2)--- (s. V a.C.) **1.2. PERIODO ANTROPOLÓGICO: sofistas, Sócrates, Escuelas Socráticas menores (cínicos –Antístenes y Diógenes (445-365 a.C.)- y cirenaicos –Aristipo-(435-355 a.C.)**

- SOFISTAS: Calicles, Antifon, Trasímaco
- SÓCRATES
- ESCUELAS SOCRÁTICAS MENORES: destacaron aspectos antinómicos de las enseñanzas socráticas (Cínicos y Cirenaicos)

3)--- (s. IV a.C.) **1.3. PERIODO SISTEMÁTICO: Platón (427-347 a.C.) y Aristóteles (384-322 a.C.)**

2. PERIODO HELENÍSTICO-ROMANO

- PERIODO HELENÍSTICO

Con las conquistas de Alejandro Magno la cultura griega rebasa su marco nacional, irrumpiendo por el Próximo Oriente y fusionándose lo helénico con lo oriental. La polis se encuentra ahora en su fase de crisis, moribunda.

- Séneca-) Período ético. Estoicismo (Antiguo – Zenón-, Medio –Posidonio- y Nuevo-)
- Epicureismo (Epicuro, 341-270 a.C.) y la recomendación del disfrute de los placeres)
- Escepticismo (Carnéades , 214-129 a.C.): dos famosos discursos sobre la justicia

- PERIODO ROMANO (*ius civile, ius gentium, ius naturale*). Cicerón (106-43 a.C.)

CRISTIANISMO (Antiguo Testamento y Nuevo Testamento)

TEMA I.- EL SISTEMA POLÍTICO EN LA GRECIA CLÁSICA

«Grecia, nutrida de la antigua cultura religiosa, científica y artística del Oriente, vuelve a considerarla para deducir una visión del mundo enteramente nueva. Comparando entre sí las conclusiones a que habían llegado el pensamiento egipcio y el babilónico, creó Grecia la lógica, de la cual salieron a un mismo tiempo la filosofía y el método científico que habían de sustituir a la teología y al empirismo de las civilizaciones arcaicas. El extraordinario talento literario de los griegos, su nueva noción de la medida, que introdujeron en el arte, menos rústico y más realista por ellos concebido, aportaron a la civilización una forma de pensamiento hasta entonces desconocida: el racionalismo. Misticismo egipcio y racionalismo griego serán en lo sucesivo los dos polos entre los cuales va a evolucionar esta nueva civilización surgida de las relaciones establecidas a través del mar entre Oriente, Egipto y Grecia: la cultura mediterránea.» (JACQUES PIRENNE) **Historia Universal**.

Todavía hoy la filosofía y la teoría política hablan en griego. Palabras como «*democracia*», «*oligarquía*», «*plutocracia*», «*tiranía*» integran nuestro vocabulario político. Sin embargo todos estos vocablos han sufrido a través del tiempo una profunda transformación semántica. Para los griegos **la política** es la actividad noble por excelencia, la única que merece que un hombre le sacrifique la vida. En Grecia la política no tenía especificidad propia porque la tarea de un hombre libre y en plena posesión de sus facultades no era otra que tomar parte en las decisiones de la Asamblea, participar en la vida de la *polis*. Para un ciudadano griego, el ostracismo era un castigo incluso más doloroso que la muerte.

La palabra «**político**» viene de «polis», palabra que se traduce por «ciudad-Estado», «Estado» o «ciudad», términos que utilizaremos como sinónimos. Las polis griegas se formaron a partir del siglo VIII a.C. Su nacimiento trajo consigo la secularización religiosa, la redacción de leyes -con frecuencia obra de un legislador -como Solón en Atenas- y la aparición de una nueva clase de soldados profesionales, los hoplitas.

Organización político-social de Atenas

La naturaleza montañosa de la Península Helénica favoreció el régimen de **ciudades-estado**. Cada valle o comarca era independiente; la población vivía diseminada en torno a la ciudad y en caso de guerra se acogía a la altura fortificada, llamada *acrópolis*.

Atenas era el estado-libre más importante. Sus ciudadanos se dedicaban al comercio y a la navegación. El puerto del *Pireo* adquirió mucha importancia comercial gracias a la riqueza minera y forestal de la región.

El pueblo ateniense sufrió una marcada evolución social y política que va desde la monarquía patriarcal al gobierno de la aristocracia, que finalmente desembocará en la democracia moderna.

Atenas pasó por las siguientes etapas:

a) La monarquía: Hasta el siglo VII a. de J.C., Atenas estuvo gobernada por reyes de carácter hereditario. El rey era al mismo tiempo jefe guerrero, sacerdote y juez. Estaba asesorado por un consejo de nobles, llamados *eupátridas* (bien nacidos). Los nobles fueron en un principio los dueños de las tierras, pero no podían venderlas.

b) El arcontado: Poco a poco fue creciendo el poderío de los nobles, al mismo tiempo que mermaba la autoridad real. El rey se convirtió en uno de tantos nobles y la autoridad suprema pasó a ser ejercida por una oligarquía aristocrática que recibió el nombre de *arcontado*.

Los nobles en el poder comenzaron a enriquecerse de una manera exagerada, mientras el resto de las gentes se empobrecía y muchos de ellos se convertían en esclavos.

En el siglo VII a. de J.C. los arcontes redactaron el primer código de leyes obligatorio para toda la población: el *Código de Dracón*, célebre por su severidad y dureza.

c) La tiranía: Esta situación creó en Atenas un ambiente de odio que derivó en guerras intestinas y sangrientas. En estas circunstancias **Solón** realizó una profunda reforma social al objeto de poner fin al malestar interno y organizar un gobierno democrático moderado. **La legislación de Solón tuvo un carácter marcadamente social:** combatió la esclavitud, favoreció la pequeña propiedad oponiéndose al latifundio, y creó un sistema fiscal justo y equitativo. Pero las reformas de Solón no surtieron efectos duraderos. Poco después Atenas pasaba por un período de tiranía, ejercida por **Pisístrato**.

d) La democracia: El pueblo ateniense, sumamente culto e instruido, siguió luchando por conseguir sus libertades políticas, y hacia el siglo V a. de J.C., en tiempos de **Pericles**, adquiere pleno desarrollo la democracia. Se inicia así una etapa de gran prosperidad artística y literaria.

-Sociedad: Las diversas clases sociales fueron fundiéndose a medida que se perfeccionaba la democracia. Sin embargo, siempre existió **la esclavitud**. Los esclavos no poseían ningún derecho, pero la ley ateniense les protegía contra la muerte y los malos tratos. De hecho, la servidumbre helena fue suave y relativamente humanitaria en comparación con la de otros pueblos de la antigüedad.

-El papel de la **mujer** en la sociedad fue insignificante. Se dedicaban a las actividades domésticas; vivían, en la práctica, recluidas en el aposento superior (*gineceo*). Debido a su aislamiento, su nivel cultural fue bastante deficiente.

Los grandes vínculos comunitarios

Las «*polis*» griegas no constituyeron un solo Estado, aunque algunas de ellas ejercieron una clara hegemonía. Eran autónomas y soberanas. Hubo, a menudo, rivalidad y guerras entre las ciudades helenas. Pero dentro de la variedad política y de las divergencias regionales, había cuatro vínculos nacionales que les hacían sentirse hermanos: la *lengua*, la *religión*, los *juegos panhelénicos* y las *anficionías* (asociaciones de ciudades con fines religiosos).

Dos de ellas destacaron especialmente: **Esparta y Atenas**. Esparta, de carácter eminentemente militar, era partidaria de la aristocracia o la oligarquía, mientras que Atenas defendía el igualitarismo democrático. En las restantes ciudades, los demócratas propugnaban la alianza con Atenas y los oligarcas buscaban el apoyo de Esparta. Tras la lucha contra los ataques del imperio persa en las guerras médicas (500-479 a.C.), Atenas se convirtió en un imperio político, comercial y cultural. A ello contribuyó especialmente la constitución, en el 477, de la Confederación de Delos, alianza para protegerse de futuras agresiones persas. Cada miembro pagaba un tributo que era custodiado en el templo de Apolo en Delos, bajo el control de los atenienses, que terminaron por administrarlo a su antojo.

El legado político: la democracia



La Escuela de Atenas –Rafael Sandio (1512-1514)
Pintura al fresco- Renacimiento

Un aspecto importante en el campo político es el aporte griego legado a nosotros en **el sistema democrático**. Ellos fueron los primeros que valoraron el sentir del pueblo, en la manera buscar la mejor administración de sus intereses. La democracia surgió entonces como la única forma perfecta de gobierno. **Clístenes** fue el fundador de la democracia ateniense. **Pericles** su organizador definitivo.

Principios básicos de la democracia ateniense:

- La soberanía pertenece no a una minoría sino al conjunto de todos los ciudadanos;
- El pueblo o «demos» es el único soberano;
- Quien ejerce la autoridad lo hace en virtud de la delegación temporal del «demos»;
- La democracia es la única forma de gobierno que hace a los hombres libres e iguales entre sí;
- Todos los ciudadanos tienen los mismos derechos, prescindiendo de su origen y de su riqueza.

La autoridad suprema la ejercía la **Asamblea o "Ecclesia"** constituida por todos los ciudadanos. En ella se elegía a los magistrados y a los jueces, se aprobaban las leyes y se de en materia de gastos e impuestos.

La democracia se afianzó y consolidó al poner en práctica importantes medidas, como fueron:

- Las **reformas agrarias** llevadas a cabo, al distribuir las tierras entre los ciudadanos más pobres.
- **La ley sobre el ostracismo**, para evitar que un nuevo se apoderase del gobierno. Con este fin la Asamblea desterrar a todo ciudadano que pretendiera alzarse con poder. Y todos los años la Asamblea debía hacer un análisis de los individuos en este sentido. A este destierro se le daba el nombre de ostracismo, derivado de la palabra griega *óstracon* (concha), sobre la cual se escribía el nombre del desterrado.

La Asamblea controlaba la gestión política de los magistrados, y al final de su mandato éstos hacían declaración de sus bienes. Así nadie podía enriquecerse con el cargo.

Sin embargo, la democracia ateniense adolecía de ser **restringida**, ya que únicamente podían ser ciudadanos los hijos de padres atenienses y excluía del derecho al voto a los esclavos, las mujeres (además de a los extranjeros que vivían en Atenas).

Las actuales democracias de muchos países derivan, sin duda, de la ateniense. Pero difieren de ésta en que las modernas democracias son de **tipo indirecto**, ya que el gobierno lo ejerce el Consejo de ministros bajo la supervisión de un Parlamento, elegido por el pueblo; en Atenas, en cambio, el poder lo ejercía directamente la Asamblea popular.

2. EL PERIODO HELÉNICO

2.1. PERIODO COSMOLÓGICO (Presocráticos)

PRESOCRÁTICOS: Anaximandro, Heráclito, Pitágoras

- a) Homero: Justicia (themis y diké)
- b) Demócrito: Derecho y moral
- c) Sófocles (Antígona): ley natural y ley positiva

2.2. PERIODO ANTROPOLÓGICO (Sofistas, Sócrates, Escuelas Socráticas menores (cínicos –Antístenes y Diógenes (445-365 a.C.)- y cirenaicos –Aristipo-(435-355 a.C.)

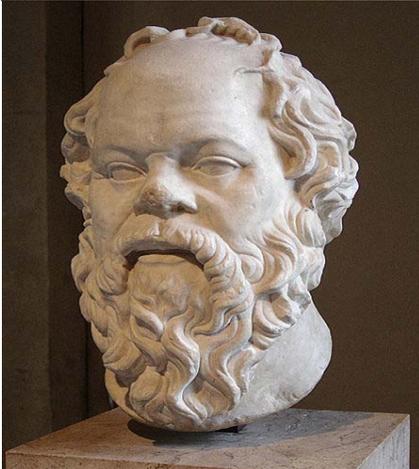
LOS SOFISTAS Y SÓCRATES

El régimen democrático que reinaba en Atenas en tiempos de Platón permitía a los ciudadanos intervenir en la vida pública. Muchos de ellos, deseosos de incidir en las decisiones de la asamblea, intentan dominar la oratoria, pues pronto resulta evidente que la retórica es un arma política de primer orden. Lógicamente ello comporta la expansión de la **sofística**. La palabra «sofista» no tiene en principio ningún matiz peyorativo. En general se trataba de **profesores de oratoria** o retórica que hacían demostraciones de elocuencia y daban clases a cambio de una remuneración económica. Solían ser extranjeros y tener un marcado desprecio por la moral y la religión tradicionales. Pretendían mostrar la **relatividad** de los valores que rigen la convivencia humana y compartían un común **escepticismo** frente a cualquier posibilidad de conocimiento cierto. Uno de sus temas preferidos era la oposición entre naturaleza (*physis*) y ley (*nomos*). Las leyes, las costumbres y las convenciones no forman parte de un orden inmutable de cosas: carecen de estabilidad y uniformidad, y los mismos que las hacen, con frecuencia las suprimen.

Las verdaderas leyes son las que prescribe la naturaleza y que, aun sin estar

escritas, «son válidas en todo país y del mismo modo». Según la naturaleza, es justo que el hombre fuerte domine al débil y siga en cualquier circunstancia su propio talante.

Frente al relativismo moral de la sofística se erige la figura de **Sócrates**, que entrega la vida por respeto hacia las leyes de su ciudad. Es bien conocida su profesión de ignorancia a pesar de haber sido proclamado por el oráculo de Delfos como el hombre más sabio de Atenas. Sin embargo, su principal aportación surge cuando afirma que la virtud es conocimiento y, a la inversa, que nadie obra mal a sabiendas. El postulado implícito aquí es que el alma humana posee la facultad de discernir lo que en verdad es bueno y, por tanto, si consigue eliminar lo que le separa de este conocimiento, no podrá por menos de actuar en consecuencia.



Sócrates bebiendo la cicuta

Busto de Sócrates

De la teoría de Sócrates: “el fin del hombre es la felicidad y a la felicidad se llega haciendo el bien”, surgen algunas escuelas –las denominadas escuelas socráticas menores, como la de los cínicos y la de los cirenaicos- que acabaran convirtiendo en irreconocibles las enseñanzas de Sócrates.

Platón compartía con Sócrates tanto la fe en la posibilidad del conocimiento como la convicción de que es necesaria una fundamentación última de los valores. Para ello Platón desdobra la realidad en dos ámbitos radicalmente distintos: **el mundo sensible** -la realidad física, cambiante y perceptible por los sentidos- y el inteligible, es decir, **el mundo de las ideas** -realidad inmutable, que se capta por la razón-. Esta búsqueda de una sólida fundamentación para la ética alcanza su más refinada expresión en *La República*.

2.3. PERIODO SISTEMÁTICO (Platón y Aristóteles)

3.2.1 PLATÓN (427-347 a.C.)

---TEORÍA DE LAS IDEAS- DUALISMO- MITO DE LA CAVERNA

- Mundo sensible es el reino de lo mutable, lo contingente, lo relativo no constituye la verdadera realidad: es pálido reflejo de una realidad superior. Mera opinión: *doxa*.
- Mundo inteligible o supra-sensible: es el mundo de lo inmutable, absoluto y necesario.

---DUALISMO- TEORÍA DEL ALMA (3 partes)

Individuo:

- parte racional--- sabiduría o prudencia
- parte irascible--- fortaleza o coraje
- parte concupiscible --- templanza o moderación

CUERPO	ALMA	VIRTUD	ESTADO
Cabeza	razón	sabiduría o prudencia	Gobernantes/Magistra
Pecho	voluntad	valor (fortaleza, coraje)	Guardianes
Vientre	deseo	moderación o templanza	Productores (artesanos o agricultores)

-TEORÍA DE LA CIUDAD (3 partes)

- Magistrados o gobernantes-----sabiduría
- Guardianes-----fortaleza
- Productores (artesanos o agricultores)----- moderación (base económica)
- Características: 1) Subordinación de las partes al todo: unidad y necesidad
2) Comunismo ético o político

- DERECHO POSITIVO Y LEYES POSITIVAS

-TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO. Evolución (La República, El Político y Las Leyes)

Monarquía---hombre justo
 Timocracia---hombre orgulloso
 Oligarquía--- hombre avaro
 Democracia turbulenta-- hombre despreocupado
 Tiranía--- hombre violento

- INFLUENCIA en San Agustín

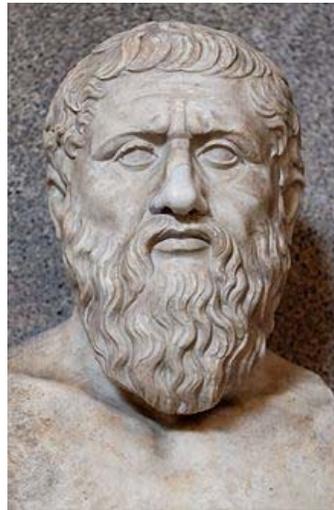
1.- Biografía de Platón

En el año 427, año del nacimiento de Platón, Atenas vivía momentos difíciles. La muerte de Pericles en el 429 la había dejado huérfana del símbolo emblemático de su estabilidad, y desde hacía cuatro años estaba en guerra con Esparta -las llamadas guerras del Peloponeso- por la hegemonía política y militar. En el 410 la democracia fue derrocada y el poder pasó a manos del Consejo de los Cuatrocientos. Dos años más tarde, la democracia fue nuevamente reinstaurada y la guerra continuó instigada por Alcibiades, sobrino de Pericles y amigo de Sócrates, prototipo del político demagogo y populista. Finalmente en el 404, Atenas se vio obligada a capitular. El pueblo fue perdonado, y se instaló un gobierno oligárquico y filoespartano, llamado de los Treinta Tiranos.

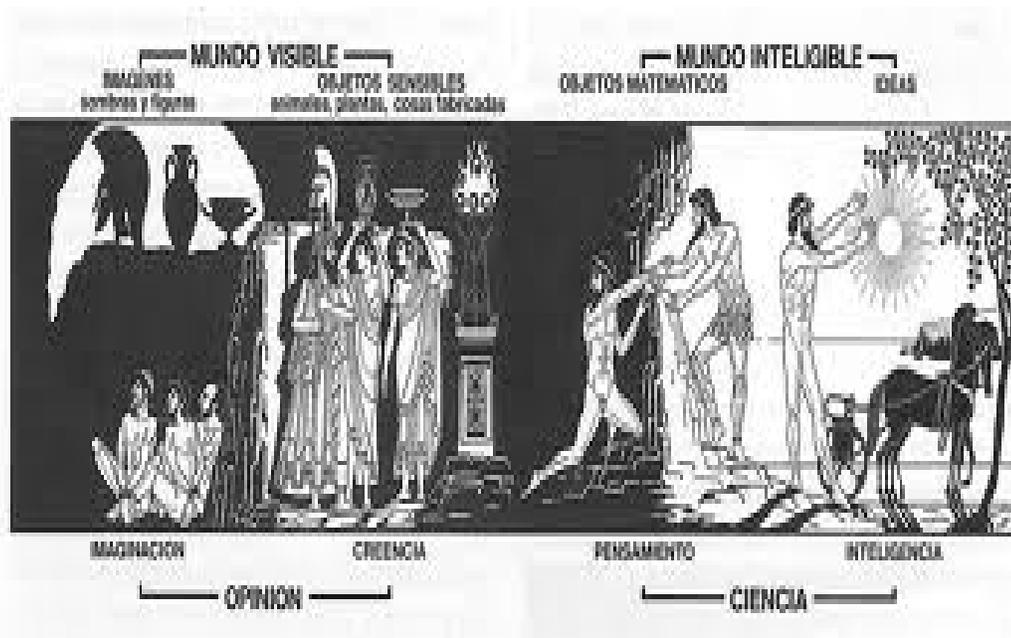
Miembro de una familia aristocrática, el joven Platón vio estos hechos lleno de esperanzas. Pero no tardaría en desilusionarse cuando, en el 399, Sócrates, de quien Platón fue discípulo durante diez años, fue acusado de impiedad y de corromper a la juventud y obligado a beber la cicuta. Ese acontecimiento marcará la desconfianza de Platón hacia la democracia ateniense. Tras su viaje a Sicilia es obligado a regresar a Atenas en una nave espartana, y fue vendido como esclavo. Este contratiempo no le desanimó y volvió en otras dos ocasiones a Siracusa (368 y 360). Luego regresó a la Academia de Atenas, para dedicarse a la docencia hasta su muerte en el 347. En el año 387 había fundado la Academia, el primer centro de enseñanza superior de Occidente. La Academia desarrolló su actividad durante un milenio, hasta su disolución por Justiniano en 529. Platón desarrolló su magisterio en ella.

Platón intentó que la filosofía se asociara a la política, según la fórmula del Rey-Filósofo o del Filósofo-Rey. No lo consiguió y esta desilusión ensombreció los últimos años de su vida. Los males no terminarán mientras los filósofos no lleguen al poder o los estadistas no abracen la filosofía. El programa intelectual de Platón consiste en unir, según el deseo de Sócrates, la política y la filosofía, o en otros términos, en instaurar una política fundada en el saber.

Platón escribe su filosofía en forma de diálogos, con obras tan trascendentes como el *Banquete*, *el Timeo* o *el Fedón*. Su filosofía política se expone especialmente en *Gorgias*, *Protágoras*, *La República*, *El político* y *Las leyes*.



Busto de Platón





Mito de la caverna de Platón

2.- “LA REPÚBLICA” de Platón

a) LA JUSTICIA Y LA CIUDAD IDEAL

El tema de la justicia, de la mejor ordenación de la vida en comunidad es el eje en torno al cual se desarrolla su especulación. Platón es ante todo un filósofo del derecho y de la política.

El texto se inicia con un debate sobre la naturaleza de la justicia. Se proponen varias definiciones que van siendo rechazadas: la justicia consiste en ayudar a los amigos y perjudicar a los enemigos, en pagar a cada uno lo que se le debe... De pronto, Trasímaco, el sofista de Calcedonia, interrumpe el diálogo y espeta que la justicia no es otra cosa que el interés del más fuerte, aquello que redunde en beneficio de quien detenta el poder y añade que el hombre injusto tiene una vida mejor. Sócrates refuta sus argumentos y termina diciendo que “es mejor padecer injusticia que cometerla”.

El debido equilibrio entre todos los elementos sólo se consigue a través de la justicia (tanto en el orden individual- el hombre- como en el social –la ciudad, a la que presenta como un hombre en grande, macroántropos-).

Platón inicia su construcción de **la ciudad ideal**. La ciudad nace porque ningún hombre es capaz de satisfacer por sí solo sus necesidades y la división del trabajo hace aumentar la eficiencia. Pero si queremos establecer una ciudad con todo tipo de comodidades, surgirán sin duda, envidias y celos que tenderán a fragmentarla. Platón propone la **división de la ciudad** en tres clases:

1ª.- La de los gobernantes o magistrados, cuya función es el ejercicio del poder y su característica más sobresaliente la capacidad intelectual. Deben ser de mayor edad que los demás y velar siempre por los intereses de la ciudad como si fueran los suyos propios.

2ª.- La de los guardianes, guerreros y auxiliares, cuya función es la defensa de la ciudad frente a las agresiones exteriores o los desórdenes internos. Su rasgo definitorio es el valor. Actuarán siempre bajo la dirección de los gobernantes.

3ª.- La de los productores: incluirá a los ciudadanos que atienden a las necesidades materiales de la vida: campesinos, artesanos...

Sócrates sugiere que, si la ciudad ha sido bien fundada, deberá poseer las cuatro virtudes cardinales reconocidas por los griegos: sabiduría, valor, templanza y justicia. La **sabiduría** reside en los gobernantes; el **valor**, en los guerreros; la **templanza**, en el acuerdo entre los gobernantes y los súbditos acerca de quién debe gobernar. Identificadas tres de las cuatro virtudes, sólo falta la **justicia**. Sócrates se percata de que ha estado ante ellos todo el tiempo, en el principio de que cada uno debe hacer su propio trabajo o de que cada clase debería cumplir con su función y no con la de otra. Por tanto, **la justicia no puede ser otra cosa que hacer lo que corresponde a cada uno del modo adecuado.**

Tras una complejísima argumentación, se muestra que existe una perfecta correlación entre la ciudad y el alma humana. La razón corresponde en nosotros a la sabiduría que gobierna la ciudad; el valor, la parte apasionada e irascible del alma, corresponde a la clase de los guerreros y, finalmente, el deseo y los apetitos corresponden a la tercera clase. La justicia en el alma consistirá, pues, en que la razón se equilibre con la parte irascible para doblegar los apetitos.

Para que la ciudad sea justa y virtuosa es preciso que desde la más tierna edad los niños sean educados en la verdad y la justicia (importancia de la gimnasia y música).

Las clases de la república platónica no son castas hereditarias: son grupos abiertos, fundados en las aptitudes personales de sus miembros. Llegan a magistrados o gobernantes quienes, procedentes de la clase de los guardianes, consiguieron, tras largos años de dedicación al estudio, elevarse a la contemplación del mundo inteligible. La república platónica es una aristocracia del espíritu: el saber legitima el poder.

b) LA COMUNIDAD DE BIENES, MUJERES E HIJOS

Toda la filosofía política y social de Platón se encuentra inspirada por el postulado de la subordinación inflexible de las partes al todo, y, por consiguiente, de las clases sociales al bien común de la ciudad. Este postulado conduce en ocasiones a Platón a una limitación excesiva de la esfera individual. El individuo carece de autonomía ante la ciudad. La ciudad surge como consecuencia de la incapacidad de los individuos para satisfacer solos sus necesidades, y se basa en la división del trabajo.

A la necesidad de la ciudad para la consecución del fin del hombre añade Platón el postulado de la unidad, en cuya virtud las exigencias de la colectividad deben prevalecer sobre las individuales. Pero lleva este postulado de la unidad al extremo de suprimir en las dos clases superiores la propiedad privada y la familia. Todo ello para que puedan entregarse en cuerpo y alma a sus funciones, por lo que han de verse libres de la interferencia de intereses particulares.

Seguramente motivado por la corrupción política que le tocó vivir, Platón prescribe que los magistrados o gobernantes no poseerán ningún tipo de propiedad. Les está prohibido comerciar y acumular oro y plata -ni tan siquiera tocarlos-. Puesto que no poseen bienes, vivirán de un salario anual aportado por la clase productora, suficiente para su sustento, pero insuficiente para procurarse lujos. Tampoco podrán tener familia, por lo que se establecerá una comunidad de mujeres e hijos, de modo que los padres no conocerán a sus hijos, y viceversa. Con la desaparición de la propiedad privada y de la familia, los gobernantes se verán libres de cualquier tendencia egoísta. En uno de los más célebres pasajes, Adimanto le pregunta a Sócrates si los gobernantes podrán en estas circunstancias ser felices, o si serán más bien como mercenarios. Éste responde que no se debe mirar la felicidad de los gobernantes, sino la de la ciudad entera, subordinando así el interés privado al público.

El comunismo de Platón es un comunismo de inspiración ética o, mejor aún, política, no económica. Un comunismo “por razón de Estado”, limitado a las clases superiores.

3.- EL POLÍTICO

En esta obra, Platón se pregunta qué es un político, e intenta determinar sus funciones. Para clasificar a los gobernantes se debe atender a los que tienen el conocimiento, poseen el arte de gobernar; y a los que no lo poseen. Los primeros son los únicos capaces de gobernar correctamente la sociedad.

En una ciudad gobernada por sabios carece de significación todo derecho positivo. Los magistrados decidirán en cada caso particular lo que exija la justicia según las circunstancias, sin atarse mediante leyes generales, necesariamente rígidas. En régimen de la ciudad perfecta es la arbitrariedad de un despotismo ilustrado. Sin embargo, del optimismo que le embarga en la *República*, va acercándose más a las comunidades empíricas en sus diálogos de madurez y vejez (*El Político* y *Las Leyes*), fruto del desengaño de sus experiencias en Sicilia.

Platón comenzó afirmando que el gobernante podría hacer caso omiso de las leyes. Pero esta afirmación, que parece legitimar todo ejercicio del poder, debe matizarse. Para Platón, los auténticos gobernantes son los sujetos que saben cuanto ha de saberse sobre el arte de gobernar y no precisan de la ley porque su actuación siempre es correcta. Aunque contravengan la voluntad popular; como titulares del conocimiento frente a quienes lo ignoran, actúan correctamente. Y esta afirmación no contradice la tesis anterior de que el gobernante brinda sus cuidados con el consentimiento del pueblo, porque dicho consentimiento debe interpretarse no como algo que los súbditos ya han aprovechado expresamente, sino como algo que consentirían.

Consciente de la imperfección de los hombres, admite ahora Platón la necesidad de fijar los principios de gobierno en las leyes positivas de carácter general, que han de nutrirse de la experiencia colectiva plasmada en la costumbre y en la tradición. Reconoce la razón de ser de la familia y de la propiedad privada, aunque manteniendo sobre ambos una estrecha vigilancia. Propugna una rigurosa distribución de la propiedad que impida los excesos de riqueza y de pobreza, factores de discordia civil. La educación de los ciudadanos seguirá controlada y continúan excluidos de la ciudadanía activa.

En *El Político* se advierte claramente cuánto le costó a Platón el tránsito desde la arbitrariedad, a la vez justa y flexible, del gobernante hasta una legalidad que en el mejor de los casos es un sucedáneo, cuya rigidez tropieza contra la multiformidad de las situaciones por regular.

4.- “LAS LEYES”: LA FORMA DE GOBIERNO MIXTA

“*Las leyes*” es la obra de senectud de Platón; es la más extensa y no se limita a cuestiones políticas. Platón ya no intenta formular un **Estado ideal**, sino **el mejor de los Estados** que pueden existir en la práctica. Para ello presenta una colonia cretense imaginaria, Magnesia, que describe como una comunidad privilegiada con una situación geográfica óptima, unos ciudadanos virtuosos y unas instituciones económicas correctas. Platón cambia de criterio respecto a su obra anterior y acepta tanto la familia como la propiedad privada -controlando su cuantía-, aunque mantiene que idealmente sería preferible la supresión de ambas instituciones. En función de la riqueza acumulada -dentro de los baremos admitidos-, existen cuatro clases sociales y la pertenencia a cada una de ellas posibilita una forma u otra de participación política.

En este Estado, la ley es soberana y todos, gobernantes y gobernados, están sometidos a ella. En suma, la legislación se ha convertido en el mecanismo que garantiza la existencia de una comunidad libre, sabia y estimada por sí misma. Platón presenta en “*Las leyes*” un sistema que combina las formas de la monarquía y la democracia, en la creencia de que así se logrará la máxima estabilidad.

Al final del texto, Platón contempla un **Consejo nocturno**, integrado por los diez legisladores más viejos. Dotados de un nivel superior de conocimiento, estudian e interpretan las leyes a la vez que prescriben sus modificaciones.

5) TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO

Dos clasificaciones distintas:

- a) En *La República* (libros VIII y IX). Todas ellas tienen su equivalente en otras tantas modalidades de la psicología individual

1°.- El primero es la **Monarquía** o **Aristocracia**: gobierno de los sabios, aristocracia del espíritu. Forma pura de gobierno por la que se inclina, en la que los gobernantes orientan sus acciones desde la idea del Bien y no existe la injusticia. El poder supremo se puede confiar a uno solo o asistido por un pequeño grupo. A la ciudad perfecta le corresponde en la esfera individual el hombre *justo*.

Pero esta forma óptima no puede mantenerse indefinidamente, llega un momento en que los llamados a ser gobernantes o magistrados descuidan su educación y se convierten en indignos de ese cargo, más atentos a su propio interés que al de la ciudad.

2°.- En ese momento se desvanece el Estado ideal y se instaura la **timocracia**, forma en la que los guardianes detentan el poder, oprimen a los inferiores y se enriquecen. En ese régimen, la máxima recompensa son los honores. Se caracteriza por la ambición de honores, espíritu belicoso y corresponde en lo individual con el hombre *orgullosos*, sediento de honores y distinciones.

3°.- Los guardianes se enriquecen y el régimen degenera en **oligarquía** o gobierno de los ricos, que vincula el poder a la fortuna, y ejercen el poder sobre una muchedumbre empobrecida. El máximo valor es la riqueza. Corresponde al *avaro*.

4°.- La injusticia generada lleva a los pobres a sublevarse y a acabar con los oligarcas; entonces aparece la **democracia**, el gobierno de la multitud, que aspira a la igualdad absoluta, que aspira a borrar las diferencias, incluso las naturales y legítimas. A juicio de Platón, este régimen es injusto porque el pueblo no está preparado para ejercer correctamente el poder -no ha recibido la educación adecuada para ello-. Se trata de una democracia turbulenta, que tiene su correspondencia en el hombre *despreocupado*. 5°La extrema libertad autoriza todo tipo de desmanes y el desprecio a las leyes degenera en la **anarquía**.

6°.- Pero todo exceso busca el extremo contrario y, así, a la democracia -tras un período de anarquía- la sucede la **tiranía**, porque el exceso de libertad no trae otra cosa que el exceso de esclavitud. El desorden es aprovechado por un sujeto audaz que se encarama al poder y lo pone al servicio de sus apetencias. El tirano, que ejerce el poder sin sujeciones, lleva al pueblo a la ruina. Tiene su equivalencia en el hombre *violento*.

- b) La clasificación de las formas de gobierno en *El Político* resulta de la conjugación de dos criterios complementarios: el primero, cuantitativo, toma en consideración el número de los que participan directamente en el

gobierno; el otro, cualitativo, tiene en cuenta el hecho de que se gobierne con arreglo a las leyes o campee la ilegalidad.

-Hay tres formas LEGÍTIMAS:

- la monarquía o realeza,
- la aristocracia

-la democracia moderada, según gobierne uno solo, una minoría selecta (prácticamente, los ricos) o el conjunto de los ciudadanos.

- Y tres formas ILEGÍTIMAS:

- la tiranía,
- la oligarquía
- la democracia turbulenta.

La **influencia** de Platón en el pensamiento político occidental ha sido notable y sus tesis han sido constantemente revisadas.

- Su Teoría ha dejado huella por su idealismo ético y su sentido religioso. Vid. San Agustín, que incorporó a la concepción cristiana del mundo la teoría de las ideas. Muchos han visto en su construcción el lugar ideal donde la vida humana podría tener asiento.

- Otros, sin embargo, como Karl Popper en *La sociedad abierta y sus enemigos*, le vieron como el defensor de una sociedad cerrada, clasista e inmovilista.

1.3.2. ARISTÓTELES (384-322 a.C.)

--REALISMO

--TEORÍA DE LA JUSTICIA

-Justicia

- 1) *Distributiva*
- 2) *Correctiva o sinalagmática*
 - a) *Conmutativa*
 - b) *Judicial*

1) *Natural*

-Justo:

2) *Legal*

-Equidad

- **FILOSOFÍA POLÍTICA**

-Hombre como animal político

- Origen de la *polis*

-Teoría de la esclavitud

- **LA LEY**

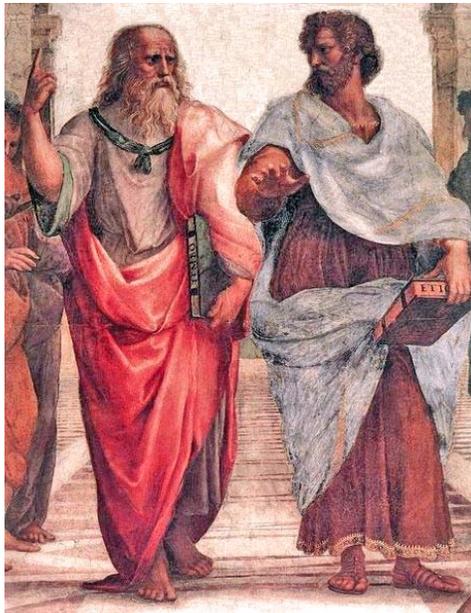
- **TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO**

- **INFLUENCIA POSTERIOR** (en S. Tomás)

BIOGRAFÍA

Aristóteles nació en Estagira el 384 a.C. Sus progenitores procedían de dos familias de médicos. A los diecisiete años inició sus estudios en la *Academia* donde permaneció veinte años como discípulo de Platón. En el 347 tuvo que abandonar Atenas por motivos políticos. En el 343-342 le invitó el rey Filipo a que se encargase de la educación de su hijo Alejandro. Tres años más tarde, la serle confiada a Alejandro la administración del reino, tuvo que dar por terminadas las lecciones. Es sabido que en materia política hubo divergencias entre el maestro y el discípulo. Alejandro era partidario de la unificación de los griegos y bárbaros bajo un cetro común y de su fusión cultural, mientras que Aristóteles sostuvo su separación. En el año 335 Aristóteles fundó el *Liceo*. La independencia doctrinal de Aristóteles frente a las enseñanzas de Platón justificaba la fundación del nuevo centro. Murió a los sesenta y tres años. Su obra se extendió a todos los terrenos del conocimiento; muchas materias le deben su actual denominación.

Sus obras principales son la *Ética a Nicómaco*, la *República de los Atenienses* y *La Política*.



1. REALISMO

Al intransigente idealismo ético de Platón y sus síntesis intelectuales de altos vuelos, opone Aristóteles el realismo de un moderado término medio y un espíritu analítico apegado a los hechos. Parece que los escritos que se han conservado de uno y otro son de características más divergentes.

El método de Aristóteles en su investigación política es fundamentalmente inductivo y proviene de la experiencia que obtuvo al recopilar ciento cincuenta y ocho constituciones del mundo antiguo, de las cuales sólo se conserva la de Atenas. También se fundamenta en los principios desarrollados en la *Metafísica* y en la *Ética*.

La ética no es para Aristóteles una ciencia, sino una sabiduría práctica encaminada a la acción; la concibe como un análisis de la acción humana en el marco de convivencia en la *polis*. Para Aristóteles, toda actividad humana tiende a un fin, es decir, está orientada teleológicamente.

2. LA JUSTICIA

Aristóteles consagra el libro V de *La Política* a analizar los cambios de régimen y distingue entre aquellos cambios que conciernen al régimen, y que implican implantar otro en lugar del existente, y los que respetando la forma de gobierno suponen un cambio en la persona que detenta el poder.

La causa fundamental de las sublevaciones se encuentra en las **nociones de igualdad y desigualdad**: los que aspiran a la igualdad se sublevan si creen que siendo iguales, tienen menos que los que tienen más, y los que aspiran a la desigualdad y a la supremacía se revelan si, creyéndose desiguales, no ven reconocida esa situación.

-La justicia: es la igualdad entre iguales y la desigualdad entre desiguales.

-La justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro.

-Características: alteridad e igualdad.

(«el fuego brilla de la misma manera en Persia que en Grecia»).

- CLASIFICACIÓN DE LA JUSTICIA:

1) *Distributiva*:

Ordena las relaciones entre la sociedad y sus miembros.

Tiene por objeto el reparto de los honores y bienes de la comunidad, y exige que cada cual perciba una proporción

adecuada a sus méritos. Se postula igualdad de trato, pues siendo los méritos distintos también lo han de serlo los premios. Es una igualdad proporcional, “geométrica”

-Justicia

2) *Correctiva o sinalagmática:*

Ordena las relaciones entre los miembros entre sí.

No mira a las personas en primer término, sino a las cosas. Se mide impersonalmente el beneficio o el daño que las partes o sujetos puedan experimentar, es decir, las cosas y actos en su valor intrínseco. Es una proporción “aritmética”.

a) *Justicia conmutativa:* la voluntad de los interesados interviene como elemento principal

b) *Judicial:* se impone incluso contra la voluntad de uno de ellos, por decisión judicial

-Justo:

a) *Natural:* es aquello que siempre y en todas partes es tal, intrínsecamente, con independencia de la voluntad humana.

b) *Legal:* lo justo legítimo es aquello que en un principio era igual realizarlo de una manera o de otra; pero después que ha sido recogido por la ley ya no es indiferente sino obligatorio.

Del conflicto entre los preceptos jurídico-legales (positivos) y los jurídico-naturales no se deduce sin más su invalidez.

- EQUIDAD

La ley tiene un carácter universal y no puede prever todos los casos particulares, sino que es preciso adaptarla a los mismos. De ahí, una tensión entre la generalidad abstracta de la ley y la singularidad concreta de los casos reales. Tampoco puede tener en cuenta la variabilidad de las circunstancias en que habrán de ejercitarse las acciones. Por esto es necesaria la equidad, que se distingue por su flexibilidad, corrigiendo y templando la firmeza y la estabilidad que caracterizan a la ley.

La equidad es la adaptación de la fórmula legal genérica a las exigencias de la vida, en aras de la justicia natural.

3.- FILOSOFÍA POLÍTICA (*La Política*)

3.1. ORIGEN DE LA POLIS

Aristóteles cree que el fin natural del hombre es la **felicidad**, y ésta sólo es posible en el marco de la *polis*, y el hombre que vive fuera de ella es una bestia o un dios. El hombre es animal político: fuera de la *polis* sólo cabe imaginar a un superhombre o a un infrahombre.

Para Aristóteles, el Estado, la *polis*, es la forma suprema de organización social y tiene su origen en la naturaleza. Afirma el carácter natural de la *polis*. La capacidad de hablar (logos) permite a los hombres decir lo que es bueno y malo, justo e injusto, y, por tanto, relacionarse entre sí. De esa capacidad de relación, de ese carácter social, surgen las comunidades humanas (el hombre como ser social por naturaleza).

Pero de entre ellas es preciso saber cuál es la mejor y la más perfecta, aquella hacia la que todas las restantes tienden y se subordinan. Los instintos guían a los hombres a asociarse entre sí. Así surge **la familia**, que es la asociación mínima establecida por la naturaleza para satisfacer las necesidades más elementales. El paso siguiente es la unión de varias familias en una **aldea**, para satisfacer necesidades más complejas, como una protección más eficaz contra los demás hombres y las bestias. Por último, de la asociación de varias aldeas surge **la ciudad, polis**, forma perfecta y autosuficiente de asociación humana, que se orienta no a la satisfacción de las necesidades, sino a la vida buena.

Sobre esta base constituye la polis la comunidad de hombres libres aptos para realizar una vida humana auténtica y perfecta. Su principio es la justicia; su vínculo fundamental, la amistad. Cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad hay de justicia, mientras que aun siendo justos necesitan además de la amistad.

La concepción aristotélica de la polis no difiere esencialmente de la de Platón. También Aristóteles propugna una absorbente regulación de la esfera que hoy llamaríamos privada, por ejemplo, en materia de educación y demografía, para mantener a la población en un ethos comunitario y dentro y dentro de límites que impidan su excesivo aumento. Comparte con Platón el menosprecio del trabajo manual y del comercio, considerados como ocupaciones inferiores e impropias del verdadero ciudadano. Se aleja, por el contrario, de su espíritu de gerontocracia, por cuanto la vejez, lejos de implicar de suyo una superior sabiduría, puede fácilmente significar un anquilosamiento espiritual: “lo mismo que hay una vejez del cuerpo, la hay también de la mente”.

3.2. LA ESCLAVITUD

La comunidad familiar abarca, además de las relaciones entre los cónyuges y las paterno-filiales, las del amo con el esclavo. Aristóteles (como Platón) acepta la esclavitud como una institución natural.

La esclavitud se justifica por la supuesta incapacidad de ciertos hombres para

governarse a sí mismos: la consecuencia es que han de someterse al gobierno de otro, no sólo en interés de éste sino en el propio.

Hay hombres que nacen libres, y otros, esclavos, por naturaleza. Aristóteles defendió el carácter natural de la esclavitud. La antítesis entre lo superior y lo inferior se encuentra en todas las partes en la naturaleza: entre el alma y el cuerpo, entre la razón y el apetito, entre el hombre y los animales, y cuando esto es así es ventaja para ambos que uno dirija al otro. La naturaleza tiende a producir una distinción del mismo orden entre los hombres haciéndolos a unos robustos para trabajar y a los otros aptos para la vida política. Así, ciertos hombres son por naturaleza libres y otros esclavos. También alega la necesidad económica: el esclavo es un instrumento animado, imprescindible para manejar los instrumentos inanimados en la producción de bienes. También se precisan para el servicio personal. Independientemente del estado de la técnica, subsistiría la esclavitud, por fundarse en la naturaleza.

No obstante, Aristóteles admite una esclavitud contra naturaleza, la que nace del derecho de la guerra. Es decir, reconoce que hay esclavos que sólo son tales por ley o convención y no por naturaleza. VG. Muchos de los que cayeron en dicho estado por cautiverio en la guerra.

Por otra parte, declara ilícita la esclavitud entre los griegos, ya que los griegos son por naturaleza libres y señores de los bárbaros. Bárbaro y esclavo son términos sinónimos. Finalmente, la afirmación inicial de la desigualdad natural entre el hombre libre y esclavo se atenúa en el pensamiento aristotélico, por cuanto admite que el esclavo no carece de cierto grado de razón.

4. LA LEY

La ley, escrita o no escrita, que surge de una experiencia colectiva, es intrínsecamente superior a cualquier decisión de un individuo, por esclarecido y sabio que sea. La ley, por “ser la razón desprovista de pasión”, ha de llegar a ser en la sociedad política, la suprema autoridad. En el Derecho de la ciudad hay elementos permanentes y naturales junto a otros, convencionales y mutables. Aristóteles reconcilia el *nomos* y la *physis*.

5.- LAS FORMAS DE GOBIERNO

Aristóteles presenta una tipología en función de dos criterios:

- 1º) **Cuantitativo**: se refiere a quienes gobiernan, si uno, unos pocos o muchos;
- 2º) **Cualitativo**: a cómo lo hacen, si en función del interés propio o del bien común.

Tres formas correctas:	monarquía, aristocracia y democracia moderada
Tres formas desviadas:	tiranía, oligarquía y democracia turbulenta

6. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO IDEAL

En los libros VII y VIII de *La Política*, Aristóteles señala las características que a su juicio, debe tener el Estado ideal. De nuevo aparece su noción del término medio: el territorio deberá ser lo bastante grande para producir lo que la población necesita, pero abarcable con la vista; la población no debe ser ni escasa ni demasiado numerosa, de modo que los ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades sin problemas y se conozcan entre sí. Una **organización ideal** debe **integrar**: a) labradores que suministren alimentos, b) artesanos, c) soldados que la defiendan, d) comerciantes, e) sacerdotes, f) jueces y magistrados.

Los ciudadanos no deben asumir todas las funciones. Aristóteles considera que las labores agrícolas y de manufactura corresponden a esclavos y obreros. Tampoco los comerciantes pertenecen a la categoría de ciudadanos. Los ciudadanos sólo deben ocuparse de la defensa, el culto y el gobierno de la ciudad. Por sus condiciones particulares, cada ciudadano se inclinará hacia una de las tres ocupaciones, pero ello puede ocasionar fricciones entre ellos porque, por ejemplo, a los guerreros puede impacientarles detectar únicamente el poder militar y no el político. Para solventar ese inconveniente señala que las personas ejercerán las diferentes funciones en diferentes períodos de su vida: primero serán soldados, luego consejeros, en la vejez, sacerdotes. Esta organización nos demuestra que Aristóteles circunscribe la noción de "vivir bien" a los ciudadanos, sin extenderlo al resto de la población.

Por último, Aristóteles trata de la educación idónea para ese Estado ideal. Considera que los ciudadanos deben ser educados de forma similar, de modo que puedan obedecer y mandar de manera alternativa. Para él, la instrucción, de la que evidentemente están excluidas las clases inferiores, debe dirigirse a formar hombres buenos y virtuosos, porque la ciudad dependerá de su virtud ésta sólo se consigue en función de la virtud de cada uno de sus ciudadanos.

7. INFLUENCIA POSTERIOR

Su filosofía jurídica y política desempeñó escaso papel en el período helenístico y Romano. Pero con el correr de los siglos irá tomando nuevo valor. El aristotelismo, adoptado por árabes y judíos, pasó a Occidente a través de traducciones latinas indirectas (gracias a la Escuela de Toledo), hasta ser conocido directamente y se impuso en el siglo XIII, en la Escolástica (Santo Tomás).

----**PERIODO HELENÍSTICO**: crisis de la *polis*.

3. PERIODO HELENÍSTICO-ROMANO

CASO PRÁCTICO - BEBÉS DE DISEÑO¹

La Doctora Eleanor Frankenstein es una experta en ingeniería genética. Como parte de un programa de pruebas genéticas prenatales, puesto en marcha por el servicio de salud del gobierno, se le ha encomendado la tarea de discernir entre aquellos genes que son beneficiosos y aquellos otros que no lo son tanto.

El programa de la Doctora Frankenstein es muy ambicioso. Para empezar tiene la intención de eliminar todas las enfermedades y discapacidades graves –en las sociedades modernas no hay lugar para los enfermos-. Hoy en día, ya no existe justificación alguna para seguir trayendo al mundo personas discapacitadas. En lugar de ello, se introducirán mejoras que permitirán aumentar la esperanza de vida y se favorecerán aquellos genes que contribuyan a incrementar la fortaleza, la virilidad y muchas otras cosas, entre ellas la propia inteligencia. A partir de un menú de “genes de diseño”, los padres podrán elegir no sólo el color de los ojos, sino incluso el de la piel, así como la altura, la estructura ósea y otras cosas más, utilizando como guía orientativa un conjunto de “plantillas” de bebés, basadas en gente famosa. Con objeto de cumplir los requisitos establecidos por el Ministerio del Interior, se fomentarán aquellas características que tengan mayor utilidad social, como la honradez, el respeto a los demás y el buen carácter. Asimismo, para satisfacer al Ministerio de Minorías, se creará un servicio de conservación de defectos, gracias al cual las parejas que así lo deseen podrán eliminar algunas de las mejoras, eligiendo por ejemplo un hijo que nazca con asma y tenga muy mal carácter. O uno que sea sordo, si lo prefieren. Siempre y cuando esas características se hallen presentes en el embrión original, se tratará tan sólo de elegir.

El propio Platón ya era partidario de realizar experimentos de crianza. El “programa de reproducción” de Platón se esboza en el libro V, apartado 468 de *La República*. Todo se hará de una forma muy democrática. Pero aun así, el párroco no las tiene todas consigo. Si bien algunos defectos de los embriones pueden corregirse, otros muchos acaban conduciendo a la eliminación de un bebé en potencia.

- Seleccionar y escoger entre los bebés es una tarea que le corresponde a Dios, no al Estado- ruge furibundo desde el púlpito.

¿Es eso cierto? ¿Cuál es su opinión al respecto?

¹ Texto extraído de: COHEN, Martin, *101 Dilemas éticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2004.

BEBÉPRESTO²

La empresa Bebépresto ha abierto una sucursal en la calle más elegante de la ciudad para ofrecer un nuevo servicio de fertilidad a los ocupadísimos profesionales de tan esplendorosa ciudad. Ya el primer día, las colas para los servicios de embriología y fertilización llegan hasta la calle. Las parejas sólo tienen que pasarse por la mañana a dejar unos gametos, y Bebépresto se ocupa de todo lo demás, hasta producir en una probeta un pequeño embrión genéticamente perfecto que, a gusto de la señora, puede serle implantado o guardarse hasta que llegue un momento más oportuno. Bueno, no parece que haya nada de malo en esto, ¿no?

Otro de los servicios de Bebépresto, que en este caso se comercializa bajo el slogan “demasiado pijas para empujar”, son los bebés plenamente desarrollados. Las parejas tienen la opción de hacer que el embrión se implante en una de las expertas “madres de alquiler” que Bebépresto tiene en plantilla (en algún país extranjero, por lo general), para que sean ellas las que se encarguen del niño durante los nueve meses de embarazo. De hecho, algunas de sus clínicas disponen incluso de una nueva técnica de ectogénesis, mediante la cual los embriones son implantados en una placenta artificial, donde se les administra una dieta especial de “Alimentos Bebépresto”, provista de todos los nutrientes adecuados, hasta que el bebé ya está listo.

Desde un punto de vista sanitario, esta técnica posee numerosas ventajas, algo que los anuncios de Bebépresto no se cansan de señalar:

“Bebés fuertes y sanos”

“Reducción de alergias”

“Disminución del riesgo de cáncer”

O, como dicen los anunciantes menos escrupulosos:

¡“Mamás;

Seguid fumando

Seguid bebiendo

Decid adiós a la gimnasia”.

Para los clientes de vida más sana existe otro folleto, encabezado con la frase “¡Siga practicando deportes acuáticos peligrosos!”, que dice lo siguiente:

“Por sólo 1.000 dólares al mes, podrá seguir llevando el ritmo de vida que a usted más le gusta, con la seguridad de que la infancia de su hijo está en buenas manos.

² Texto extraído de: COHEN, Martín, *101 Dilemas éticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2004.

Recuerde, usted se ocupa de su cuerpo, nosotros del de su hijo”

Algunas personas (hombres en su mayoría) piensan que, al no seguir el procedimiento de maternidad tradicional, algo se pierde, y añoran el anticuado sistema que seguían las mujeres para quedarse embarazadas. Pero, en realidad, nadie está muy seguro de que realmente se pierda algo, e incluso aceptando que así sea, si se trata de algo importante.

La campaña en pro del sistema tradicional de tener hijos dura poco, y las ventajas que para la salud tienen las nuevas técnicas resultan cada vez más patentes. Los especialistas de Bebépresto: puede que no sea natural, pero, ¿acaso no es un ejemplo más de cómo los adelantos de la vida moderna mejoran los procedimientos de la naturaleza? ¿Considera que deben aprovecharse los avances de la ciencia sin verse afectados por cuestiones éticas?

TEMA 2

**EL PENSAMIENTO ROMANO Y LA
PATRÍSTICA**

TEMA 2 - EL PENSAMIENTO ROMANO Y LA PATRÍSTICA

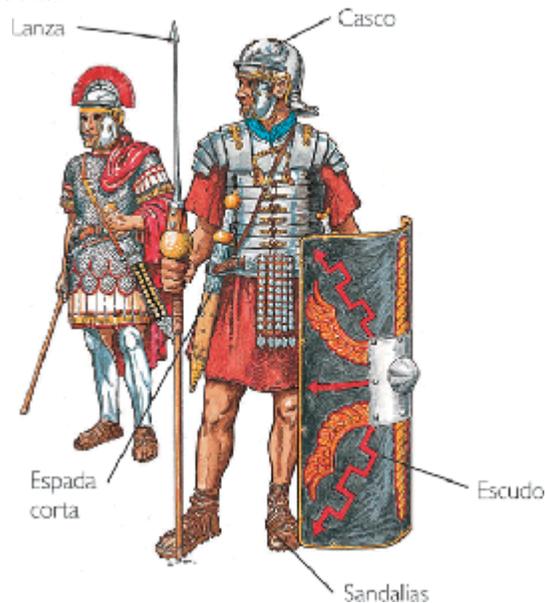
2.1.EL DERECHO ROMANO

Los griegos estaban más dotados para la filosofía. Los romanos, para el Derecho (*ius*).

LA HISTORIA DE ROMA (Cuadro cronológico orientativo)

- Hacia el 750 a. J.C.: Latinos y sabinos se establecen junto al Tíber, en la zona que después ocupará Roma.
- Hacia el 750-510 a. J.C.: Los etruscos fundan en ese primer asentamiento una ciudad a la que llamaron Roma. Período de los 7 Reyes de Roma. **MONARQUÍA.**
- 510 a. J.C.: Roma se independiza de los etruscos. **REPÚBLICA.**
- 272 a. J.C.: Roma termina la conquista de Italia.
- Guerras Púnicas contra Cartago (Aníbal): 1ª. 264-241; 2ª. 218-201; 3ª. 149-146 a. J.C.
- Hacia el 200 a. J.C.: Roma se adueña del Mediterráneo occidental.
- El 146 a. J.C.: Roma conquista Grecia y poco después empiezan graves problemas internos en la República.
- El año 44 a. J.C.: Asesinato de Julio César.
- El año 27 a. J.C.: Augusto obtiene el Principado. **IMPERIO.**
- Hacia el 180 d. J.C.: Comienza la decadencia.
- El 284 d. J.C.: Es elegido emperador Diocleciano. **TETRARQUIA.**
- El 313 d. J.C.: Edicto de Milán. **IMPERIO CRISTIANO.**
- El 395 d. J.C.: **División del Imperio:** Oriente y Occidente.
- El 476 d. J.C.: Odoacro (jefe de los hérulos) se apodera de Roma.
FIN del IMPERIO de OCCIDENTE.

Durante los doce siglos de historia romana se pasó de unos centenares de individuos a los **200 millones** de habitantes que se calculan para fines del Imperio. Multitud de transformaciones se sucedieron en tan largo período de tiempo y entre ellas una clara evolución política y social.



La vida de los primitivos romanos estuvo muy influida por la religión, y las leyes no escaparon a esta influencia. En un principio se siguió la costumbre establecida, hasta que en el s.V a. J.C. se publicaron las **Leyes de las XII Tablas**. Desde el Imperio las leyes estuvieron concebidas como un conjunto de recetas para aplicar (con prudencia) en cada caso, pero fueron aumentando de tal forma que se vio la necesidad de una ordenación.

a) La expansión territorial

La constante ampliación del territorio aumentó los problemas y las necesidades. El Derecho (una de las grandes creaciones de Roma) reflejó entonces las nuevas situaciones, al mismo tiempo que se recibían influencias helénicas y orientales. El **Derecho Romano** fue la base del Estado romano y de su posterior expansión. Detrás de las legiones iban indefectiblemente el arado y el Derecho.

Imaginemos por un momento el conglomerado de pueblos que formaban el Imperio romano en su máxima extensión: *iberos, galos, oscos, umbros, latinos, griegos, dálmatas, dacios, asiáticos, sirios, palestinos, egipcios, nómidas*, etc.

El Derecho Romano fue capaz de unificar tantas naciones, haciendo de ellas una sola con un exquisito respeto por las costumbres particulares de cada país. Cuando en el siglo I d. C. quieren azotar a un ciudadano romano llamado *Pablo de Tarso*, éste se defiende diciendo que es ciudadano romano y debe ser llevado a Roma para ser juzgado por el pretor; es juzgado, declarado inocente y puesto en libertad.

b) La organización jurídica

En Roma, en los tiempos más primitivos, el **pater familias** tenía autoridad absoluta en su hogar sobre la familia, constituida por su mujer, hijos y esclavos. No es correcto afirmar que las leyes familiares son un reflejo de las del Estado, sino todo lo contrario: El Derecho Romano tiene su origen en la institución familiar y el Estado se construye a imagen y semejanza de la familia.

En los tiempos **monárquicos** la **justicia** la administraba el rey. A partir del 509, los **cónsules**; más tarde, en el año 366, para descargar a estos últimos de esta obligación se crearon los **pretore**s. En principio eran dos, el *praetor urbanus*, que entendía en las causas en que al menos uno de los litigantes era ciudadano romano, y el *praetor peregrinus*, que entendía en litigios entre extranjeros.

En los primeros tiempos existía un derecho único por el que se regían todos los ciudadanos romanos. División tricotómica del Derecho (Ulpiano, Gayo, Papiniano):

- *Ius Civile*, que designaba el derecho propio de cada ciudad;
- *Ius gentium*, **Derecho Internacional**: Posteriormente Roma se extiende por el Mediterráneo y ha de regular sus relaciones con pueblos culturalmente mucho más antiguos. Corresponde al *praetor peregrinus* armonizar el Derecho Romano con el de estas gentes, mucho más antiguo y que Roma respeta. El Derecho de Gentes es el derecho propio de los hombres en sus relaciones recíprocas.
- *Ius Naturale*, el que la razón natural ha establecido entre todos los hombres, identificándolo con el derecho natural.

2.2. CRISTIANISMO

2.2.1. EL PENSAMIENTO POLÍTICO-SOCIAL CRISTIANO

El mensaje cristiano supuso una profunda revolución. Aunque se trata de un mensaje eminentemente religioso, de una doctrina de salvación, también en lo social, en lo político y en lo filosófico tuvo unas consecuencias de inmenso alcance.

No han faltado autores que consideran insignificante la influencia ejercida sobre la filosofía por el cristianismo, al entender que el cristianismo no hizo sino reflejar las inquietudes espirituales de la Antigüedad declinante. Con todo, la radical novedad de la perspectiva religiosa es la que dio lugar a una filosofía que podemos calificar de “cristiana”, es decir, un pensamiento que se despliega en el marco de las verdades cristianas aceptadas por la fe, y trata ante todo de fundamentarlas racionalmente. Si por definición, la filosofía, en cuanto tal, no es cristiana ni anticristiana, en el orden doctrinal, históricamente, en cambio, es indiscutible la acción de la revelación cristiana sobre la filosofía.

En el mundo romano, frente a una evidente prosperidad material, la situación religiosa era decadente. La religión romana había quedado reducida a prácticas externas, a la que recientemente se había añadido el culto al emperador, una actitud que chocará con la de los cristianos y su negativa al culto imperial. Había que venerar a unos dioses porque convenía que fuesen favorables, pero esa actitud no influía en la vida de los romanos. Era un acto más de fidelidad al Estado, que podía coincidir perfectamente con la inmoralidad y la injusticia.

El mensaje cristiano nos dice que a Dios no le es indiferente el hombre; el Dios único y creador se ha abajado hasta tomar la naturaleza humana y morir por todos y cada uno de los hombres. **Dios entra**, pues, **en la historia** de una forma inimaginable. Los filósofos griegos despreciaban la historia por considerarla como el ámbito de lo mudable y contingente, de lo inestable. Para los cristianos, en cambio, un hecho histórico: una persona concreta y unos determinados sucesos, son el dato crucial para el hombre y para el cosmos: la encarnación, muerte y resurrección de Jesucristo. Todo lo demás tiene importancia en relación con esto. El Amor de Dios por los hombres debe ser correspondido por éstos, amando a Dios sobre todas las cosas y a los demás hombres sin excepción; aquí, y sólo aquí, se halla la felicidad. Ni Sócrates, ni Platón, ni Aristóteles pudieron comprenderlo plenamente.

La perspectiva cristiana aporta algunas NOVEDADES, entre las que podemos destacar:

- 1) Idea de Dios: al cristiano le falta el sentido de autosuficiencia y autonomía (propio de los cínicos y cirenaicos). Hay una dependencia absoluta de todo con respecto a Dios;
- 2) Interioridad del sujeto: la creación del hombre “a imagen y semejanza de Dios” le presta, con todo, un reflejo del resplandor divino. Por ello, el hombre va a tener también una intrínseca dignidad. El cristianismo supera la antropología griega clásica, que absorbió al hombre en la naturaleza o en la sociedad, exteriorizando al máximo su existencia.
- 3) Filiación divina de los hombres, que se va matizando progresivamente: en el Antiguo testamento, para el hebreo Dios era ante todo, señor, poder; en el Nuevo Testamento, el amor es el atributo divino por excelencia.
- 4) Amor cristiano al prójimo: la idea de la filiación divina de los hombres da lugar al amor cristiano al prójimo. El precepto de amar al prójimo como a uno mismo deriva del de amar a Dios sobre todas las cosas. La humanidad se convierte en una persona moral. Aparece la conciencia de un destino único de la humanidad como persona moral reflejada en el drama de la caída y la rendición del linaje humano.

Aunque el cristianismo, por estar en otro plano, no supuso una ruptura con la herencia política antigua, y de hecho los cristianos la asumieron en gran parte, como, por ejemplo, la concepción de la ley natural, sin embargo introdujo un elemento, importantísimo, de **universalidad**: el anuncio de que **todos los hombres forman una única familia**: la de los hijos de Dios. Estableció, pues, una unidad espiritual sin fronteras ni marginaciones: «No hay judío o griego, no hay siervo o libre, no hay varón o mujer, porque todos sois uno en Cristo Jesús» (Gálatas 3, 28). Contrasta, pues, con las discriminaciones platónicas y aristotélicas con respecto a la ciudadanía: las de los esclavos, mujeres, artesanos, etc.

Aunque en el mundo antiguo ya existía el concepto de universalidad, se trataba siempre de un concepto limitado. En el mundo griego podía significar el conjunto de hombres libres en la confederación de ciudades griegas, excluyendo, por supuesto los bárbaros, y en el mundo romano el conjunto pueblos anexionados al Imperio. Sólo el cristianismo afirma, como gran novedad, una universalidad que abarca a la humanidad entera, y le da una justificación trascendente: **la igualdad esencial de hombres, consecuencia de su igual dignidad** esencial: la de ser hijos de un mismo Padre y, por tanto hermanos entre sí. Y esta idéntica igualdad esencial es la que justifica la universalidad de la ley natural.

5. Necesidad de una sociedad religiosa, la Iglesia, distinta de la sociedad civil: el

cristianismo no desprecia el mundo, sino que lo trasciende y supera en el espíritu. El mundo, para el cristiano, es el simple escenario de esa prueba. Se diferencia un poder temporal distinto del poder civil. La ciudad antigua era a la vez Estado e Iglesia, comunidad total de vida que abarcaba en su seno a la religión como parte de la política. El cristianismo, por el contrario, confía la dirección de la vida espiritual del hombre a una sociedad constituida por el vínculo mismo de la fe. El monismo político de la Antigüedad pagana se convierte en dualismo. La índole puramente espiritual del vínculo religioso, que da su impronta a la sociedad eclesiástica, era nuevo con respecto a la Antigüedad.

Puesto que el hombre tiene un destino eterno -de felicidad plena en su unión con Dios, en el cielo- y es en esta tierra donde ha de prepararlo determinarlo libremente, se desprende, como consecuencia, que **el Estado no tiene derecho a pretender abarcar todos los aspectos de la vida humana**. El **totalitarismo** político y el poder ilimitado del Estado antiguo debían ceder, por tanto, ante una concepción del hombre que, como acertadamente comprendió el emperador Marco Aurelio, perseguidor de los cristianos, sustraía al ciudadano de su ilimitada obligación con respecto al Estado y le reconocía, independientemente de él, unos derechos individuales. Esta concepción cristiana, **limitadora del poder político**, ha tenido una marcada e importante repercusión en el pensamiento y realidad política del mundo occidental.

Al mismo tiempo que el cristianismo, para salvaguardar la necesaria autonomía de la persona, pone límites a la acción y poder del Estado, le reconoce y proclama su legítima competencia en la amplia gama de temas que hacen referencia a la organización civil y política de la sociedad (lo temporal, en contraposición a lo eterno). Las manifestaciones del Nuevo Testamento en este sentido son numerosísimas; quizás la más conocida sea la que los tres evangelios sinópticos recogen directamente de Jesucristo «Pues dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios» (Mateo 22, 21; Marcos 12, 17; Lucas 20, 25). Puede ser también interesante transcribir otros fragmentos, como los siguientes: «Todos habéis de estar sometidos a las autoridades superiores, que no hay autoridad sino por Dios» «Pagad a todos los que debáis: a quien tributo, tributo; a quien aduana, aduana; a quien temor, temor; a quien honor, honor» (Romanos 13, 1 y 7).

El cristianismo introduce una **doble pertenencia** del hombre. Si, por un lado, es ciudadano del Estado con los correspondientes derechos y obligaciones, por el otro es miembro de la Iglesia, lo que le supone, asimismo, otros derechos y obligaciones. Esta doble pertenencia no ofreció problemas de tipo institucional mientras la existencia de la Iglesia no fue aceptada por los poderes públicos. El problema era para los cristianos, que frecuentemente tenían que optar, con heroísmo, ante solicitudes incompatibles de las esferas civil y religiosa.

Es con el emperador **Constantino, con el Edicto de Milán del año 313**, y más todavía a partir de 380, en que se implanta el cristianismo como **religión oficial**, cuando

aparece el problema institucional, de esferas de **competencia, entre Iglesia y Estado**, así como conflictos frecuentes entre jurisdicciones. Desde entonces, la dependencia dual del hombre ha originado el que las relaciones entre las jerarquías civil y eclesiástica hayan atravesado fases muy diversas: desde la coordinación pacífica y armoniosa hasta la enemistad declarada, pasando por épocas en que una u otra jerarquía ha dominado sobre la otra; lo más frecuente, a lo largo de la historia, ha sido la lucha por que se garantizase a la Iglesia la necesaria autonomía. Al mismo tiempo, hay que reconocer también que la obligación de un príncipe cristiano de proteger a la Iglesia, y en concreto la de favorecer el mantenimiento de la pureza de la fe y su propagación, originó en algunas ocasiones coacciones y abusos, injustificables tanto desde un punto de vista humano como cristiano.

Entre los autores de los cinco primeros siglos de la era cristiana que tienen relación con el tema que nos ocupa, cabe mencionar a **San Ambrosio, San Agustín, y al papa San Gregorio Magno**, aun cuando el más importante, como autor, y el más conocido, sea San Agustín, (San Ambrosio, obispo de Milán, fue maestro de San Agustín).

2.2.2. II. EL MENSAJE EVANGÉLICO

La idea de Derecho es extraña en el Evangelio que anuncia una realidad mística, el reino de Dios, que no se rige por normas de coexistencia, ni está compuesto por instituciones jurídicas. La ausencia en el cristianismo de los primeros tiempos de una idea del derecho, de una organización institucional de la sociedad y de una regulación normativa de las relaciones intersubjetivas puede parecer contradicha por el uso frecuente que en el Nuevo Testamento se hace de los términos “justo” y “justicia”.

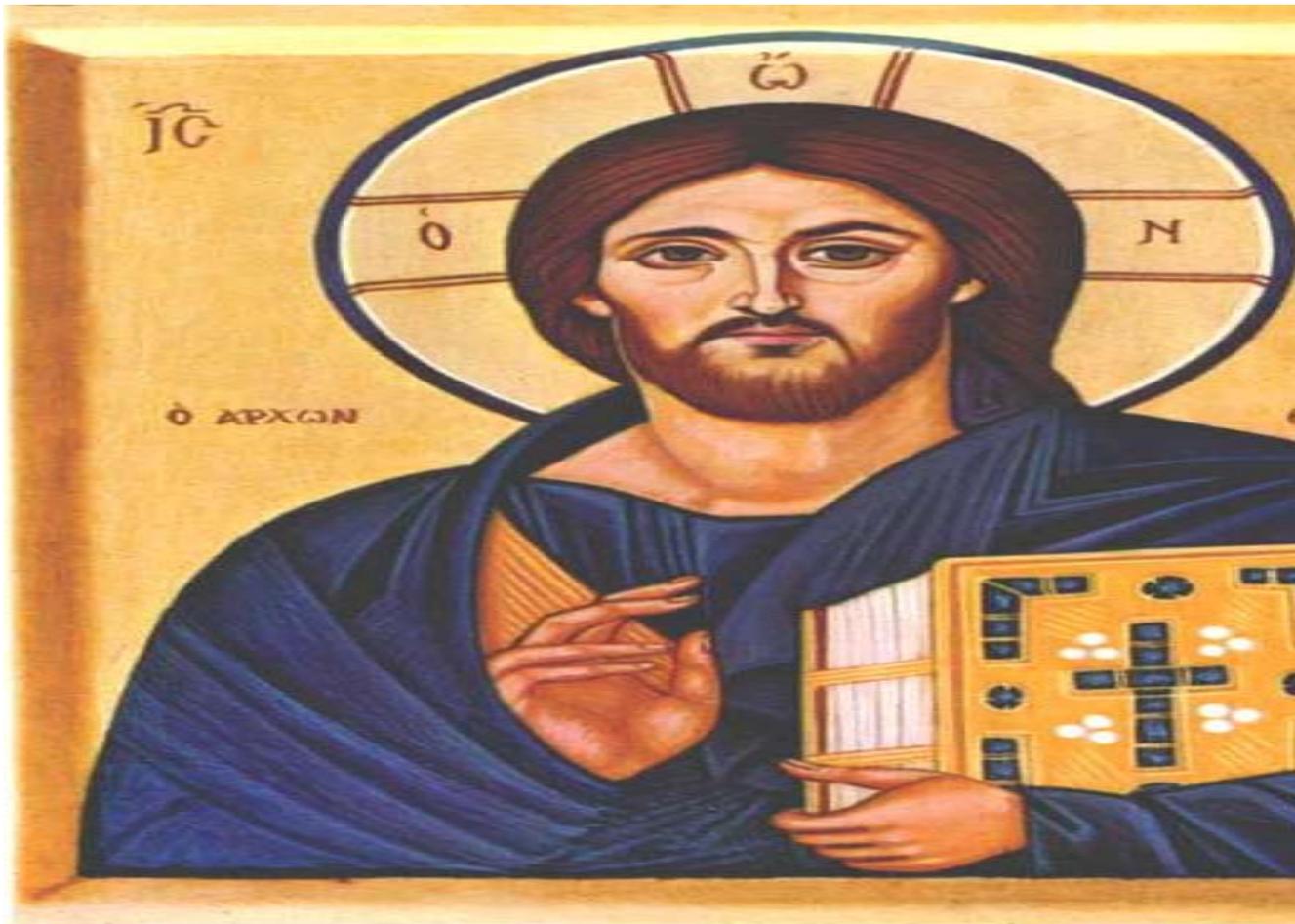
1. El Reino de Dios tiene sus valores propios, que no son los del mundo: allí los últimos podrán ser los primeros y viceversa. Vg. El episodio de las tentaciones en el desierto ilustra el doble plano en que se mueve el reino de la tierra y el de la gloria. La predicación de Cristo es ante todo anuncio y preparación del “Reino de Dios”. Ante la grandeza de ese cometido del espíritu, carecen de auténtico valor los cuidados meramente terrenales. Ello explica porqué Jesús se dirige con preferencia a los humildes, a los pobres, a los angustiados, a los que sufren; porque cuanto menos inmersos se encuentren en los negocios temporales, estarán en mejores condiciones para oír y entender la palabra de Dios.

2. El Reino de Dios no tiene carácter político, aún cuando haya de influir sobre la política. Frente a las esperanzas de restauración del pueblo judío, se presenta un Reino especial: no encuadrado por el espacio y por el tiempo, sino extendido en la eternidad; no fundado en la dominación, sino en la comunión; no integrado por la subordinación sino por la participación; no existente primariamente en actos externos sino viviendo originariamente en la intimidad de cada uno; y no mantenido por el poder sino por la autoridad que se identifica en el servicio a la comunidad. Se trata de un reino salvador,

pero cuya fórmula salvadora no consiste en una renovación política, sino en una revolución religiosa y moral que transfigure la sociedad espacio-temporal.

La justicia será la adhesión interior al precepto divino, aceptación gozosa de lo que impone. Vg. Bienaventurados los que tiene hambre y sed de justicia porque ellos serán saciados. Características: reciprocidad: hagamos con los demás lo que queremos que los demás hagan con nosotros. Pero la justicia evangélica va más allá de la justicia natural de las Bienaventuranzas y demás exhortaciones: se trata de amar a los enemigos, de poner la otra mejilla. Por tanto, se trata de una justicia no-natural, en el sentido de sobrenatural.

3. Dimensión social del mensaje evangélico: el cristianismo no desemboca en un sentimiento antisocial. El poder político es legítimo en su esfera y procede de Dios. En caso de conflicto se obedecerá antes a dios que a los hombres. El derecho humano queda así limitado por el derecho divino y es preciso que ceda ante él, siendo la consecuencia eventual del conflicto el martirio.



2.3. PATRÍSTICA

El primer periodo de la filosofía cristiana –que va desde el siglo II al VIII- se suele llamar de la *Patrística* porque fueron llamados “Padres de la iglesia” los escritores cristianos de aquellos siglos que elaboraron doctrinas teológicas y filosóficas fundamentales para el patrimonio cultural del cristianismo, y que a menudo la iglesia hizo suyas de forma oficial.

En los Padres de la iglesia no hay distinción formal entre filosofía y teología.

--Perseguían:

- formulación del dogma cristiano frente a una serie de herejías, algunas graves como el gnosticismo, el maniqueísmo, el arrianismo
- Imponer un contraste de las propias doctrinas con las del judaísmo y religiones y filosofías de la Antigüedad grecorromana.

--Por la lengua en que escribieron se dividen en:

- Padres y escritores griegos (S. Irineo, Orígenes, Eusebio de Cesárea), más nutridos de la cultura griega, son más especulativos, ocupándose preferentemente de las cuestiones más arduas y elevadas de la teología;
- Padres y autores cristianos latinos u occidentales (Tertuliano, S. Cipriano, Lactancio, S. Ambrosio, S. Jerónimo, S. Agustín), familiarizados con el derecho romano, sienten una mayor inclinación por las cuestiones prácticas, políticas y sociales.

No se puede encontrar en ellos una doctrina sistemáticamente desarrollada acerca del derecho y la sociedad. Los Padres se refirieron a problemas particulares, incidentalmente, en el curso de sus escritos. Ocupan el centro de su interés el del derecho natural y el del origen y fundamento del poder político.

2.4. SAN AGUSTÍN DE HIPONA (354-430)

--- **TEORÍA DE LA LEY:** ley eterna: “ratio divina vel voluntas Dei”
 ley natural
 ley temporal o humana

--- PENSAMIENTO FILOSÓFICO-SOCIAL-TEOLÓGICO

- a) perspectiva filosófico-social
- b) Perspectiva teológico-histórica
 - *Civitas Dei - Civitas coelestis // Civitas terrena – Civitas diaboli*

--- JUSTICIA

- a) Justicia plena o verdadera
- b) Justicia menos plena

--- TEORÍA DEL GOBERNANTE PERFECTO

--- TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA

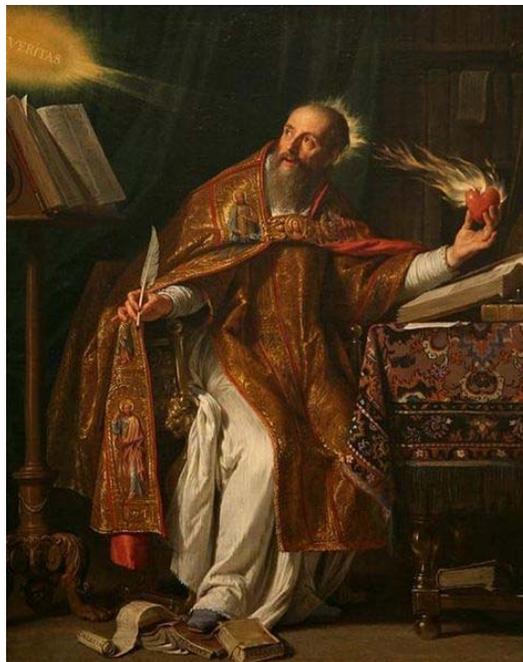
Tres condiciones de la guerra justa:

1. Deshacer una *iniuria*
2. Sólo está permitido hasta la finalidad de restaurar el derecho
3. El beligerante justo ha de tener recta intención

2.4.1. BIOGRAFÍA

San Agustín, el más grande pensador de su época, nació en Tagaste (Numidia) en el año 354, hijo de padre pagano y madre cristiana. Aunque fue formado por su madre--Santa Mónica--en el cristianismo, inicialmente sus postulados no le convencieron. Tuvo una juventud muy agitada, como explica en sus *Confesiones*, singular autobiografía de sus primeros años.

A los veintiún años se hizo miembro de la secta de los maniqueos³, que abandonó diez años después para acercarse, en Roma y Milán (año 384)-donde ocupó la cátedra de retórica-, al escepticismo. La obra de Plotino le introdujo en las doctrinas neoplatónicas. Finalmente la conjunción de las teorías neoplatónicas la lectura del Viejo y el Nuevo Testamento y la relación con San Ambrosio le determinan a convertirse al cristianismo en el 386, recibiendo el bautismo de manos de San Ambrosio. Abandona a su familia y es ordenado sacerdote. Vuelve a África en 392, donde es ordenado sacerdote, y en 396 es nombrado obispo de Hipona, cargo en el que permanece hasta su muerte en 430 mientras los vándalos asedian la ciudad.



Retrato de Philippe de Champaigne , siglo XVII.

³ La herejía **maniquea** afirmaba la existencia en el universo de dos principios antagónicos, con igual realidad metafísica: **el bien y el mal**.

San Agustín es un hombre de emociones encontradas incansable y apasionado. Como señala en las *Confesiones*, «con una increíble pasión de mi corazón yo deseaba ardientemente la inmortalidad de la sabiduría». Así se comprenden sus sucesivas conversiones y el ahínco con que defendió en cada momento las creencias que entonces profesaba. Entre sus más de quinientos escritos destacan *De vera religione* (390-391), *De libero arbitrio* (388-395), *De genesi contra Manicheus* (388-389) y su obra fundamental *De civitate Dei* (413-426).

San Agustín vive en un mundo convulso que ve desmoronarse principios que parecían inamovibles. Mientras que el cristianismo vivía un momento de gran desarrollo -tras el Edicto de Milán (313) y el Concilio de Nicea (325)-, el Imperio romano iba perdiendo su anterior esplendor. El saqueo de Roma por las huestes de Alarico en el 410 demostró su estado real de debilidad y motivó una alarma generalizada. Los paganos atribuyeron la catástrofe a las doctrinas cristianas y al culto a un Dios erróneo. Sus acusaciones inducen a Agustín a escribir *La ciudad de Dios*.

Esta obra, en la que invirtió trece años, es una obra desmesurada («magnum opus et arduum») llena de digresiones y rodeos que se ocupa de muchos temas sin resolverlos todos de modo indubitado lo que ha posibilitado fundar en ella teorías de muy diverso calibre. Se divide en veintidós libros ordenados en dos partes. En la primera censura las tesis paganas que ven en el culto politeísta el presupuesto de la prosperidad terrena o del acceso a otra vida futura. La segunda, como señala el propio Agustín al iniciar el libro XI, «trata del origen de las dos ciudades la terrena y la celestial; de su desarrollo y de sus fines».

En realidad Agustín de Hipona no es un teórico político en sentido estricto. Pero ello no obsta para que su influencia posterior en las construcciones políticas sea enorme. Su obra se convierte en la máxima referencia de la Edad Media anterior a Santo Tomás de Aquino; da lugar a lo que se ha denominado el «agustinismo político». Muchos pasajes de *La ciudad de Dios* se utilizaron como argumento de los partidarios de la preeminencia de la Iglesia aunque también los invocarán las construcciones seculares (así Carlomagno fue un lector asiduo de *La ciudad de Dios*).

2.4.2. TEORÍA DE LA LEY:

San Agustín incorpora al cristianismo la teoría platónica de las ideas, haciendo de éstas los modelos eternos de las cosas en la mente divina.

--Su dualismo se refleja en:

- Situación de S. Agustín: Místico // Obispo
Reino de Dios// mundo

Fe// Ley
Gracia// naturaleza

-LEY ETERNA: “la razón divina y la voluntad de Dios -“*ratio divina vel voluntas Dei*”- que manda respetar el orden natural y prohíbe perturbarlo.

Controversia:

-Razón: de ella participa el hombre, es menos cambiante (intelectualistas)

- Voluntad. Más relativa, variable, más difícil la participación del hombre (voluntaristas)

-LEY NATURAL: la participación de la criatura racional en el orden eterno del universo, referido ahora a un Dios personal y trascendente.

- LEY TEMPORAL o HUMANA: aquellas leyes humanas que pueden variar a tenor de las exigencias históricas, como variarán las formas de gobierno.

- Concilia la inmutabilidad de la ley terna y natural con la mutabilidad del derecho positivo.
- Limita el ámbito jurídico-positivo con respecto a lo ético y lo jurídico-natural: El legislador humano no ha de considerar como misión suya el imponer todo lo que la ley eterna impone, ni tampoco prohibir todo lo que ésta prohíbe. Su finalidad esencial consiste en asegurar la paz y el orden en la sociedad, para que los hombres puedan realizar convenientemente su fin temporal y eterno.

2.4.3. PENSAMIENTO FILOSÓFICO-SOCIAL-TEOLÓGICO

A) PERSPECTIVA FILOSÓFICO-SOCIAL

Profesa un pesimismo antropológico que le conduce a acentuar los efectos del pecado original en el sentido de una corrupción de la naturaleza misma. Perdida su integridad original, sólo débilmente puede la naturaleza racional servir de norma de acción. De ahí que S. Agustín subraye la necesidad de su estrecha subsunción en la ley divina revelada, y también, que acentúe el papel coercitivo y represivo del derecho humano en la vida concreta de la sociedad.

Lucha contra la herejía de *Pelagio*: absoluta libertad de la voluntad del hombre, bondad de la naturaleza humana no corrompida por el pecado, posibilidad de obrar bien y de salvarse sin necesidad de la gracia divina. Por el contrario, para San Agustín, desde Adán, el hombre es pecador.

Su filosofía social y política arranca del principio aristotélico de la sociabilidad natural del hombre (familia, ciudad). Sin embargo, es consciente de la insuficiencia de la naturaleza abandonada a sus solas fuerzas y su necesidad de perfección por la sobrenaturaleza, a la que está ordenada. Esta insuficiencia es sentida por San Agustín con mayor angustia que la que nos presentará S. Tomás.

B) PERSPECTIVA TEOLÓGICO-HISTÓRICA

- Civitas Dei - Civitas coelestis // Civitas terrena – Civitas diaboli

La Ciudad de Dios

Entre los años 413 y 426 San Agustín compone su gran obra, ***La Ciudad de Dios***, escrita con el propósito de refutar las acusaciones que se hacen al cristianismo de haber sido la causa de la decadencia del Imperio y, en particular, de la caída de Roma en 410 en manos de los godos.

La teología política de Agustín se fundamenta en la distinción entre dos ciudades: la *civitas dei* o *civitas coelestis* y la *civitas terrena* o *civitas diaboli*. Las dos ciudades representan dos opciones antagónicas e irreconciliables: «La una predestinada a vivir siempre con Dios; la otra a sufrir castigo eterno con el diablo.» Cada una deriva de un amor: la celestial del amor a Dios llevado hasta el desprecio de sí mismo; la terrena del amor por uno mismo llevado hasta el desprecio de Dios. Esta teoría ya se encontraba en algunos Padres de la Iglesia anteriores e incluso en filósofos romanos pero él la configura en su totalidad.

Para Agustín, por culpa del pecado original los hombres nacen en la ciudad terrenal. Pero esa minusvalía puede ser subsanada. Debemos tener presente que para el de Hipona el hombre es *imago* de Dios y reconoce una imagen de Dios en él: se trata desde luego de una imagen distante que no participa de la sustancia de Dios pero entre todas las cosas de la naturaleza creadas por Dios es la más próxima. Por tanto hacia Aquel de quien es reflejo va a orientarse. Esta inclinación se manifiesta en su existencia en esa ciudad terrena. Aunque nace en ella por la mácula del pecado original no está condenado a estancarse en su opacidad. Puede por la progresiva perfección llegar a ser bueno y espiritual; aun en su existencia terrena de los goces de la otra ciudad ser miembro de ambas. Su relación con la ciudad de Dios hace de este hombre virtuoso, un “peregrino” en la ciudad terrestre (la idea del peregrinaje la resulta muy grata a Agustín). De acuerdo con el propósito que ha formulado al iniciar la obra Agustín explica el origen evolución y finalidad de las dos ciudades. No contempla un reino celestial que surja tras el fin del reino de la tierra. Las dos ciudades coexisten desde el origen de los tiempos como se deduce de sus respectivos fundadores: Caín de la terrestre y Abel, el primer peregrino.

En este libro trata de la existencia de **dos ciudades: la ciudad terrena y la ciudad de Dios**, que son dos instituciones o realidades materiales dos conceptos de carácter espiritual. Tanto a nivel personal como a nivel social puede afirmarse la

presencia de las dos ciudades. **La ciudad terrena**, dominio del mal, está constituida por el conjunto de intereses y solicitudes centrados alrededor del cuerpo, de lo material, mientras que **la ciudad de Dios** lo está por los intereses eternos, por los intereses del alma. Desde el punto de vista social considera dos ciudadanías según predominen en la persona unos intereses u otros. «Dos amores construido dos ciudades, el amor propio llevado hasta el desprecio de Dios: la ciudad de la tierra, el amor de Dios llevado hasta el desprecio de sí mismo: la ciudad de Dios. Una se glorifica en sí, la otra en el Señor... Aquélla se entrega a su pasión dominio... Esta nos muestra a ciudadanos unidos por la caridad sirviéndose mutuamente los unos a los otros, a gobernantes benéficos, a súbditos obedientes» (Libro XIV, cap. 23).

Como es patente en las líneas transcritas, San Agustín no identifica las dos ciudades a ninguna institución existente; los ciudadanos de ambas estarán mezclados hasta el final de los tiempos. Aun cuando considera que la Iglesia cristiana es representación de la ciudad de Dios, aclara que no se deben sacar conclusiones generalizadoras: un político puede, por ejemplo, pertenecer a la ciudad de Dios y un dignatario de la Iglesia a la ciudad terrena. Sólo en el día del Juicio Final se manifestarán claramente las adscripciones.

Puesto que los ciudadanos de ambas ciudades tienen que vivir entremezclados, será preciso que concuerden en algo que haga posible la convivencia, ese algo no puede ser otra cosa que el deseo de paz, con la cual unos y otros podrán dedicarse a buscar mejor sus propios intereses. De aquí **se origina la necesidad del Estado**, cuya principal función será precisamente la de **imponer la paz necesaria**. El Estado no es, por tanto, para San Agustín, como lo era para los antiguos griegos, una consecuencia de la virtud, sino del vicio; una necesidad derivada del pecado y, simultáneamente, un remedio parcial para el mismo; un mal menor que evita el que los hombres se destruyan entre sí.



Se han formulado varias interpretaciones sobre el significado y relación entre ambas ciudades. En especial se ha querido identificar la Iglesia con la ciudad celeste y el Estado con la terrena. Esta teoría conocerá un notable éxito en la Edad Media pero no creemos que se corresponda con las claves de los textos agustinianos. Las ciudades que Agustín describe son ciudades espirituales --él define sucintamente la ciudad como congregación de hombres que reconocen unas creencias comunes-- que no tienen un correlativo exacto con la Iglesia ni con el Estado. Es cierto que en ocasiones identifica a la Iglesia con la ciudad de Dios pero no es ése su propósito. Para él la Iglesia visible no se corresponde con la ciudad invisible como se desprende del hecho de que un hombre puede pertenecer a la Iglesia pero si su conducta se rige por el amor a sí mismo no tiene la condición de miembro de la ciudad celeste. Los miembros de ambas ciudades coexisten. No se puede ni se podrá saber con propiedad quién pertenece a cada ciudad hasta que tenga lugar el Juicio Final en el que se producirá la definitiva selección entre elegidos y condenados.

En realidad el papel de la Iglesia debe reconducirse a la condición de representante de la ciudad de Dios que actúa en su nombre pero no se identifica. Es el vehículo que hace a los hombres ciudadanos de ambas ciudades.

2.4.4. JUSTICIA

S. Agustín: sin la justicia, los reinos no son otra cosa que grandes latrocinios.

Maneja un doble concepto de justicia:

- Verdadera justicia. Sólo se da en el cristianismo
- Justicia menos plena: asegura un *minimum* de moralidad. Faltando ésta, la ciudad no se distingue de una cuadrilla de malhechores.

Es particularmente significativa de su pensamiento la siguiente anécdota que toma de la vida de Alejandro Magno: se llevó a su presencia a un pirata para que lo juzgase, y cuando le preguntó por qué se dedicaba a la piratería, éste le contestó: “por la misma razón que tú pretendes apoderarte de la tierra, pero como yo lo hago con un pequeña se me llama ladrón, mientras que a ti, que lo haces con una gran flota, se te llama emperador”.

Demasiadas veces ha faltado en los pueblos esta justicia mínima. De nuevo tenemos la incidencia de la realidad en la idea, y la tendencia a subsumir lo natural en lo sobrenatural.

2.4.5. GOBERNANTE CRISTIANO

Agustín perfila cómo debe ser el gobernante del Estado cristiano en una exposición que servirá de modelo para futuros textos medievales (en especial los *Espejos para príncipes*) destinados a los gobernantes. Pone como ejemplos a Constantino y Teodosio.

El gobernante perfecto será, por consiguiente, el gobernante cristiano. Es sabida la veneración de Carlomagno por esa semblanza y se ha dicho que su teoría del sacro Romano Imperio se basó en la Ciudad de Dios.

Sin embargo, no siempre ha sido entendido el pensamiento agustiniano en toda su complejidad. El “agustinismo político” se ha interpretado teocráticamente, como una defensa de la jurisdicción directa de la iglesia en lo temporal. Respecto de la **relación entre las dos instituciones, Iglesia y Estado**, debe ser de independencia soberana en sus respectivos planos y de una disposición de colaboración sincera entre ambas. Así, por ejemplo, el Estado debe proteger a la Iglesia contra sus enemigos y la Iglesia debe ser una escuela de civismo y lealtad política.

El Estado cuidará de los intereses materiales y la Iglesia de los espirituales. No obstante la Iglesia se sitúa en un plano superior debido a su propia finalidad: el Estado es una situación provisional que desaparecerá tras el Juicio Final. La Iglesia, aun sin identificarla con la ciudad de Dios, la representa. El *Apocalipsis* (20.4): “(...) y sentáronse en ellos y fieles dado el poder de juzgar”. Esa posibilidad de dictar sentencias es la que se considera se corresponden a las del Juicio Final. Ello ha sido interpretado por diferentes teólogos como el otorgamiento de plenitud de poderes a la Iglesia para atar y desatar. Sin embargo, esta interpretación no puede encontrarse en ninguno de los escritos de San Agustín.

2.4.6. TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA

Tres condiciones de la guerra justa:

1. Deshacer una *iniuria*
2. Sólo está permitido hasta la finalidad de restaurar el derecho
3. El beligerante justo ha de tener recta intención

---DECADENCIA DEL IMPERIO ROMANO

SIGLOS V y VI

San Agustín vivió justamente en el periodo en que se disuelve el Imperio Romano de occidente, y en sus territorios comienzan a instalarse, de forma permanente, las poblaciones germánicas.

Los bárbaros arrollaron las instituciones políticas romanas y supusieron un gran quebranto para la cultura latina. A pesar de esto, surge algún pensador, en estos siglos culturalmente oscuros. Casi siempre son eclesiásticos que buscan la inspiración en los textos clásicos y patrísticos (puestos a salvo y conservados en los monasterios) o que trataba de compilar textos para el estudio en las escuelas de clero.

SIGLO IX

El restablecimiento, llevado a cabo por Carlomagno, de unas condiciones de vida pacíficas y seguras y la reorganización política de territorios de Europa occidental, favoreció, en el siglo IX, el florecimiento de la cultura.

SIGLOS POSTERIORES AL IX

La Filosofía cristiana de estos años –principalmente entre el siglo XII y XIV- se llama *Escolástica*, tomando su nombre de las escuelas de filosofía y teología que se empezaba a desarrollar junto a las ya existentes de artes liberales en la Edad Media.

- Método de la escolástica (cerca de la controversia judicial):
 - *Lectio*: Comentario a textos filosóficos y teológicos
 - *Disputatio*: Planteamiento de una serie de problemas (*quaestiones*) con textos a favor de una tesis, discusión pública. Las pruebas aducidas estaban reforzadas por textos autorizados.
 - *Conclusio*: juicio final.

- ANEXO: EL DERECHO ANTE LA RELIGIÓN: PLURALISMO Y MULTICULTURALIDAD- ISLAM

- LA POLÍTICA INTERCULTURAL

MULTICULTURALIDAD: ALGUNAS NOTAS DEFINITORIAS

. GLOBALIZACIÓN: UN PROCESO IRREVERSIBLE
. MIGRACIONES INTERNACIONALES COMO UN PROCESO DE MULTICULTURALIDAD

. DIFERENCIACIÓN ENTRE MULTICULTURALISMO Y PLURALISMO (G. SARTORI): CIUDADANO Y CONTRA-CIUDADANO

. TRES TIPOS DE SUJETOS:

- A) PORTADORES DE LA MULTICULTURALIDAD
- B) GESTORES DE LA MULTICULTURALIDAD
- C) INVESTIGADORES DE LA MULTICULTURALIDAD

. MULTICULTURALIDAD: PROCESO CUYO CONTROL ESTÁ EN MANOS DE UN NÚMERO AMPLIO DE GESTORES MULTICULTURALES. EL PRINCIPAL: EL ESTADO

. GRAN PARADOJA DE NUESTRA ÉPOCA: EL PROCESO DE MULTICULTURALIDAD NOS OBLIGA A CONTRADECIR NUESTROS VALORES

DOS EJES:

- A) MULTICULTURALIDAD CONTRA LIBERALISMO (AUTONOMÍA Y DAÑO)
- B) MULTICULTURALIDAD CONTRA DEMOCRACIA: PENETRACIÓN PAULATINA DE VALORES ANTIDEMOCRÁTICOS:
 - INSEGURIDAD FÍSICA
 - DESAPARICIÓN DE NUESTRA IDENTIDAD

POLÍTICAS PARA GESTIONAR EL PROCESO DE MULTICULTURALIDAD

- . Globalización: un proceso irreversible
- . Migraciones internacionales como un proceso de multiculturalidad
- . Diferenciación entre multiculturalismo y pluralismo (G. Sartori): ciudadano y contra-ciudadano
- . Tres tipos de sujetos: a) portadores de la multiculturalidad
b) Gestores de la multiculturalidad
c) Investigadores de la multiculturalidad
- . Multiculturalidad: proceso cuyo control está en manos de un número amplio de gestores multiculturales. El principal: el Estado
- . Gran paradoja de nuestra época: el proceso de multiculturalidad nos obliga a contradecir nuestros valores

Dos ejes: a) multiculturalidad contra liberalismo (autonomía y daño)
b) multiculturalidad contra democracia: penetración paulatina de valores antidemocráticos:

- inseguridad física
- desaparición de nuestra identidad

. **Dos niveles básicos:**

- 1) Nivel de acceso a nuestras fronteras
- 2) Nivel de coexistencia

1) **Nivel de acceso:** Fronteras abiertas/Fronteras cerradas

¿Quiénes entran? Criterios culturales, económicos, históricos, lingüísticos

¿Cuántos entran? Listas de cupos, factores demográficos, sistema de libertades

. La multiculturalidad tiene una influencia de cambio sobre nuestras sociedades

. El cambio es inevitable. De lo que se trata es de controlarlo

2) **Nivel de coexistencia:** Políticas de acomodación de la inmigración y de la ciudadanía

. Cómo se produce esa coexistencia entre inmigrantes, instituciones y ciudadanía

. Actores implicados: Asociaciones de Inmigrantes, ONG, partidos políticos, Administraciones públicas, Mediadores Interculturales

. La **MULTICULTURALIDAD** no es un ideal a alcanzar ni tampoco es la culpable de nuestros males. Es una **REALIDAD A GESTIONAR**.

. Inmigrante que llega a nuestro país encuentra **tres barreras**:

- psicológicas
- socio-económicas
- culturales-religiosas

. **Mediación intercultural**: modalidad de intervención de terceras partes en situaciones de multiculturalidad que procura:

- reconocimiento del otro
- comunicación entre las partes
- regulación de conflictos

. **Problemas que suscita la multiculturalidad**:

-¿Se trata de asimilar a las minorías, eliminando cualquier diferencia?

- ¿Integrar de manera subordinada, a través de la adaptación de la minoría a la posición mayoritaria?

- ¿Adaptar la cultura dominante a las nuevas realidades que llegan a los centros educativos, a los barrios, a las familias?

- ¿Qué ocurre entonces con las identidades y los valores de unos y otros?

- ¿Cómo se establecen los mínimos comunes para sostener una sociedad pluralista en la que las diversas culturas puedan convivir en igualdad y respeto mutuo, no mediante la recíproca e imposible ignorancia, sino siempre a través de la siempre complicada interacción mutua?

. **Elementos para tratar los conflictos multiculturales**:

-Percepciones: el encuentro en un mismo espacio de personas y grupos que se desconocen entre sí o que tienen un reconocimiento respectivo estereotipado y sesgado, trae consigo el manejo de informaciones y escalas de valores que utilizan distintos referentes no contrastados con la realidad.

Vg. La confusión entre árabe y musulmán o entre cristiano y blanco.

-Mentalidades: la confluencia de personas con distintas culturas, entendidas como modos de comprender al realidad y relacionarse con ella, a través de símbolos, códigos, canales de comunicación no compartidas con otros, y que necesitan ser explicados.

Vg. Hay pautas culturales de unos concebidas como bárbaras o peligrosas por los otros; igualmente, todos los colectivos que se asignan a una determinada cultura se asimilan a la acción de uno solo, incluso de algunos de sus componentes individuales.

Vg. “He conocido a un moro al que no le gusta trabajar (igual pasa a muchos “cristianos”) luego todos los moros, (=habitantes del norte de África, sin distinguir marroquíes de argelinos o árabes o bereberes) son unos vagos.

-Necesidades o intereses: el conflicto surge de la competencia por necesidades comunes a todos los grupos humanos –recursos y medios de subsistencia-, competencia agravada por el desconocimiento mutuo, que provoca una consideración de los objetivos de cada uno como incompatibles con los de los demás; Vg. “los otros quitan puestos de trabajo a los de aquí”; “el bienestar de aquí lo hemos conseguido nosotros, y ahora vienen los otros a disfrutarlo”; “los otros son los que cometen delitos y provocan inseguridad”; “los otros tienen costumbres peores que las nuestras”.

-Estructuras socio-económicas: Desigualdad entre los grupos con respecto al grado de poder de los mismos –la competencia por los recursos no se produce en condiciones idénticas, ya que la parte más fuerte tiende a imponer sus códigos y símbolos a la parte más débil-, lo que provoca la aparición de enfrentamientos solapados .

Vg. “Son los de fuera los que deben adaptarse a la sociedad que los acoge”; por otro lado, los efectos de la discriminación positiva también son fuente de problemas: “Las autoridades tratan mejor a los inmigrantes que a los nacionales, por ejemplo, a la hora de obtener un piso o atenderle en un hospital”.

. **Diversos tipos de conflictos** sobre los que se puede intervenir:

- 1) **Ámbito educativo/escolar:** derecho a la educación/libertad ideológica y religiosa (uso del velo) Respuestas para afrontar la diversidad: educación compensatoria, educación especial, programas de diversificación curricular, educación especial.
- 2) **Ámbito comunitario** (conflictos entre colectivos de vecinos e inmigrantes)
- 3) **Ámbito familiar:**
 - a) parejas mixtas
 - b) familias inmigradas de segunda generación

- c) experiencias de adopción internacional
- d) Familias de inmigrantes de minorías autóctonas (gitanos o ciertos grupos indígenas)

. Objetivos:

- Facilitar acercamiento entre la población inmigrante y los ciudadanos
- Informar sobre los recursos públicos y privados
- Configurar y desarrollar una red de apoyo
- Potenciar la presencia y participación individual y colectiva de los inmigrantes

CASO PRÁCTICO 1- CONFLICTO INTERCULTURAL: USO DEL VELO EN CENTRO EDUCATIVO

Una clase de segundo curso de la ESO en un colegio católico concertado. En esta aula hay 25 niños y niñas de una edad aproximada a los 13 años. “0 son españoles y 4 son extranjeros, hijos de inmigrantes. Se trata de un grupo de los que se imparte en un colegio concertado dirigido por una institución religiosa católica, cuyo ideario o carácter propio incluye la educación conforme a los principios de esa religión. Los niños y niñas tienen que acudir a clase vestidos con el uniforme indicado por el Centro.

De los 4 niños inmigrantes, 4 son marroquíes (una niña, Fátima, y un niño), otro niño es ruso y otra niña es cubana. En casa de todos se habla la lengua materna. La niña marroquí y el niño ruso tienen algunos problemas con la comprensión de la lengua castellana pues han llegado hace poco a España. Asisten a unas clases de español que imparte una profesora del colegio, fuera del horario de clases ordinario. En el colegio no se imparte ninguna clase especial que se refiera a la lengua o a la cultura de los países de procedencia de los alumnos inmigrantes.

La niña marroquí, Fátima, empezó en octubre a asistir a clase. Previamente había pasado el verano leyendo textos islámicos y acudiendo a la mezquita local. A mediados de noviembre decidió que no iba a llevar más el uniforme del colegio. En su lugar, iría a clase con el chador, una especie de hábito que le cubre todo el cuerpo, desde el cuello hasta la punta de los pies. El colegio se negó a aceptarla así. “La alumna no viene a clase porque ha decidido no llevar el uniforme y por tanto no sigue la política de esta institución. No se debe a problemas religiosos o de cualquier otra índole. Es como si alguien decidiera un día venir a clase en vaqueros en vez de con el uniforme”. Sus padres apoyan firmemente la decisión de Fátima. Se plantea un conflicto entre la libertad religiosa y el respeto a los principios constitucionales básicos, como el de la dignidad de la persona y la igualdad entre los sexos. No hay problema en cuanto a la obligación de cursar la asignatura de religión, pues el colegio la tiene como opcional y puede ser cursada la asignatura de Ética, que es la que viene cursando Fátima. Los padres alegan la libertad de conciencia de su hija que entiende que debe primar sobre el uso de uniforme del colegio.

El profesor de Educación física, ya desde el inicio del curso, se había venido quejando de las reiteradas excusas de Fátima para acudir a la clase de gimnasia, alegando que aportaría un certificado médico que la exoneraba de tal práctica y que nunca llegaba.

La directora del Centro, preocupada por esta situación entra en contacto con los padres después de que Fátima llevara una semana sin asistir a clase y sin alegar baja médica. Se pone en contacto con los padres para comentarles la situación. El padre, que está en situación irregular en España, se muestra en un principio muy reticente a

reunirse con la directora y discutir lo que considera “una intromisión en su cultura y en su religión”. La directora insiste y les explica que hay que encontrar una solución al caso porque de lo contrario tendrá que poner en conocimiento de las autoridades académicas la situación y que podría acabar teniendo consecuencias penales para los padres pues al ser la hija menor, son ellos los responsables de su derecho a la educación.

La directora del centro le plantea la posibilidad de reunirse y discutir el problema para ver si se consigue llegar a una solución. acudir a *Mediación*. Urge llegar a un acuerdo rápido para intentar resolver la situación. Fátima es una niña responsable, ha mostrado mucho interés por los estudios, incluso a pesar de sus dificultades con la lengua, y sería una pena que abandonara los estudios prematuramente.

Acuden a la reunión los padres, la hija, Fátima, y la directora del centro. Durante el desarrollo de la misma los *argumentos principales* que se van a exponer, por las dos partes, son los que siguen.

La directora recuerda al padre que, según nuestra Constitución, la escolarización obligatoria es un deber inexcusable para los padres y para las autoridades académicas. El propio Reglamento del Centro, aprobado contando con el consenso del AMPA, prohíbe el uso del chador. El padre argumenta que el uso del chador obedece al cumplimiento de un precepto religioso que posee para un creyente un valor más elevado que el cumplimiento de un deber meramente cívico. La directora le recuerda que la manifestación pública de las creencias religiosas no debe prevalecer sobre el respeto a los derechos humanos. Le explica que el uso de chador no es solamente una exhibición de creencias religiosas, como podría ser el hecho de llevar colgada una cruz al cuello, una estrella de David o una media luna. Es también una expresión de discriminación contra la mujer y de marginación a la que se le pretende someter en la vida social y cotidiana.

Para que los padres de Fátima entiendan que no debe usar el chador, al menos para ir a clase, en una cultura de acogida como la nuestra, la directora pone el ejemplo de qué les parecería que los polacos mandaran a sus niños a clase con un oso, o si los colombianos escolarizaran a sus niños con el traje nacional, el liqui-liqui. No se trata de que haya racismo ni talibanismo inverso ni intolerancia del más fuerte. Es un sentido ejemplar de la disciplina. Cita también la actitud del gobierno frente a los estudiantes e intelectuales del botellón del fin de semana. En nuestra cultura, el chador es entendido como un símbolo de discriminación sexual y puede hacerse extensivo a todo el cuerpo de la mujer, pues la mujer, en determinadas culturas, es o debe ser invisible, ya que en ella está el mal, el pecado, la enfermedad.

Los padres, por su parte, alegan la obligación del estado de facilitar la práctica de cualquier religión, pues estamos en un Estado aconfesional. Fátima no considera que llevar el pañuelo sea comparable a la moda del piercing o a la minifalda que lucen algunas de sus compañeras durante el fin de semana. Es un deseo de ella el llevar el

chador y no se trata simplemente de acatar la voluntad de sus padres. El padre alega el problema de xenofobia que ha apreciado en su barrio. La directora afirma que el coste de la integración lo están sufriendo los ciudadanos. En los colegios con inmigrantes, el nivel es más bajo que en los colegios donde no los hay. Una adecuada política intercultural implicaría gastarse dinero en profesores especializados en educación compensatoria, lo que actualmente no se hace.

La cuestión es si además de esas garantías en la igualdad en la educación y en los derechos políticos y sociales, el Estado debe garantizar también que los hijos de los inmigrantes “sean buenos musulmanes”, “buenos budistas” o “buenos judíos”. El estado y los gobiernos tienen que garantizar las libertades, la democracia y la igualdad de oportunidades. Hasta ahí es donde llegan las responsabilidades de los poderes pero ni más ni menos. Lo que no pueden reclamar es que el Estado les ponga los medios para que sean buenos musulmanes. A los inmigrantes hay que tratarlos como a individuos no como a bloques compactos de culturas.

La negación del derecho a la diferencia puede dar lugar a una sociedad totalitaria, pero la admisión de todas las formas de diferencia puede conducir también a la destrucción de los valores democráticos y liberales. Los inmigrantes no tienen sólo derechos sino que también tienen deberes y, entre ellos, el de respetar los principios morales y jurídicos fundamentales de la sociedad de acogida.

La directora pide pues que Fátima se reincorpore inmediatamente a las clases, vistiendo el uniforme preceptivo (que por otra parte, es bastante discreto como forma de vestir) y que acuda a las clases de educación Física, pues es una asignatura como otras, contempladas en el Programa curricular y por tanto, obligatoria.

El padre pide que Fátima pueda acudir a clase con el chador y que quede exonerada de las clases de Educación Física pues, conforme a su religión, no puede vestir el chandal pues deja adivinar las formas de su cuerpo. Objeta la impartición de determinadas disciplinas curriculares pues entiende que dicho contenido colisiona con las creencias religiosas y culturales de la familia, como es el caso de la asignatura de Biología. Pide también que las clases de natación, que empezarán en el mes de enero siguiente, las pueda realizar Fátima en otro horario distinto para no tener que coincidir con chicos. Si no es así, tendrá que optar por no escolarizar a su hija o por buscar a una profesora para que eduque a su hija en el hogar. Los padres se lamentan de que el colegio que les han asignado para Fátima sea un Centro que mantiene un ideario de una religión que no es la que profesan las familias.

CUESTIONES:

- 1. Enumere cuáles son los puntos conflictivos de esta situación.**
- 2. Señale qué medidas podrían solventar las diferencias en los puntos conflictivos señalados.**
- 3. Si fuera el Director/a del Centro escolar, ¿qué medidas adoptaría ante un conflicto de estas características?**

CASO PRÁCTICO 2- ÉTICA EN LOS NEGOCIOS EN LA CULTURA DE ARABIA SAUDITA⁴

En 1936, la Estándar Oil Company (SOCAL) de California encontró petróleo en Arabia Saudita y al siguiente año se fusionó con Texaco para formar Casoc –denominada ARAMCO en 1948-, una subsidiaria de propiedad conjunta con administradores estadounidenses. El petróleo de Arabia Saudita se convirtió, y sigue siendo, una necesidad económica para Estados Unidos. Sin embargo, los administradores de SOCAL y Texaco no estaban seguros de cuánto de la cultura Saudita debían aceptar o aprobar.

Arabia Saudita es la cuna del Islam, y sus sistemas legal, político y social, basados en la versión “sunní” del Islam, son vistos por los sauditas como inspiración divina. Para ellos, el Islam es la única fuente de moralidad. Sin embargo, esta moralidad no reconoce los derechos básicos como libertad de expresión, libertad de prensa, el derecho a voto, o el derecho a ser candidato a las elecciones. No reconoce el derecho a juicio con jurado; los crímenes se sentencian por jueces islámicos que basan sus decisiones en las enseñanzas del Islam. No reconoce la libertad de religión: todo habitante de Arabia Saudita debe ser musulmán bajo pena de muerte. El Islam trata a las mujeres de manera que los occidentales calificarían de discriminatoria. Las mujeres no pueden supervisar a los hombres; en público deben llevar un velo que les cubre todo el cuerpo, incluyendo la cabeza y la cara; deben tener el permiso del esposo o del padre para viajar, y deben ir acompañadas de un pariente masculino, además, deben subir a los camiones por la puerta trasera y sentarse en secciones designadas. Los hombres pueden tener hasta cuatro esposas, pero las mujeres sólo un esposo. Aunque los hombres tienen la posibilidad de divorciarse sin presentar una causa, las mujeres sólo pueden hacerlo si tienen alguna. Arabia Saudita no reconoce el derecho de sindicalización.

Los sauditas afirman, una y otra vez, que su moralidad no acepta el concepto occidental de los derechos humanos. Argumentan que el Islam establece las normas morales que las personas deben seguir, y fuera de éstas, los otros estándares morales no tienen validez.

CUESTIONES:

1. Los administradores de las compañías en Arabia Saudita, ¿deben acatar las normas sauditas que gobiernan el tratamiento de las mujeres? ¿Deben aceptar el rechazo cultural a reconocer los derechos humanos, o deben intentar iniciar una reforma? ¿Por qué?
2. Los administradores de las compañías, ¿deben poner objeciones a las prácticas que les parecen altamente inmorales, o deben aceptarlas sin decir nada?
3. En este caso, ¿Apoya el relativismo ético o sugiere que hay ciertas cosas que están mal de cualquier forma, o no es razonable ninguna de estas posiciones?

⁴ Texto extraído de: COHEN, Martin, *101 Dilemas éticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2004.

TEMA 3

LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA

TEMA 3 - LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA

3.1. LA ALTA EDAD MEDIA. EL FEUDALISMO

El medio milenio que va del siglo VI al XI es una época donde el pensamiento político queda como en suspenso. El quebrantamiento del Imperio por los pueblos bárbaros, y la atomización feudal dejan en la sombra el depósito cultural del mundo antiguo. Tiene que llegar el final del siglo XI, cuando se suscita la «*controversia de las investiduras*», entre el poder secular y el eclesiástico, para que se reinicie el interés por cuestiones políticas de carácter general.

Respecto a la organización feudal, hay que decir, en primer lugar, que es consecuencia del desorden y anarquía subsiguientes al derrumbamiento del mundo antiguo, que hacen imposible la existencia de agrupaciones políticas de cierta extensión. Se originan, en cambio, pequeñas comunidades rurales, de economía casi cerrada, compuestas normalmente de una fortaleza donde vive el señor y de una o un pequeño número de aldeas pertenecientes al feudo que se han puesto bajo la protección del señor y aportan o reciben tierras que trabajar. A su vez, un conjunto de estos señores feudales se han puesto también bajo la protección de un señor más poderoso, en una **relación de vasallaje**; así, mediante dos o más escalones, se llega al **rey, máximo señor feudal**.

Una nota destacada y muy característica de la organización feudal es su carácter de **contrato entre el señor y sus vasallos**; contrato que establece una relación personal y de prestación de servicios mutuos: por un lado, fundamentalmente, protección armada y administración de justicia, que otorga el señor asistido por el consejo de sus vasallos; por otro, diversos pagos y tributos, servicio militar y otros, pero siempre especificados y limitados.

Otra nota particularmente interesante del régimen feudal es que «el vasallo del vasallo no es vasallo de su señor», lo cual significaba que la lealtad y subordinación de un vasallo era para con su señor inmediato y que su relación con el rey quedaba más bien difuminada. Esta razón, así como el hecho de que no sólo se pudiese heredar la tierra u otros bienes inmuebles, sino también los cargos públicos, e incluso se pudiese litigar contra el rey, acudiendo a su Corte (consejo del rey y sus vasallos), hacían que el poder real estuviese en una situación de debilidad notoria si se compara con los absolutismos de la Edad Moderna.

Este tipo de organización, con variantes según las zonas, fue práctica común **en Europa hasta el siglo XII**, en que el auge de las ciudades comerciales fue cercando más

y más al feudalismo y haciéndole perder su justificación económica y política.

Aun cuando, como se dijo anteriormente, en estos siglos de la alta Edad Media, el pensamiento político quedó como en suspenso, no debe interpretarse con ello que desapareciera la idea de comunidad política con un conjunto de relaciones diferenciadas de las meramente contractuales y privadas; la idea de «*res publica*» pervivió, entremezclándose con las concepciones feudales, y, en no pequeña medida, esta combinación estuvo en el origen de las instituciones constitucionales de la baja Edad Media y las posteriores a la época absolutista de la Edad Moderna.

3.2. RELACIONES ENTRE EL PODER POLÍTICO Y EL ECLESIAÍSTICO

Desde los inicios de la predicación evangélica quedaba claramente establecida para todos los cristianos la distinción entre lo temporal y lo espiritual, con sus respectivas esferas de interés y autoridad. Quedaba también claro que ambas autoridades eran queridas por Dios y que, ejerciéndose sobre unas mismas personas, debían colaborar y prestarse apoyo una a otra. Sin embargo, cuando el Imperio Romano adoptó el cristianismo como religión oficial, el tema de las relaciones entre las autoridades secular y eclesiástica se convirtió en un problema práctico de enorme importancia tanto política como religiosa.

En el Imperio Romano de Oriente, en Bizancio, se evoluciona en seguida hacia el **cesaropapismo**, en el que el emperador, considerando su responsabilidad directa ante Dios de facilitar la salvación de sus súbditos, afirma su derecho a intervenir en importantes asuntos eclesiásticos, tanto doctrinales como jurisdiccionales: nombramiento y deposición de patriarcas y obispos, determinación de zonas eclesiásticas, regulación de relaciones entre comunidades religiosas, etc.

En Occidente, en cambio, las cosas van por otro camino. Los emperadores están lejos y son incapaces de mantener su autoridad política en Italia (Roma cae en poder de los bárbaros el 410); por otro lado, los papas reaccionan con firmeza ante los intentos de interferencia imperial en materias religiosas, y se esfuerzan por establecer una **distinción rigurosa entre los ámbitos secular y eclesiástico**.

En el año 800 otro rey de los francos, **Carlomagno**, es coronado por el papa como emperador del Sacro Imperio Romano, con lo que se rubrica la definitiva ruptura con Bizancio. Desde el comienzo del Sacro Imperio Romano, a pesar de la doctrina cristiana de los dos poderes, el Papado va adquiriendo un gran poder político y los emperadores tienden a actuar en forma cesaropapista, si bien los sucesores de Carlomagno no fueron realmente capaces de ello, al desmembrarse el Imperio.

En la segunda mitad del siglo XI se inicia una gran controversia, que se extenderá durante buena parte del siglo XII, con abundantes escritos polémicos, entre el

poder secular y el eclesiástico: «**la controversia de las investiduras**». Ésta se inició con el deseo del papa Gregorio VII de poner fin a la corrupción simoniaca en el nombramiento de cargos eclesiásticos, que frecuentemente podían ser comprados a los señores feudales. El papa prohibió que los gobernantes seculares intervinieran en la elección de los obispos (investiduras) y promulgó una serie de sanciones contra los infractores, con lo que se desencadenó la gran controversia, con interdictos sobre reyes, intentos de deposición del papa, etc., y numerosísimos escritos con argumentos a favor de una y otra parte.

3.3. SANTO TOMÁS DE AQUINO (1.224-1.274)



---TEORÍA DE LA LEY

1. Ley eterna
2. Ley natural
3. Ley humana

4. Ley divina

----TEORÍA DEL DERECHO

- Ley humana = Derecho Positivo (*ius civile* o *ius gentium*)
- Ley natural - *ius naturale* (Derecho natural)
- ética

El Derecho (natural o positivo) es objeto de la justicia

---TEORÍA DE LA JUSTICIA

- Justicia. Características: igualdad, alteridad, relación de débito

- Justo
 - por la naturaleza de la misma cosa (D. Natural)
 - por convención o común acuerdo (D. Positivo)
 - convenio privado
 - convenio público

- Tipología de justicia:
 - a) *General o legal*: cómo deben de contribuir los miembros a la comunidad

 - b) *Particular*:
 - 1.b- *Conmutativa*: personas privadas. Igualdad absoluta
 - 2.b- *Distributiva*: cómo la sociedad distribuye entre sus miembros /cuerpo social con sus miembros. Igualdad proporcional.

- Equidad

----FILOSOFÍA SOCIAL

Se basa en Aristóteles. Más optimista que San Agustín

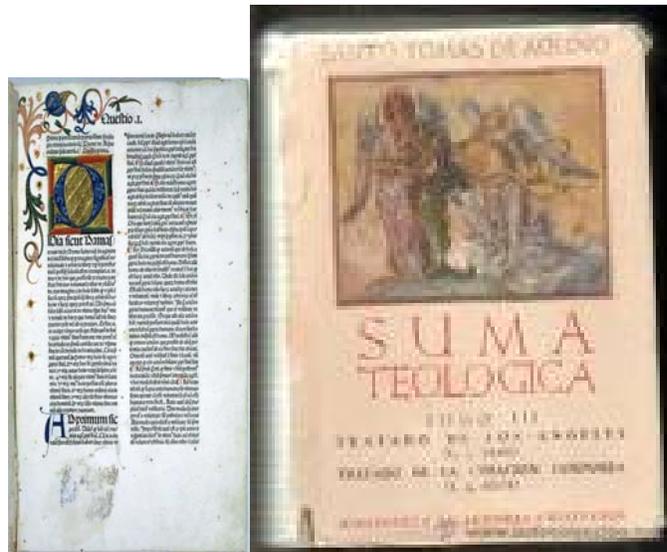
- El hombre es animal social y político pero no se basta a sí mismo: familia, municipio, gremio, ciudad y reino;
- Primado del bien común; autoridad; optimismo antropológico.

----FILOSOFÍA POLÍTICA

- Origen divino del poder

- Formas de gobierno: criterio cuantitativo y cualitativo:
 - Formas buenas: monarquía, aristocracia y democracia ordenada
 - Formas malas: tiranía, oligarquía y democracia demagógica

- Tiranía:
 - tirano por vicio en el título
 - tirano por vicio en el régimen



3.3.1. BIOGRAFÍA

Santo Tomás de Aquino es considerado como el más grande de los teólogos y filósofos cristianos. Nació en 1.224 cerca de Nápoles, de una familia noble, y, en contra de la voluntad de ésta, ingresó en la Orden dominicana. Estudió en la Universidad de Nápoles, en la de París y en la de Colonia. En esta Universidad, bajo la dirección de San Alberto Magno, inició su labor docente que luego continuaría en la de París, Roma y otras de Italia. Murió en 1274, viajando hacia el Concilio II de Lyon, al que había sido llamado como teólogo por Gregorio X.

Entre sus obras importantes hay que citar *Summa contra gentiles*, que, al tener como finalidad la de ser una ayuda para la conversión de no cristianos y no creyentes, expone la doctrina cristiana buscando argumentos racionales, ya que no puede basarse exclusivamente en la autoridad de la Sagrada Escritura, que muchos de ellos no aceptan. En cuanto a la *Summa Theologica*, realizada con la intención de servir de libro de texto para estudios teológicos, es considerada como su obra más importante.

Respecto de la filosofía política, Santo Tomás no hizo ninguna exposición de conjunto, y sus conceptos sobre el tema están recogidos sobre todo en dos pequeñas obras, *De Regimine Judeorum* y *De Regimine Principum*, y en algunos pasajes de la *Summa Theologica*.

Tomás de Aquino realiza una síntesis filosófica original entre elementos aristotélicos, principalmente, y algunos platónicos, que le permiten un gran desarrollo especulativo del mensaje cristiano. Presenta una concepción armónica y grandiosa del Universo, donde cada parte tiene una causa y, sobre todo, «un porqué». Existe un **orden**

y jerarquía de los seres, todos y cada uno de los cuales tienen una finalidad a la que tienden, y, por tanto un valor. Los seres inferiores están al servicio de los superiores, y en la cima de la creación visible se encuentra el hombre, que es, además, el único que integra en sí mismo materia y espíritu.

Como el universo ha sido creado por Dios, todo lo existente es bueno en algún sentido. **Al conocimiento de la verdad se puede llegar por la vía de la razón o por la de la fe;** como ambas proceden del mismo Creador, no pueden ser contradictorias, sino complementarias. La fe y su contenido (Revelación) son un don de Dios que viene a complementar el conocimiento con aquellas verdades, necesarias para el hombre, que la razón no podría descubrir por sí sola, o que difícilmente descubriría todo hombre concreto.

3.3.2. TEORÍA DE LA LEY

De la confluencia del pensamiento aristotélico con el cristiano brotó la versión tomista de la metafísica cristiana del orden, aunque en relación a la teoría de la ley hay que advertir que Santo Tomás es ampliamente tributario de San Agustín. A diferencia del cosmos griego (configurado, no creado por Dios), el universo cristiano es producto de la acción creadora de un Dios personal, que lo rige y gobierna. Destaca la relevancia de la razón (tanto de Dios como del hombre): “la razón es regla y medida de las acciones humanas”.

En cuanto a la ley, Santo Tomás considera que, más que una imposición, se trata de **una pauta de comportamiento**, necesaria para alcanzar la felicidad, y distingue tres **clases o niveles de leyes**:

1. Ley eterna: Entiende por tal a la Razón de Dios por la que está ordenada toda la creación. Comprendería el conjunto de leyes y finalidades que rigen el universo, material y espiritual. Es “la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción y todo movimiento”.

2. Ley natural: Como continuador de las tradiciones helenística (sobre todo estoica), de los juristas romanos y de la cristiana, Santo Tomás ve en la ley natural el conjunto de normas que la razón puede descubrir y que han de seguirse para que el hombre pueda alcanzar su finalidad de plenitud y felicidad. La define como la «participación de la naturaleza racional en la ley eterna» y consiste en una serie de principios generales, reducibles a la obligación de «hacer el bien y evitar el mal», y concretables en un conjunto de deberes y derechos de la persona humana: derecho a la existencia, a la verdad, al trabajo, a procrear y educar a los hijos, etc.

3. Ley humana: Santo Tomás la define como «una ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquél que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”. La ley humana deriva de la natural, a la que especifica, particulariza y añade el aspecto coactivo. La ley humana obliga por su congruencia con la ley natural y con la ley eterna,

hasta el punto de que en aquello que se separan de aquellas, dejan de ser leyes, son una corrupción de ley.

Requisitos:

- Elemento formal: promulgación por autoridad competente
- Estar al servicio del bien común: sobre esta base establece la teoría de la resistencia a la ley injusta. Convendrá acatar la ley injusta si su desobediencia hubiera de acarrear males peores. Únicamente si atenta contra un bien divino habrá de rechazarse en absoluto.
- No incumbe a la ley humana prohibir todos los vicios ni preceptuar todas las virtudes.
- Debe tener alcance general y proceder de una instancia pública que obre en representación del cuerpo social.

Añade un cuarto tipo de ley:

4. **Ley divina:** Es el conjunto de principios y normas de comportamiento que, estando por encima de la razón humana, Dios manifiesta directamente al hombre por medio de la Revelación, para que pueda participar más plenamente en la ley eterna.

3.3.3. TEORÍA DEL DERECHO

S. Tomas, como los escolásticos medievales, empleaba con frecuencia, indistintamente, las palabras *lex* e *ius*.

- Leyes *humanas* las identifica, sin más, con el derecho positivo (civil o de gentes)
- La ley *natural* es más amplia en su contenido que el *ius naturale*, pues abarca el conjunto de los principios éticos, incluyendo los estrictamente jurídico-naturales.
- Ley humana = Derecho Positivo (*ius civile* o *ius gentium*)
- Ley natural – *ius naturale* (Derecho natural)
 - ética

- El *derecho natural* es aquella parte de la ley ética natural, relativa a la vida del hombre en sociedad, es decir, ordenada directamente al bien común. El derecho en general (natural o positivo) es el objeto de la justicia.

3.3.4. TEORÍA DE LA JUSTICIA

La teoría tomista de la justicia es un desarrollo sistemático de la de Aristóteles, con la ayuda de la jurisprudencia romana.

. La justicia ES aquella virtud de la voluntad que ordena al hombre en las cosas relativas a otro.

. Características: Igualdad, alteridad y relación de débito. Por eso, la justicia asegura a todos lo suyo.

- S. Tomás (modificando algo el texto de Ulpiano –“la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual su derecho”-), define la JUSTICIA como: “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”.

--Lo JUSTO significa que algo es adecuado a otro. Una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras:

- Derecho Natural: Atendida la naturaleza misma de la cosa
- Derecho Positivo: Por convención o común acuerdo
 - en forma de convenio privado (pacto entre particulares)
 - en forma pública: ley promulgada por el príncipe
- Justicia natural: resulta de la naturaleza misma de la cosa
- Justicia positiva. Deriva de la voluntad humana expresada en leyes, costumbres o convenios particulares.

- TIPOLOGÍA DE LA JUSTICIA:

a) General o legal: cómo deben de contribuir los miembros a la comunidad. (La justicia ordena los actos de todas las virtudes al bien común). Se refiere a todos los miembros de la comunidad –general- y se establece mediante ley –legal-.

b) Particular (la justicia ordena a otro considerado individualmente):

1.b- Conmutativa (si la relación se da entre individuos o personas privadas dentro de una comunidad): personas privadas. Igualdad absoluta

2.b- Distributiva (si se trata de la relación del cuerpo con sus miembros, es decir, del todo con las partes): cómo la sociedad distribuye entre sus miembros /cuerpo social con sus miembros. Igualdad proporcional.

3.3.5. FILOSOFÍA SOCIAL

Tomás de Aquino considera, a diferencia de San Agustín, que **la necesidad de organización política** no es consecuencia del pecado, sino previa a éste, **algo connatural al hombre**. La sociedad política deriva su carácter natural de la necesidad de intercambio de servicios para la vida buena. Tanto es así, que Santo Tomás considera al hombre, más que un ser social (muchos animales lo son en cierto sentido), **un ser cívico, o político**. “Los demás animales cuentan con ciertas ventajas que el hombre tiene que suplir con la razón; por eso, ésta le impulsa a asociarse”.

La comunidad doméstica, siendo necesaria, no es suficiente para el hombre: precisa de una más amplia, que le proporcione seguridad, orden jurídico y donde puedan realizarse plenamente sus capacidades materiales y espirituales. A esta comunidad política, y también a la Iglesia, las denomina sociedades perfectas, en el sentido de que pueden disponer de los medios precisos para, dentro de sus respectivas esferas, procurar el bien común, pleno, de sus miembros, a diferencia de otras comunidades inferiores que sólo pueden pretender un bien común de carácter parcial. Aclara, sin embargo, que en toda comunidad política existe un cierto componente contractual y que de ninguna forma puede intentar absorber completamente a la persona o a las sociedades intermedias, que tienen derecho a determinados ámbitos de autonomía.

La propia naturaleza de la sociedad implica la existencia de una **autoridad**, y ésta existiría incluso en el supuesto de no haberse producido la caída original. Por ello, Tomás de Aquino afirma que la necesidad de la autoridad no se deriva del pecado, sino que hubiera sido también necesaria en el estado de inocencia, puesto que su razón última es la de coordinar las actuaciones personales hacia el bien común; del pecado sólo procede la necesidad de coacción. En esta **función coordinadora** radica la justificación de la autoridad, y también **su limitación**. La autoridad ha de procurar que todos vivan una vida virtuosa y feliz, corrigiendo los abusos que se opongan a ello, pero siempre según ley. Santo Tomás afirma, por otro lado, que, aunque «toda autoridad viene de Dios», en lo que hace referencia a sus modos de determinación, pasa por el pueblo.

Tan importante es la autoridad, que la **resistencia** frente a ella será, normalmente, pecado, que puede llegar a ser grave, y sólo en circunstancias muy excepcionales estará justificada la resistencia. La obediencia, sin embargo, no será exigible en cualquier orden de la vida, pues: «hasta el alma de un esclavo es libre». En conexión con el derecho de resistencia del pueblo en casos excepcionales, también está el de la Iglesia, que puede eximir a los súbditos de su deber de fidelidad a un gobernante gravemente indigno. Santo Tomás recalca, sin embargo, que no deben confundirse las esferas secular y religiosa, por lo que sólo en casos particularmente graves deberá intervenir la Iglesia.

3.3.6. FILOSOFÍA POLÍTICA

Parte de la perspectiva de la teoría cristiana del **origen divino del poder**. El

poder radica última y mediatamente en Dios, por cuanto creó la naturaleza humana social de manera que no sea posible una convivencia racional sin una autoridad común; pero próxima e inmediatamente reside en la comunidad como tal, pues ningún hombre tiene por naturaleza título alguno para imponerse a los demás sin su voluntad. Ahora bien, la comunidad confía el ejercicio del poder a personas determinadas según modalidades y condiciones variables, que dan lugar a las distintas formas de gobierno. Esta entrega del poder no supone, sin embargo, dejación de su derecho originario al mismo, por lo que podrá reivindicarlo de nuevo en caso de abuso grave por parte de los gestores.

Respecto de las **formas de gobierno**, Santo Tomás sigue el mismo esquema de Aristóteles:

- las tres buenas (monarquía, aristocracia y democracia ordenada)
- y tres malas (tiranía, oligarquía y demagogia) como perversión de las primeras.

También, como Aristóteles, considera, teóricamente, óptima la monarquía, pero, por el riesgo de tiranía, juzga debe ser preferida, en la práctica, una forma mixta en la que se combinen la unidad de acción (principio monárquico) con el gobierno de los mejores (principio aristocrático) y con la libertad e igualdad cívicas (principio democrático). Vuelven, pues, en el siglo XIII las antiguas ideas de soberanía, representación y contrapeso de poderes, pero, en la práctica, quedarán de nuevo sepultadas por el absolutismo renacentista durante medio milenio más.

Tiranía: S. Tomás admite la resistencia activa cuando la tiranía se hace intolerable y se han agotado todas las posibilidades que el régimen respectivo ofrezca (si es un feudo, por ejemplo, cabe acudir al superior); pero se trata de una prerrogativa de la comunidad a través de representantes cualificados. La prudencia podrá aconsejar el desistimiento ante la perspectiva evidente de un mal mayor, quedando como suprema instancia la plegaria y la reforma moral, por cuanto Dios tolera a los tiranos como castigo de los pecados de los hombres. No admite como lícita la muerte del tirano por iniciativa privada.

Asimismo, Tomás de Aquino sigue en la tradición, iniciada por Sócrates y que continuará hasta el Renacimiento, de considerar a la política y a la ética como dos ciencias prácticas íntimamente relacionadas.

- CASO PRÁCTICO 1 - ¿ES ADMISIBLE LA RESISTENCIA ANTE LA LEY INJUSTA? EL DERECHO DE RESISTENCIA EN SITUACIONES DE CARENCIA EXTREMA

PREMISAS DEL CASO

Resulta paradójico que uno de los países de mayor extensión territorial del mundo tenga como uno de sus cruciales y casi insolubles problemas los conflictos colectivos relacionados con la propiedad, causantes de impactos violentos entre la minoría latifundista, propietaria de grandes parcelas en desuso del territorio nacional, y grandes masas constituidas por millones de desposeídos, necesitados y pobres no propietarios (como es el caso de los movimientos sociales de los “Sin tierra” y de los “Sin techo”). Ese conflicto que incluye una disputa por la posesión, el uso y la distribución de la tierra, se resuelve en el contexto de una estructura agraria de privilegios e injusticias, asentada en la dominación política autoritaria y clientelista, en los intentos capitalistas especulativos y discriminadores y en la producción legal comprometida con los intereses de las tradicionales elites agrarias. Se cuenta con una legislación positivo-dogmática, marcada por la tradición de protección y de conservación del derecho de propiedad (expresada en el art.524 del Código Civil brasileño, que acaba colocando en un plano secundario el tema de la posesión (art.485 C.C. brasileño). Ese carácter subordinado y vinculante de la posesión a la propiedad, permite decir que, inclusive no ejerciendo el derecho de la posesión, el propietario instituido por la legislación estatal es siempre y obligatoriamente el poseedor, pudiendo recuperar la propiedad cuando sea privado de su posesión mediante acciones de reintegración, previstas por el propio art. 524 del Código Civil brasileño.

El carácter obsoleto, estático y excluyente de las instituciones normativas oficiales que causa la precaria eficacia de la legalidad dominante y la profunda crisis de legitimidad, abre espacio para los movimientos sociales de marginados y desposeídos –los “sin techo”, los “sin tierra”-, que, sin acceso a la justicia oficial (vía lenta y onerosa), utilizan prácticas jurídicas paralelas y alternativas consideradas “ilegales”. Como afirma Wolkmer, “esas prácticas cotidianas de los movimientos sociales definen, en los horizontes de lo que el orden legal y vigente llama de “ilegalidad”, un nuevo espacio instituyente de cuyas relaciones y rupturas basadas en el binomio “legal/ilegal”, surgen derechos igualmente reconocidos que acaban no sólo legitimando la “ilegalidad”, sino edificando “otro Derecho” bajo nuevas formas de

legitimación”⁵

Se inicia así una lucha para transformar necesidades en derechos. En este contexto, Wolkmer destaca tres actitudes del poder judicial:

- a) Actuación tradicional a nivel dominante: en los conflictos colectivos patrimoniales, el poder judicial, a través de sus magistrados, se atiene pura y simplemente a la aplicación de la legislación estatal oficial, determinando, cuando es solicitada, la concesión de la acción de reintegración de posesión al propietario y prescribiendo la expulsión de los invasores, utilizando, la mayoría de las veces, el órgano de la policía militar;
- b) Actuación inoperante a nivel creciente: en cuanto a la ausencia y la poca eficacia del poder judicial, en los casos de conflictos por reivindicaciones de derechos a la tierra y al suelo urbano, de la ocupación o desocupación, se da a través de negociaciones por vía de la máquina administrativa. Frente a la incapacidad de la vía judicial, la resolución de los conflictos se realiza por el Estado-Administrativo, o sea, por la justicia administrativa que, en la intermediación entre las partes, define los parámetros reales de la expropiación, indemnización, asentamiento o transferencia.
- c) Actuación alternativa a nivel de excepción. Por razones de relevancia pública y justicia social, el poder judicial opta por negar o no conceder la reintegración de la posesión, decidiendo favorablemente para los invasores desposeídos, reconociendo derechos frente a las carencias y las necesidades fundamentales. En las tres situaciones previstas, independientemente del resultado (expulsión, asentamiento o transferencia para otra área), se define, claramente, el cuadro de conflictos colectivos cotidianos articulados por movimientos sociales recientes que, excluidos y marginados del proceso socio-político.

⁵ WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Trad. de D. Sánchez Rubio. Sevilla, MAD, 2006, p.105..

CASO PRÁCTICO 1: MOVIMIENTO SIN TIERRA

Ronaldo fue uno de los “meninos da rua” –niños de la calle- que vagaba por las calles de Salvador de Bahía desde los 6 años. Su madre, una adolescente de 14 años, no se podía ocupar de él, ya que a la edad de 19 años, ya tenía otros tres hijos más pequeños a los que cuidar.

Tras vivir de pequeños hurtos, la ayuda de los voluntarios de la Asociación de “meninos da rua”, fue crucial para su cambio de vida. A la edad de 13 años consiguió ahorrar lo suficiente para comprar un *kit* de limpieza de zapatos. Por 3 reales (equivalente a 1 euro), dejaba lustrosos los zapatos de los clientes. No tenía tiempo para frecuentar las famosas playas de Salvador, pues su tiempo lo dedicaba a “mejorar” el calzado de los turistas –lo cual no era tarea fácil, pues solían llevar las típicas “bahíanas”.- Por la noche, cuando los turistas se retiraban a sus lujosos hoteles, dormía en la playa, sin soltar la humilde caja de madera, con algunas tablillas ya sueltas, a la que abrazaba como un tesoro, para evitar que otros se la robaron cuando dormía. Al amanecer, cuando comenzaba el servicio de transporte urbano, a las 6 de la mañana, cogía 2 autobuses para llegar al edificio donde dormía (1,5 horas de la playa).

Se trataba de un viejo edificio público, abandonado desde hacía más de 6 años, que, en su momento, había sido destinado a sucursal del puerto, pero que había quedado inutilizado al haberse transferido estos servicios portuarios a un edificio “inteligente” enfrente del propio puerto. Ronaldo formaba **parte de los “Sem Teito” –Sin Techo-aquellos que ocupan ilegalmente edificios e instalaciones públicas abandonadas al no tener un techo donde dormir.** Junto a él, vivían más de 40 familias, todas ellas tan miserables que no habían tenido ni siquiera la posibilidad de poder comprar o alquilar una casa en una favela –chabola-.

Sin embargo, Ronaldo no veía futuro a su situación. Había sido consumidor de pegamento a los 10 años –lo había dejado gracias a la ayuda de los voluntarios-; había evitado realizar robos violentos y no había querido entrar en el tráfico de drogas o de armas, actividad habitual para ganar dinero fácil entre los chicos de su edad, desheredados del mundo, y sin más perspectivas de futuro que morir antes de los 18 de un balazo o en una inmundicia cárcel.

En los últimos meses estaba ilusionado con el líder del edificio en el que vivía, otro joven de 24 años, Manoel, con familia, que pretendía ofrecer unas condiciones de vida más dignas para su familia. **El movimiento dos Trabalhadores “Sem terra”** ya tenía localizado un amplio latifundio (de más de 15. *alqueres* -1 *alquer*= 1.000 hectáreas), que se extendía, en la finca “A alfandega” hasta la proximidad de la ciudad de Salvador. Junto con otras 90 familias (unas 400 personas en total) , se estaba planificando la entrada ilegal en una parte de esa gran propiedad, para poder hacerse con un pedazo de tierra, cultivar y vivir de los productos de ese trabajo en la

tierra y, si la fortuna les sonreía, con unos ladrillos y cartones, construir una pequeña casa.

Los propietarios de la tierra eran 2 hermanos, a quienes su padre, hacía 2 años, les había dejado en herencia esa propiedad, adquirida años atrás cuando, sus bisabuelos, como emigrantes desde Portugal, habían llegado a las tierras brasileñas y comprado por poco dinero.

Ronaldo se había convertido en la mano derecha de Manoel. Consultaron el Registro de propiedad, se reunieron con los líderes de otros “Movimentos sem terra” para saber cómo proceder, las consecuencias de su acción y demás. La experiencia habida en la invasión del edificio en el que vivían, desde hacía 6 años, les animaba. No había sucedido nada: alguna protesta por parte de la autoridad portuaria, algunas visitas de policías, amenazando con echarles, a ellos y a sus escasos enseres en cualquier momento, y poco más. Después de 2 meses de la invasión, nadie más se había acercado por allí a protestar por la actuación ilegal.

¿Pasaría lo mismo con la ocupación de la tierra? A Manoel, alguna agrupación política le había asesorado, comentándole que “tenían derecho a resistir ante el derecho injusto”. Hay una distribución injusta de la riqueza, de la propiedad. Los 2 hermanos, titulares de la amplia propiedad, no estaban cultivándola más que en 1/10 parte. Como pasto para el ganado servía poco, ya que el clima era muy seco. Les habían comentado que, en alguna ocasión los 2 hermanos empezaron a recorrer su propiedad en *jeep*, pero pasados 3 días, y cansados del trajín del viaje, lo habían dejado para reanudarlo en helicóptero. No lo habían hecho. Ambos eran ingenieros de una empresa petrolífera de Salvador, lo que les llevaba a pasar frecuentes periodos en Estados Unidos, gozaban de muy buena situación económica, y el tema del aprovechamiento de la tierra no era una cuestión prioritaria.

Manoel y Ronaldo razonaban diciendo que las autoridades entenderían su situación: eran más de 400 personas que sólo pedían una pequeñísima parte de la tierra para trabajarla. De esa manera, sus hijos no serían delincuentes ni criminales, de los muchos que ya atemorizaban la ciudad. El gobierno debería incluso agradecerles su acción.

Sabían que las objeciones iban a ser del tenor: hay un derecho de propiedad, un título que sólo es de 2 personas y no de ellos. Pero en contra de ese derecho de propiedad, entendían que el gobierno debía de saber que ellos tenían el “derecho a resistir el derecho”.

. Presupuesto:

1) el gobierno era legítimo en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados; 2) que existían ciertos derechos inviolables; 3) el primer deber del gobierno era el de proteger aquellos derechos inalienables de las personas.

--EL DERECHO DE RESISTENCIA: Si el gobierno infringía sus obligaciones primarias de modo sistemático, entonces la población no tenía el derecho (SINO el poder) de resistir hasta poner fin a la situación de persistente violación de los derechos. VG: Declaración de Independencia norte-americana, Declaración francesa de Derechos del hombre o en buena parte de las Constituciones latino-americanas del siglo XIX)

. América Latina: desde los años noventa las protestas han incluido la organización de “piquetes”, “caceroladas” y otras actividades destinados a bloquear el tráfico en las rutas principales, con el fin de exigir empleo, comida, o concesión de subsidios.

. Entre otros resultados, esas propuestas han acabado forzando la renuncia de algunos presidentes de gobierno: Presidente Raul Cubas, en Paraguay en 1999; Presidente Alberto Fujimori, en Perú en el 2000; Presidente Jai Mahuad, en Ecuador, en el 2000.

Manoel se cuestionaba si ese Derecho, el conjunto de códigos y demás normas, se debe aplicar a: AQUELLOS QUE VIVEN SISTEMATICAMENTE EN CONDICIONES DE POBREZA EXTREMA ¿TIENEN DEBER DE OBEDECER EL DERECHO?

. Para ellos, el Derecho no ha sido un medio de ganar la libertad o de alcanzar el autogobierno, sino un instrumento que ha contribuido decisivamente a forjar la opresión en la que viven.

. A finales del siglo XVIII, con la teoría de J. Locke, la resistencia a la autoridad se presenta como una de las cuatro ideas que distinguirán en sus orígenes al constitucionalismo:

1. Carácter inalienable de algunos derechos básicos
2. La idea de que la autoridad era legítima en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados
3. El primer deber de todo gobierno era el de proteger los derechos inalienables de las personas

4. El pueblo podía legítimamente resistir y finalmente derrocar el gobierno de turno en caso de que el último no fuera consecuente con el respeto a aquellos derechos básicos

--Manoel y Ronaldo saben también que hay 2 características que, actualmente, dificultan la resistencia al derecho:

a) El poder político aparece menos concentrado que en épocas pasadas, pero la descentralización del poder no impide que sigan surgiendo situaciones de opresión.

. CON TODO, las fuentes de dominación son variadas y dispersas y **RESULTA MÁS DIFÍCIL SABER A QUIEN CULPAR POR LAS MISÉRIAS Y OPRESIONES:**

-¿a los empresarios que se niegan a contratar más trabajadores o a aumentar sus salarios? ; ¿a los parlamentarios que no aprueban las leyes que mejorarían el bienestar colectivo?; ¿a los jueces?; ¿a los presidentes de la República?

b) Fragmentación social actual que a su vez reproduce la fragmentación del poder político:

. La mayoría de nuestras sociedades están divididas en grupos, algunos de los cuales están en mejores condiciones que el resto. Ello acentúa más la fragmentación, pues existen unos grupos que sufren graves opresiones y otros no.

. E incluso, los que no las sufren van a hacer lo que esté a su alcance para impedir la desestabilización de una situación que, si no les favorece, tampoco le resulta perjudicial.

. En la actualidad, tenemos que pensar en la objeción de conciencia y en la desobediencia civil como los medios más extremos a nuestro alcance para desafiar el derecho.

. Cuando se produce una insatisfacción masiva de los derechos humanos sociales y económicos, también los derechos civiles y políticos resultan afectados, pues denotan que las instituciones del gobierno democrático no están funcionando como deberían y se acaba poniendo en entredicho el imperio de la ley.

---Manoel y Ronaldo se preguntan QUÉ FORMAS DE RESISTENCIA SE PUEDEN CONSIDERAR ACEPTABLES EN ESTAS SITUACIONES.

. Distingue entre DOS TIPOS DE RESISTENCIA:

1) Resistencia pasiva o la no-cooperación: se refiere a las omisiones de actuar en los modos preestablecidos por el Estado, una negación de cumplir las órdenes.

EJEMPLO: los desaventajados podrían optar por no formar parte de los proyectos militares del Estado, negándose a servir como soldados en tales iniciativas

2) Resistencia activa o confrontación: se refiere a las acciones destinadas a desafiar ciertas prohibiciones legales.

EJEMPLO: los marginados podrían arrogarse el derecho de usar propiedades en desuso para asegurar a sus familias derechos básicos como la comida, que el Estado no les garantiza.

Considera que los “Sem Terra” se encuentran en el segundo caso.

--Por su parte, los defensores de la legalidad, plantean estos INTERROGANTES:

-¿Existen realmente tantos latifundios improductivos? ¿O es que hay una campaña interesada en hacer creer que no se cultivan las tierras y se las tiene abandonadas por dejadez de los propietarios?

-¿Los desheredados de las periferias urbanas quieren (y pueden) convertirse realmente en cultivadores directos?

-¿Cuántos son verdaderamente los Sin Tierra? ¿Cuántos son los latifundios improductivos?

-¿Tiene sentido ocupar los latifundios, incluso productivos, para dividirlos en parcelas? ¿Tiene sentido el monocultivo industrializado en un país que lucha contra el hambre?

-¿Pueden los movimientos sociales y la Iglesia católica continuar alimentando el ejército de los Sin Tierra, empujándoles a una camino de dudosa legalidad y, después, de dudosa rentabilidad? -¿Cuánto cuesta en realidad a las exhaustas arcas del Estado la política de asignación de las pequeñas propiedades?

- CRITERIOS QUE PUEDEN RESULTAR DE AYUDA PARA DISTINGUIR ENTRE VIOLACIONES JUSTIFICADAS Y NO JUSTIFICADAS DE LA LEY:

1) Escala (que relaciona la violencia utilizada y el alcance del daño causado); 2) Proporcionalidad (proporcionalidad entre la violación da la ley y su causa); 3) Causalidad (referente a la responsabilidad del Estado en la creación de la injusticia);

--ARGUMENTO: aquellos que carecen de ciertos bienes básicos tiene menos razones para cooperar con el derecho en aquellas áreas directamente vinculadas con las desventajas que sufren.

---Manoel y Ronaldo, junto con las 90 familias de su edificio, más otras 40 familias de poblaciones del interior de Salvador, debidamente convocadas (600

personas en total), deciden finalmente invadir la Finca “A Alfandega”. (Estas personas ya no tenían a donde ir).

---CUESTIONES:

- Los 2 hermanos propietarios de la finca, ¿Deberían expulsarles de su propiedad? y, si fuera así, ¿en qué modo? (violentamente, pacíficamente, cómo sea?)
- La finca “A Alfandega” tenía constituía una hipoteca. ¿deberían intervenir los bancos, en defensa de sus propios intereses?
- En el caso de que se llegar a los tribunales, ¿qué cree que decidirían los tribunales?:
 - castigar las acciones ilegales (ocupación de tierras)
 - sostener que poner fin a las mismas (a través de la expulsión) crearía en tales circunstancias una injusticia aún mayor en términos de derechos sociales. De esta forma, la acción ilegal crearía una base para reconocer y proteger los derechos sociales de los violadores de la ley (aunque fuera de un modo mínimo).
 - El tribunal sopesará el derecho de propiedad frente al derecho a la alimentación, a la vivienda y al trabajo. ¿a cuál dará la primacía?
- En el caso de que los tribunales autorizaran la permanencia de los *Sem Terra* en la finca, qué medidas compensatorias se deberían ofrecer a los propietarios, que tampoco deben tampoco verse perjudicados por el fracaso del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones.
- ¿Se tendría que expropiar la finca y compensar a los propietarios conforme a la legislación vigente? ¿Se podría transferir el peso del daño hacia el principal responsable de la violación de los derechos sociales, es decir, al Estado?
- ¿Cuál debe ser el papel del Poder Judicial (intérpretes y aplicadores de la ley)?:
- Los jueces favorables a los derechos humanos, ¿deben renunciar o trabajar dentro de un sistema injusto?
- ¿Y qué se debe hacer con quien ha violado la ley reclamando derechos que son básicos? ¿Perdonar o castigar?

- CASO PRÁCTICO 2: RESISTENCIA ANTE EL DERECHO INJUSTO

- BASE TEÓRICA

El problema de la obediencia al Derecho consiste en determinar cuándo y por qué (por qué razones) existe la obligación de obedecer o desobedecer al Derecho.

Distinción entre las diversas razones:

- 1) La obligación *jurídica*: es la que deriva de la existencia de una norma vigente, puesto que el concepto de “norma” siempre parece implicar conceptualmente la exigencia de su cumplimiento
- 2) La obligación *moral*: no deriva de un fenómeno externo, como pueda ser la existencia de una norma jurídica positiva, sino que tiene su origen según la formulación kantiana, en la propia conciencia moral, autónoma y libre, del sujeto.
- 3) La obligación *política*: corresponde al ciudadano en virtud de su relación con el sistema político en que vive.

La historia ha ido presentándonos diversas respuestas al problema de la obediencia a la ley: Desde el mítico episodio de la muerte de Sócrates al secular debate en la escolástica medieval sobre el valor de la ley positiva y la obediencia a la autoridad civil.

--TEXTO 1:

“(…) ¿No puede haber un gobierno en el que no sean las mayorías las que decidan de hecho lo que es justo y lo que es injusto, sino la conciencia? ¿Un gobierno en el que las mayorías decidan únicamente las cuestiones a las que sea aplicable la regla de la oportunidad? ¿Debe el ciudadano, aunque sea por un momento o en un grado ínfimo, abdicar de su conciencia a favor del legislador? ¿Por qué, entonces, tiene todo hombre una conciencia? Creo que debemos ser primero hombres y súbditos después. Lo deseable no es cultivar el respeto por la ley, sino más bien por la justicia. La única obligación que tengo el derecho de asumir es la de hacer en cualquier momento lo que estimo justo (...).

Bajo un gobierno que encarcela a cualquiera injustamente, el verdadero puesto de un hombre justo es también la cárcel. En la actualidad, el lugar idóneo, el único lugar que Massachusetts ha previsto para sus espíritus más libres y menos asequibles al desaliento son sus cárceles, para que el propio Estado los excluye y expulsa de su seno, igual que ellos se han excluido ya en virtud de sus principios. Allí deberán encontrarlos el esclavo fugitivo, el prisionero de guerra mexicano y el indio venido a denunciar las injusticias cometidas con su raza; en ese terreno separado pero más libre y honorable, en el que el Estado coloca a los que no están con él sino contra él: la única casa de un Estado esclavista en la que un hombre libre puede morar con

honor.

(...) Dad todo vuestro voto, no simplemente un trozo de papel, sino toda vuestra influencia. Una minoría es impotente mientras cede a la mayoría; en tal caso, ni siquiera es una minoría; pero es irresistible cuando hace obstrucción con todo su peso. Puesto ante la alternativa de guardar a todos los hombres justos en la cárcel o renunciar a la guerra y a la esclavitud, el Estado no vacilará en elegir. Si un millar de hombres se negaran a pagar sus impuestos este año, ello no sería una medida violenta y sangrienta, como lo sería pagarlos para dar al Estado la posibilidad de cometer violencias y de derramar sangre inocente. Esta es, en efecto, la definición de una revolución pacífica, si tal cosa es posible. Si el recaudador de impuestos, o cualquier otro funcionario público, me pregunta, como uno lo ha hecho: “¿Pero qué quiere usted que haga yo?”, mi respuesta será: “Si verdaderamente quiere usted hacer algo, renuncie a su puesto”. Cuando el súbdito se niega a obedecer y el funcionario abandona su puesto, la revolución es un hecho. Pero supongamos incluso que la sangre corre. ¿No hay una especie de derramamiento de sangre cuando se hiere la conciencia?

(...) Me gusta imaginar un Estado que pueda finalmente mostrarse justo con todos los hombres y tratar al individuo con respeto, como a un vecino; que no juzgue incompatible con su propia tranquilidad el hecho de que algunas personas vivan apartadas de él, cumpliendo todos sus deberes de vecinos y semejantes (...)

THOREAU; H.D., “Civil disobedience”, en *El derecho de ser hombre*, Hersch 8ªed., Unesco, Tecnos, Madrid, 1984, pp.141-145.

CUESTIÓN: La rebelión contra la injusticia es probablemente uno de los más altos deberes morales, sin embargo, ¿un gobierno (o mejor, un Estado) debe actuar siempre conforme a principios morales? Y si no es así, ¿existe obligación de obedecer a un Estado que actúa por criterios a-morales?

---TEXTO 2

“(...) La no- violencia actúa de manera más misteriosa. (...) La práctica de la no-violencia requiere intrepidez y valor en el más alto grado.

(...) Si un padre obra con injusticia es obligación de los hijos salir de la casa paterna. Si un maestro dirige su escuela de manera inmoral, los alumnos deben abandonarla. Si el presidente de una sociedad está corrompido, los miembros deben lavarse las manos de su corrupción retirándose de aquélla; de la misma manera, si un gobierno comete una grave injusticia, el súbdito debe retirarle su cooperación total o parcialmente, en la medida necesaria para que el gobernante reinicie a su iniquidad. En cada uno de los casos que he imaginado, hay un elemento de sufrimiento, moral o físico. Sin ese sufrimiento es imposible alcanzar la libertad”

GANDHI, M., “All men are brothers” en *El derecho de ser hombre*, Hersch 8ªed., Unesco, Tecnos, Madrid, 1984, pp.30.

CUESTIÓN:

a) La no-violencia, tal como es defendida por Gandhi, constituye una forma radical de no resistencia al Derecho respaldada, además, desde el punto de vista moral, por la irreprochabilidad del comportamiento del resistente. Sin embargo, crees que una actitud no-violenta puede llegar a generar nueva violencia?

b) ¿Crees que una actitud no-violenta puede dar respuesta a las múltiples situaciones diferentes que se presentan en una realidad caracterizada precisamente por lo contrario, es decir, por la lucha y el conflicto?

- DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA EN EL CONTEXTO DEMOCRÁTICO

----TEXTO 3

(...)” Con ello se quiere decir sólo que, cuando una decisión ha sido adoptada por una mayoría hay un deber de todo ciudadano de someterse a ella; quien disiente de dicha decisión será libre de seguir pensando que su opinión es preferible; si entendemos únicamente esto al hacer la referencia al principio democrático, deberíamos convenir que este principio se asemeja bastante a la regla de un juego que, una vez aceptada, debe ser respetada: un juego que se juega entre personas civilizadas (...)

Una sociedad políticamente organizada, un Estado que quiera realmente respetar aquellos derechos inviolables de los que habla nuestra Constitución, a mi entender, en aquellos casos que afectan a principios, en los que están en juego las convicciones morales más profundas del individuo, debería llevar la tolerancia del disenso hasta el extremo límite posible (...)

He dicho que en una sociedad democrática debería haber mayor espacio para el disenso, para la objeción de conciencia, para la contestación. Pero digo también, y lo he hecho implícitamente, que en esta sociedad no puede haber lugar para la violencia, porque su regla no es la fuerza sino la razón. No hay lugar para la violencia, para el tiranicidio, pero sí hay lugar para otra forma de resistencia, menos cruenta pero también eficaz: la resistencia pasiva o, como también se llama, la desobediencia civil (...) ahora bien la resistencia pasiva no significa sólo renuncia a la violencia: significa aceptación voluntaria del sufrimiento, como instrumento para el triunfo de la justicia y de la verdad (...). Es resistencia (...) es la única que se permitiría en una sociedad libre porque, paradójicamente, conjuga la fidelidad a los principios con el respeto a la ley, los dos pilares sobre los que se basa (...)

PASSERIN D'ENTREVES, A., *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Comunità, Milano, 1979, p.223 y ss.

---TEXTO 4

(...) El problema de la desobediencia civil, tal como lo interpreto, se plantea solamente, dentro de un Estado democrático más o menos justo, a los ciudadanos que reconocen y aceptan la legitimidad de la Constitución. Tal dificultad es la de un conflicto de deberes. ¿En qué punto deja de ser imperativo el deber de acatar las leyes promulgadas por una mayoría legislativa (o los actos del poder ejecutivo apoyados por tal mayoría), en razón del derecho a defender las propias libertades y a oponerse a la injusticia? Esta cuestión entraña la de la naturaleza y los límites del régimen mayoritario. Por este motivo, el problema de la desobediencia civil es una causa instrumental primordial para verificar cualquier teoría sobre el fundamento moral de la democracia.

Debo empezar a definir la desobediencia civil como un acto ilegal, público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa. Actuando de este modo, se apela a un sentido de justicia de la mayoría y se declara que según la opinión considerada, no se están respetando los principios de cooperación social entre hombres libres e iguales.

(...) Al justificar la desobediencia civil no se apela a principios de moralidad personal o doctrinas religiosas, aunque pueden coincidir con las propias reclamaciones y respaldarlas. Y ni qué decir tiene que la desobediencia civil no puede basarse solamente en el interés de un grupo o de una persona. En su lugar, se invoca la concepción común de la justicia, inherente al orden político. Se supone que en un régimen democrático medianamente justo existe una concepción pública de la justicia, con arreglo a la cual los ciudadanos ordenan sus asuntos públicos e interpretan la Constitución.

RAWLS, J., “Teoría de la desobediencia civil”, en **DWORKIN, R.** (Comp.), *La Filosofía del Derecho*. Trad. J. Sainz de los Terreros, FCE, México, 1980, p.171-177.

CUESTIÓN: Imagine que en un Estado suficientemente democrático un grupo minoritario disidente hace valer sus pretensiones manifiestamente contrarias no sólo al orden político vigente o de la moralidad legalizada, sino también a la moral social mayoritaria; considere también el caso de un grupo disidente cuya identidad depende de la reivindicación de determinados caracteres étnicos, culturales o religiosos: ¿cree usted que la mayoría tiene derecho a hacer valer siempre sus propias convicciones?

---TEXTO 5 -- OBJECIÓN DE CONCIENCIA

“El problema [de la objeción de conciencia y de la insumisión] es un problema moral y un problema jurídico, con contenidos fronterizos y con interrelaciones múltiples. Es un problema moral porque la conciencia sería el máximo referente ético, y es jurídico porque se pretende que esa decisión de conciencia tenga consecuencias en el Derecho, en una situación regulada por la Constitución y la ley.

Es verdad que cuando el Derecho entra a valorar la conciencia para rechazarla o apoyarla, el resultado y la decisión ya no están en el mundo de la moralidad, y cuando el juez consolida la actitud del insumiso, está realizando un acto jurídico y no moral (...)

PECES BARBA MARTÍNEZ, G., “Introducción”, en Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho, PECES-BARBA, G., edtr., Universidad Carlos III de Madrid/BOE, 1993, pp.12-14.

---TEXTO 6:

Sras. _____ y _____ Sres. _____ Parlamentarios:

Soy,

que vivo en,

y mi DNI es el nº.....

Como contribuyente que soy vía impuestos a los gastos generales del estado veo como parte del dinero que apporto se gasta en una partida, los gastos militares, con los que en conciencia no puedo colaborar. Un avance social importante de finales del siglo pasado fue, sin duda alguna, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Sin embargo, está demostrado que los ejércitos hoy en día necesitan más que un servicio militar físico un servicio militar económico, que les nutra de su armamento. Con ello no sólo se preparan para la destrucción de otras personas, sino que detraen medios económicos necesarios para la superación de los muchos desequilibrios sociales sumamente injustos que se dan en nuestro planeta.

Por todo ello, les quiero expresar mi reivindicación de que se reconozca el derecho a la objeción de conciencia fiscal en el pago de los impuestos para conseguir que de ninguna forma me vea implicado en el gasto militar. Y mi objeción deberá suponer, ineludiblemente, una reducción del gasto militar estatal.

Agradeciendo su atención.

(Grupo de objeción fiscal de Navarra:

<http://ederbide.com/oficinadeprensa/objecionfiscal/#cast>)

CUESTIÓN: ¿Le parece justo que el legislador (o en su caso una mayoría democrática) pueda limitar y delimitar los casos en los que la conciencia es relevante desde el punto de vista jurídico.

CASO PRÁCTICO 3- EL BOTE SALVAVIDAS⁶

El acorazado Espíritu del Norte ha recibido el impacto de un torpedo en plena sala de máquinas y está empezando a hundirse.

-¡Abandonen el barco!- grita el capitán pedernal.

Pero son muy pocos los botes que han quedado intactos. Uno de ellos, cargado hasta los topes, consigue a duras penas alejarse del barco antes de que se hunda del todo. En proa va el capitán Pedernal. Las grises y gélidas aguas del Atlántico, que rodean el bote, rebosan de voces que piden desesperadas que se las salve.

Pero, ante la cruda certeza de que el pequeño bote corre el riesgo de volcar, poniendo en peligro la vida de los que ya se hallan a bordo, ¿Habría que recoger más marineros para salvarlos?

El capitán Pedernal murmura (en latín) unas palabras ininteligibles y, luego, de un grito, ordena:

-¡No paren!-

Algunos de los que están en el bote también murmuran, en romance, algo así como “esto es un crimen”, “maldito cabrón sin entrañas” o incluso “estos cabrones de capitanes tenían que hundirse con sus barcos”; pero todos ellos son gente acostumbrada a obedecer. O, al menos, así parece; hasta que, de pronto, uno de los marineros que hay en el agua consigue acercarse a uno de los costados del bote, momento en que descubren que se trata de Tomás, el joven grumete que, tras aferrarse con sus manos al borde la embarcación, intenta encaramarse al bote, que empieza a inclinarse de forma alarmante.

Desde el otro extremo del bote, el capitán Pedernal grita:

-¡Mételo otra vez en el agua!- dirigiéndose a Pepe, el cocinero, que es el que se encuentra más cerca.

¿Debe Pepe obedecerle?

¿Está de acuerdo con la teoría de Garrte Hardin (“La economía de la jungla”) de que: “Hacer un esfuerzo desmesurado para salvar la vida de un individuo sólo tiene sentido si existe una situación de escasez de personas”.

⁶ Texto extraído de: COHEN, Martin, *101 Dilemas éticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2004.

TEMA 4

RENACIMIENTO, REFORMA Y CONTRARREFORMA

TEMA 4 - RENACIMIENTO, REFORMA Y CONTRARREFORMA

En los “tiempos modernos” podemos destacar tres grandes movimientos espirituales: el Renacimiento, la Reforma y la Contrarreforma

--El **RENACIMIENTO** actualmente, no puede ser considerado tan tajantemente opuesto a la Edad Media como ha sido tradicional. La Edad Media había tenido una fase inicial de “oscuridad”, pero tampoco cabe calificarla de “barbarie gótica”.

Con todo, si se compara el siglo XVI con el siglo XIII se advierte un nuevo espíritu:

- individualismo
- de lo trascendente se pasa a lo inmanente: secularización de la cultura
- nuevo sentido del papel creador del hombre
- humanismo paganizante
- individualismo intelectual y estético

--- La **REFORMA** se ha equiparado tradicionalmente al proceso generador del protestantismo en el siglo XVI.

- libre examen
- sacerdocio universal
- se vuelve la espalda a la tradición medieval de lo eclesiástico
- pesimismo antropológico, que lleva a sus últimas consecuencias las fórmulas agustinianas: desconfianza hacia la razón y sus posibilidades
- sobrenaturalismo de Lutero y Calvino

-- La **CONTRARREFORMA**: transcurrida la primera fase de expansión del protestantismo, se produjo (a partir de mediados del siglo XVI) un movimiento de restauración católica.

- Se subraya la reacción frente a la “Reforma”
- Dos hechos de gran repercusión:
 - la fundación de la Compañía de Jesús (1534-40), a la que pertenecen algunos de los tratadistas más sobresalientes de la época (Francisco Suárez, Vázquez de Menchaca, Diego de Covarrubias, Luis de Molina)
 - la celebración del Concilio de Trento (1545-63), que lleva a cabo una formulación más precisa de algunas doctrinas.

Si el Renacimiento y la Reforma habían manifestado una dura oposición a la Escolástica, la Contrarreforma supone una “segunda escolástica”, una vuelta a “Santo Tomás”.

4.1. RENACIMIENTO

4.1.1. HUMANISMO POLÍTICO y UTOPIA

a) Erasmus de Rotterdam (1466-1536)

- Intentaba asegurar al cristianismo un papel decisivo en la configuración de la sociedad a través de una renovada religiosidad personal
- Formación del gobernante cristiano
- Defensa de la paz

b) Tomás Moro (1478-1535)

- Relación entre poder político y sabiduría
- Crítica social
- Régimen político y social de un estado perfecto en la isla de “Utopía”
- Guerra y paz

c) Nicolas Maquiavelo (1469-1527)

- Concepción naturalista de la política
- Separación entre la política y la ética. Autonomía de la política
 - . caracterización del príncipe---Espejo de príncipes
 - . caracterización de los hombres. Antropología pesimista

4.1.2. CONTRARREFORMA

- Escuela Española del derecho natural y de gentes (siglo XVI)
- Polémica sobre entrada ,conquista y colonización del Nuevo Mundo:
 - Bartolomé de las Casas (defensor de los derechos de los indios)---
 - Juan Ginés de Sepúlveda (defensor de los intereses de la corona)

4.1.3. HUMANISMO POLÍTICO Y UTOPIA

Introducción

A lo largo de la historia, ha sido una constante la búsqueda de un sistema de organización social en el que no haya condiciones de miseria para una parte de la población, en el que todos puedan tener acceso a unos servicios de salud, a una educación, a una vivienda, a un trabajo digno, una sociedad donde la clase política no sea una clase opresora, interesada únicamente en obtener beneficios a través de la exacción de impuestos. Se trata de crear un sistema de libertad y bienestar para el conjunto de los ciudadanos de forma que tengan la ilusión de trabajar por un ideal común. Y resulta sorprendente que estas cuestiones sigan siendo todavía un *desideratum*, ya que han sido numerosos los intentos y propuestas a lo largo de los siglos destinadas a encontrar una solución plausible.

Los sistemas económicos, capitalista y socialista⁷, -por citar los dos más opuestos y significativos- han sido los que han intentado ofrecer una forma diversa de concebir la sociedad, la política, la religión, el derecho, etc., cada uno de ellos con mayor o menor fortuna. Las escasas páginas con las que contamos no nos permiten realizar un estudio comparativo entre los mismos pero, al menos, vamos a intentar poner de manifiesto algunos de los aspectos más relevantes de los mismos. En concreto, las características más significativas del socialismo las vamos a reflejar en algunas de las doctrinas utópicas⁸, basadas en la comunidad de bienes, que se han formulado a lo largo de la historia. Por su parte, el sistema capitalista tendría su reflejo en la concepción que se opone a esa comunidad de bienes y que respalda la libertad de mercado. Son breves pinceladas pero que confiamos sirvan a los lectores para efectuar una reflexión sobre esa *optima societate*, libre e igualitaria que aún estamos intentando conformar.

4.1.3.1. Precedentes

⁷ El término *socialismo* lo adoptamos en un sentido amplio, abarcando en general todas las doctrinas que han defendido el igualitarismo, principalmente la marxista pero también la teoría leninista y stalinista, así como el comunismo propiamente dicho. Ocuparnos del capitalismo y del socialismo en profundidad exigiría un estudio muy amplio, por lo que, aun a riesgo de simplificar en exceso, vamos a referirnos a estos dos sistemas a lo largo de nuestro trabajo sin incidir en una presentación de sus propuestas y las teorías con que se han intentado rebatirlas. Para un estudio más amplio, *vid.* STOLZE, D., *Der Kapitalismus*. Traducción al castellano de J. Adsnar Ortega. *El capitalismo*. Barcelona, L. de Caralt, Editor, 1971; y, FETSCHER, I., *Der Sozialismus*. Traducción al castellano de J. Ruíz. *El Socialismo*. Barcelona, L. de Caralt, Editor, 1971; también del mismo autor, *vid.* *Der Kommunismus*. Traducción al castellano de J. Adsnar Ortega. *El Comunismo*. Barcelona, L. de Caralt, Editor, 1971.

⁸ A lo largo de la historia del pensamiento filosófico-jurídico y político han sido muy numerosos los filósofos que han intentado ofrecernos una concepción justa de la sociedad (PITÁGORAS, SÓCRATES, PLATÓN, ARISTÓTELES, los Gracos en Roma, JESUCRISTO, APOLONIO, PLUTARCO, los Padres de la Iglesia, T. MORO, BODINO, CAMPANELLA, GROCIO, HOBBS, LOCKE, PUFFENDORF, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, HELVECIO, SMITH, CONDORCET, MIRABEAU, ROBESPIERRE, CONSTANT, BUONAROTTI, OWEN, SAINT-SIMON, MAZZINI, -y tantos otros -) pero, puesto que referirnos a todos desbordaría los límites propuestos de nuestro trabajo, vamos a hacer referencia únicamente a alguno de ellos.

La capacidad fabuladora de la civilización griega inventó, muy tempranamente, una época de perfección pretérita del conjunto de la sociedad humana y un lugar dichoso para los héroes. Edad dorada y Campos Elíseos permiten a los griegos diseñar la utopía perdida y el paraíso recobrado, lo mismo que en los hebreos se conjugan el Edén adánico y la esperanza mesiánica de la auténtica tierra prometida, al final de los tiempos. Siglos más tarde, los romanos, con su escasa disposición para la utopía, adoptarán el mito griego de la edad de oro, como han mostrado las obras de Ovidio y de Virgilio. Se trataba de ubicar en la lejanía y en zona inaccesible el Paraíso, el Elíseo. En ello coinciden griegos y hebreos, pero también los fenicios. La utopía viajera se va a disparar en busca de los paraísos perdidos, de los símbolos edénicos, ya se trate del vello de oro o del Santo Grial, con la conciencia de los peligros y horrores que circundan el lugar de los bienaventurados. En esta actitud colabora la persistencia de viejos mitos astrales: allí donde el sol se pone, reina la muerte. En esta óptica, habrá creaciones utópicas con derivaciones sensualistas y placenteras y otras, por el contrario, responden a una línea ascética y represiva, entregada a la idealización del orden político espartano⁹.

Buena muestra de esta tendencia austera la constituye la *República* de Platón (427-347 a.C.), donde nos presentaba su ideal de comunidad política en toda su pureza, inspirando toda su filosofía política y social en el postulado de la subordinación inflexible de las partes al todo y, por consiguiente, de las clases sociales y sus miembros al bien común de la ciudad. Esta unidad, en cuya virtud las exigencias de la colectividad deben prevalecer sobre los individuos, hace que suprima en las clases superiores la propiedad y la familia, para que los magistrados o gobernantes y guardianes puedan dedicarse a sus funciones sin interferencia de los intereses particulares. Las uniones sexuales no serán casuales y se tendrán particularmente en cuenta preocupaciones eugenésicas que recomendarán el abandono de los niños nacidos en condiciones insatisfactorias o en número excesivo. El comunismo de Platón es un comunismo de inspiración ética o, mejor dicho, política no económica; un comunismo "por razón de Estado", limitado a las clases superiores, ya que éstas son las únicas que tienen una participación activa en la vida pública de la ciudad. Platón apenas se ocupa de la tercera clase social, los artesanos y agricultores, relegándoles únicamente a la esfera privada.

Ciertamente, en la *República*, Platón no nos muestra una concepción de la sociedad igualitaria. Está más preocupado por defender una clase política honesta y virtuosa, la fórmula del rey-filósofo o del filósofo-rey. Habiendo sido discípulo de Sócrates, a la muerte de éste salió de Atenas profundamente decepcionado. La realidad política de Atenas, con sus mezquinas luchas de intereses y la injusticia cometida con Sócrates le hizo desistir de consagrarse a los negocios públicos. Entendió que el mal gobierno, fenómeno general de la época, sólo podía solucionarse a la luz de la verdadera filosofía que procuraría el orden y la justicia en las relaciones de individuos y grupos¹⁰.

⁹ Cfr. GONZÁLEZ SEARA, L., *El poder y la palabra. Idea del Estado y vida política en la cultura europea*. Madrid, Tecnos, 1995, pp.139-141.

¹⁰ Con todo, hay que advertir que la defensa del comunismo por parte de PLATÓN no es homogénea a lo largo de sus obras. Donde más fuerza tiene es en la *República* -en la que la posesión y el uso de propiedad está controladas-. En *Las Leyes* no oculta que sigue considerando el comunismo como solución

Siglos más tarde, Sir Thomas Moro (1478-1535), intenta también recuperar el ideal antiguo del sabio conciliándolo con la espiritualidad cristiana. Por discrepancias con Enrique VIII acerca del pleito matrimonial del monarca con Catalina de Aragón, Moro fue obligado a dejar su cargo de Canciller de Inglaterra e ingresar en prisión para después ser ajusticiado. Su libro más conocido es *Acerca de la mejor constitución política y la isla de Utopía (De optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia*. Lovaina, 1516)¹¹. En ella se contiene la descripción del régimen político y social de un Estado perfecto en la imaginaria isla de Utopía, que Moro sitúa en los mismos mares del Sur, recientemente descubiertos¹².

Como en Platón, se comienza también suscitando la relación entre el poder político y la sabiduría pero T. Moro, al igual que otros autores defensores de una sociedad utópica, será mucho más sensible con respecto a la desigualdad de clases. El incremento de la industria de la lana, con la consiguiente transformación de zonas de cultivo en zonas de pastoreo, provocaba la miseria en un número cada vez mayor de arrendatarios y colonos. Moro denuncia ese egoísmo social que divide el país en dos clases de enemigos. Incluso las propias leyes parecen hechas por los ricos para explotar a los pobres.

Contrastando con esta desigualdad, que desde el punto de vista cristiano y humanístico no podía tolerarse, en Utopía reina la comunidad de bienes. Su complemento es el deber del trabajo para todos, que permite reducir su duración y asegurar el ocio suficiente para el cultivo del espíritu y el desarrollo de la vida familiar. Si la comunidad de bienes nos recuerda el precedente de la *República* de Platón, se diferencia de él en la valoración positiva de la familia y del trabajo manual. De nuevo está presente Platón cuando Moro exceptúa del trabajo manual a una aristocracia del espíritu, llamada a gobernar. Esta idea de la comunidad de bienes en la Utopía parece estar inspirada en principios patrísticos. Es la mayor conveniencia para el bien común la que determinará el régimen concreto de la propiedad.

A diferencia de lo que suelen hacer los autores de utopías, Moro no aísla su

ideal, aunque le parece demasiado buena para la naturaleza humana. En consecuencia, cede ante la fragilidad humana en los dos puntos principales y deja subsistentes la propiedad privada y la familia. Sí conserva su plan de igualdad en la educación (Cfr. SABINE, G.H., *A History of Political Theory*. Traducción al castellano de V. Herrero. *Historia de la Teoría Política*. 1ª reimpresión. Revisada por T.Landon Thorson. Fondo de Cultura Económica de España, 1994, p.85).

¹¹ *Utopía*. Traducción al castellano y notas de E. García Estébanez. Estudio preliminar de A. Poch. 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1992.

¹² AMERICO VESPUCCI había descubierto por entonces el Nuevo Mundo a los europeos. La presencia de América había hecho surgir la utopía. Cuenta VESPUCCI: "*Viven sin rey sin ninguna clase de soberanía y cada uno es su propio dueño*". Lo que nos muestra que la mente de MORO, como la de la época, estaba "predispuesta" para ciertas sugerencias y no para otras. Ni siquiera para ROUSSEAU será un ideal este tipo de "salvaje". El *Contrato social* no es precisamente la consagración de la anarquía sino todo lo contrario" (*Vid. Utopías del Renacimiento*. Estudio preliminar de E. Imaz. México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 10ª reimpresión, 1990, p.13).

comunidad ideal del resto de la humanidad. La isla de Utopía tiene, pues, una política exterior y está preparada para la guerra. El dinero, prácticamente suprimido en la esfera interna, es un medio lícito para premiar la muerte de los jefes enemigos y de sus consejeros. Con todo, los utopienses prefieren los éxitos diplomáticos a los militares, y a este fin establecen un sistema de prevención de la guerra basado principalmente en la dependencia económica de sus recursos respecto de Utopía. Este contraste entre la política interior y exterior de Utopía deriva de que a juicio de Moro, no se podía mantener Utopía en su aislamiento total. De ahí que mientras la pauta ético-social de Utopía no se haya generalizado, sus postulados no podrán ser aplicados íntegramente a un mundo que aún no conoce su sabia regulación¹³.

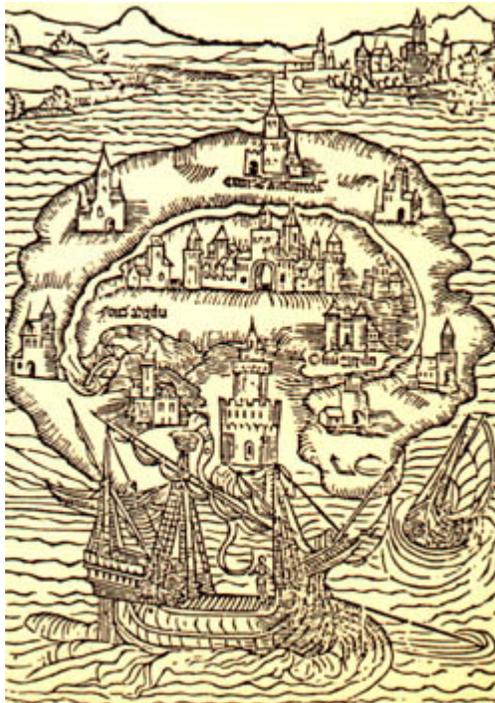


Ilustración de la primera edición de Utopía (1516).

Más tarde, Tommaso Campanella (1568-1639) nos presenta la utopía en el Renacimiento italiano, principalmente a través de sus obras *La Città del Sole* y de su *Aforismi politici*. Fraile dominico en Calabria estudió, según la tradición de su orden, la filosofía aristotélico-tomista pero ello no le impidió la lectura de otros muchos libros de astrología, ciencias ocultas, textos proféticos, etc. sin detenerse por el hecho de que tales

¹³ *Utopía* ejerció un notable influjo en la colonización del Nuevo Mundo. Vasco de Quiroga (1470-1565), obispo de Michoacán en el virreinato de Nueva España la aplicó fundando comunidades indígenas según el modelo de la *Utopía* de MORO (con trabajo manual generalizado y diversificado en seis horas diarias, propiedad comunal de las tierras, vida sencilla y atención a la dimensión espiritual). Consiguió además de Carlos V para los indios de sus asentamientos la supresión del pago de tributos.

libros estuviesen prohibidos por el Santo Oficio. Fruto de sus lecturas realizó numerosas críticas que afectaban tanto a la organización eclesiástica como a los abusos cometidos por sus miembros más destacados: "*Li martiri andarono in cielo, li vescovi si guardano la pancia*"¹⁴.

Tras verse complicado en varios procesos, por último es acusado de dirigir una conspiración contra la dominación española y condenado a un encarcelamiento de veintisiete años (1599-1626). Campanella parecía convencido de estar destinado a la renovación de la humanidad e intentó plasmar en la realidad un proyecto político de carácter universalista que debía dar lugar a una nueva era de paz y felicidad para todos los hombres. *La Città del Sole* parece que fue redactada en 1602, en la cárcel, y retocada y completada más tarde. En ella presenta la construcción de ese nuevo orden basado en la unidad política, social y religiosa de toda la humanidad, estableciéndose para todos los pueblos una única y suprema autoridad, cuya sabiduría la haría obrar bien y justamente. Se trataba de construir un Estado-comunitario de carácter universal, en el que las relaciones Estado-ciudadano no se justificaran exclusivamente en base a razones pragmáticas.

Al frente de la Ciudad del Sol hay un príncipe-sacerdote, el Metafísico, elegido por un Colegio de magistrados que tiene asimismo funciones religiosas y civiles a la vez. Junto al Metafísico, tres príncipes-sacerdotes, cuyos nombres equivalen a *Potestas*, *Sapientia* y *Amor*, se distribuyen las respectivas tareas de gobierno¹⁵.

Se destaca la importancia de la integración en el todo y lo que sea susceptible de desviar al hombre de dicha integración es eliminado. De ahí que en la Ciudad del Sol se suprima no sólo la propiedad privada, como en la isla de Utopía o en la República de Platón, sino también la familia, que T. Moro sí conservaría. En la Ciudad del Sol el trabajo es una obligación para todos. Ninguna clase de trabajo es despreciable. Como en Utopía, la universalidad del deber de trabajar permite reducir el horario diario del trabajo. Como en T. Moro, se encuentra en Campanella una crítica social, referida en este caso no a Inglaterra sino a la ciudad de Nápoles, donde el trabajo pesa sobre una minoría, mientras una mayoría de ociosos se entrega a toda clase de vicios.

En este florecer utópico que el Renacimiento proyecta hacia la modernidad, se ha hecho observar con frecuencia que, en España, no se produjo ninguna utopía - dejamos a un lado el significado que pudiera encerrar la obra cervantina de *El Quijote* - semejante a las de Moro, Bacon o Campanella. Tal vez, la única muestra de utopía pueda encontrarse en el significado real del descubrimiento de América en la concepción del mundo de la vieja Europa bien sea a través de la proyección de las ideas europeas sobre el continente americano, bien sea a través de la repercusión del Nuevo Mundo en las ideas y formas de la sociedad europea.

¹⁴ CAMPANELLA, T., *Antiveneti*. Firenze, Ed. Firpo, 1945, p.54.

¹⁵ Cfr. CAMPANELLA, T., *La Política*. Traducción y Edición de M. González García. Madrid, Alianza Editorial, 1991.

4.1.3.2. Socialismo utópico

La antigua organización social, basada especialmente en la comunidad familiar y de residencia había cedido el paso a otra donde la actividad primaria era la vida productiva y lo básico de las relaciones era el espacio en que se desarrollaban. La revolución industrial trajo consigo la aspiración al protagonismo político de grandes sectores sociales. El conflicto entre una minoría de propietarios a los que se les reconocía íntegramente el derecho a la participación y una mayoría condenada al anonimato estaba estallando. Los defensores del ideal socialista serán los que se propongan alterar este esquema.

La vía seguida para lograr ese cambio ha sido variada. La más extendida fue la de Marx y Engels para quienes lo básico era la crítica del capitalismo como forma de producción central de la sociedad moderna, así como la lucha contra las formas políticas que la legitimaban y mantenían. La futura organización social tendría que fundarse sobre la propiedad colectiva de los medios de producción, capaz de garantizar la abundancia de bienes y servicios para todos, de forma que la igualdad efectiva de la sociedad comunista fuera la base de una organización política no discriminatoria que, incluso, habría de llegar a desaparecer como Estado.

El socialismo utópico fue otra de las vías seguidas aunque hay que señalar que con escasa relevancia práctica, fundamentalmente por los penosos resultados de las comunidades utópicas allí donde habían sido puestas en práctica (Vg. New Lanarck o los distintos intentos de fundación de falansterios fourieristas).

El término socialismo aparece sobre 1830 sin que los hombres o las fuerzas que lo reivindican piensen en una proximidad a la utopía. Sin embargo, una alianza de movimientos, de ideas bastante contradictorias en el plano político, permite que la unión de los dos términos de socialismo y utopía sirva para designar en el siglo XIX un conjunto desigual de concepciones políticas desde el momento en que se preocupan de la cuestión social sin plantearla dentro de las metas del liberalismo o del marxismo. Paradójicamente, el propio marxismo es designado por algunos así, de tal forma que será a la utopía socialista a la que se imputará el advenimiento del socialismo real.

La utopía ha sufrido numerosas críticas acusada de engendrar, en nombre de "un hombre nuevo", de una "sociedad nueva", un Estado totalitario. En la raíz de la posición de la utopía hay una actitud de revuelta respecto a la necesidad de las cosas o del orden establecido. Por parte de los marxistas se consideraba que sólo su método, el materialismo dialéctico e histórico, podría considerarse verdadera ciencia. Cualquier otro método, como el de Fourier, el de Leroux, el de E. Cabet, el de Owen o el de L. Blanc era utópico, es decir, ingenuo, pueril, irrealista, idealista, moralista, metafísico e incluso religioso y, de la misma forma que la religión, la utopía adornece al pueblo y difumina su conciencia de clase. Todo se salvó con Marx; el socialismo utópico, y ese es

su mérito principal, no es más que la infancia del socialismo científico que anuncia y cuya puerta abre; es un socialismo "premarxista". Se presenta el marxismo como la etapa de madurez del socialismo utópico. Esta afirmación de una continuidad histórica entre un socialismo utópico precursor superado y un marxismo científico que revela al movimiento obrero su plena madurez, es significativa de esa filosofía de la historia propia de todos los determinismos positivistas.

Se considera que los sistemas sociales de Saint-Simon, de Fourier y de Owen, entre otros, aportan algunos descubrimientos útiles y positivos, pero su importancia se valora como función inversa del desarrollo histórico. Porque siempre, según Marx, la utopía es ahistórica ya que ignora la lucha de clases. Las utopías son conscientes del antagonismo de clases pero sustituyen las condiciones históricas de la emancipación por condiciones fantasiosas. Desean mejorar la condición de todos, incluidos los privilegiados. Creyendo en la fuerza del ejemplo y siendo defensores siempre del pacifismo, son incapaces de concebir las leyes de la revolución.

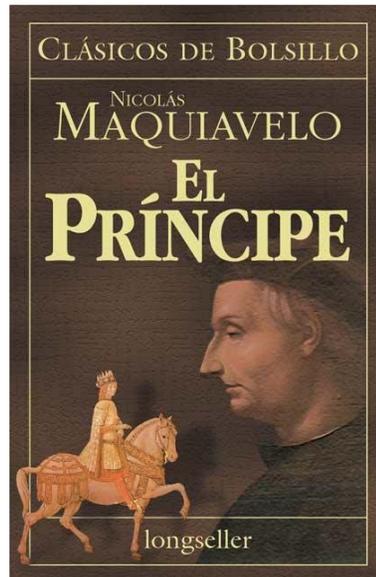
La utopía, término acuñado por T. Moro en 1516, no se mide por su capacidad de realización sino por su capacidad crítica que rechaza las discusiones dentro de un marco impuesto y se vuelca sobre los principios, las aporías de los sistemas derivados de los propios sistemas.

Con todo, hay que hacer notar que los utopistas del siglo XIX, contrariamente a lo que se suele pensar, no reniegan en absoluto de la idea de la ciencia, sino que pretenden valerse de ella contra los falsos sabios, las falsas ciencias de todo tipo que fabrica el espíritu positivista¹⁶.

Las teorías utópicas, sin que hicieran una referencia explícita a ello, encerraban sin embargo una oposición al sistema capitalista de mercado y se decantaban por una defensa del socialismo. Será Marx y sus continuadores quienes formulen, en términos económicos y políticos principalmente, una acentuación de los principios utopistas.

¹⁶ *"En su conjunto, las doctrinas socialistas del siglo XIX tienen en común la crítica del liberalismo en tanto que es incapaz de resolver la "cuestión social" y proponen soluciones prácticas basadas en la doble convicción de la inmoralidad y de la ineficacia de la economía política clásica. Al margen de eso, las divergencias son tales que reunir las bajo el único calificativo de utopías sería una impostura"* (CHÂTELET, F., DUHAMEL, O., y PTSIER-KOUCHNER, E., *op.cit.*, p.122).

NICOLÁS MAQUIAVELO (1469-1527)



1.- Contexto histórico

2.- Los objetivos de Maquiavelo

3.- Moral, Política y razón de Estado

4.- El Príncipe

4.1. Modelos de Príncipes

4.2. Poder y Política

5.-El punto de partida: su antropología

6.- Maquiavelo y la religión

7.- Juicio crítico

8.- Maquiavelismo

Constituirá una nueva teoría o filosofía de la política. Es el primero en tratar de sustraer el orden político del dominio de la moral natural, postulando que rige en él una técnica de gobierno autónoma, y que nada debe prevalecer a la «razón de Estado» y a la voluntad del Príncipe.

1.- Contexto histórico

Durante la época republicana, Maquiavelo ocupó un puesto administrativo en el gobierno y realizó diversas misiones diplomáticas¹⁷. En 1512, al ser derrocada la república y volver los **Médici** al poder, sufrió persecución y vivió casi todo el resto de su vida en el exilio, durante el cual escribió sus dos obras más importantes: *El Príncipe* y *Discursos sobre los diez primeros libros de Tito Livio*. Murió en 1527 (año en que se produjo el “saqueo de Roma” por las tropas españolas de Carlos V).

Maquiavelo vive en una época en la que empiezan a crearse las nuevas nacionalidades: **Francia** lo consigue después de la Guerra de los Cien años; **Inglaterra** se hace una nación potente, tras la guerra de las Dos Rosas, bajo la dinastía de los Tudor; **España** consigue su unidad nacional con los Reyes Católicos.

Cuando Maquiavelo escribe, Inglaterra, Francia y España son reinos firmemente establecidos y con potentes ejércitos, mientras que Italia está dividida en los Estados independientes de Milán, Florencia, Venecia, Nápoles y los Estados Pontificios, siendo estos últimos, a su vez, un conglomerado, muy poco cohesionado, de Estados semiautónomos. Las rivalidades y guerras entre Estados italianos, las frecuentes invasiones de ejércitos extranjeros que juegan a favor de unos u otros, las bandas de mercenarios que asolan Italia, la corrupción política imperante y la degradación moral son las características de una sociedad en la que como aspecto positivo sólo cabe mencionar la brillantez en la creación artística. Italia es un avispero o mosaico de principados y feudos, de luchas internas, de rivalidades políticas y de conflictos entre príncipes. Es un campo de continuas batallas, a la par que de invasiones extranjeras como las de Francia, España, etc. Es un verdadero laboratorio de sistemas políticos distintos: Estados Pontificios, reinos feudales, tiranías, municipios libres, imperios comerciales, etc. Sólo ella permanece refractaria al movimiento general centralizador.

Maquiavelo consideraba que el principal culpable de tal estado de cosas era el papado, pues no tenía bastante fuerza para unir a Italia y tenía suficiente para impedir que otros lo hicieran; consideraba, además, que esta falta de unidad era la causa de todos los males de Italia.

2.- Los objetivos de Maquiavelo

No le importa que se esté destruyendo la concepción de «cristiandad» o imperio universal. Lo que busca y pretende es que Italia sea una gran nación; hacer de ella una primera potencia como lo había sido en otros tiempos.

Desea reflejar en su pensamiento político lo mismo que Galileo y Francis Bacon habían reflejado en su pensamiento científico: la necesidad de dominar. Hay que

¹⁷ Cfr. Skinner, Quentin: *Maquiavelo*. Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1991. 121 págs.

dominar el Estado de la misma forma que Galileo había llegado a dominar la Naturaleza. Y esto es lo que se refleja en sus obras. Al igual que Galileo había creado una ciencia natural y empírica de la realidad física, él creará una ciencia natural y empírica de la realidad política.

El intento de Maquiavelo será, pues, estudiar las cosas como son, es decir, la sociedad tal y como es; intenta crear una Ciencia política: investiga la verdad efectiva de la cosa pública y no el Estado ideal o imaginario.

3.-Moral, Política y razón de Estado

Maquiavelo quiere averiguar los factores que concurren en la adquisición, el afianzamiento e incremento o la pérdida del poder en el Estado y entre los Estados. La suya es una concepción naturalista (en el sentido de las ciencias naturales) de la política.

Una primera característica de la obra de Maquiavelo es que contempla toda la actividad humana bajo el prisma de la política, y una segunda, y la más específica, su radical amoralidad. Para Maquiavelo, la variable política fundamental es el poder, entendiendo por tal la capacidad de obligar a otros a la obediencia, y el enfoque adecuado para el estudio y praxis política, el de la más estricta amoralidad, rechazando cualquier norma de carácter ético, en aras de la eficacia, de la **«razón de Estado»**.

Este rechazo de cualquier condicionante moral en el gobernante rompe abiertamente con toda la tradición del pensamiento político, que proclamaba la unidad entre ética y política, y ha valido a Maquiavelo la fama de personaje siniestro y paradigma de la inmoralidad *«maniobrero»*.

En cuanto a la necesidad del **«Estado de derecho»**, afirmaba que un país es verdaderamente afortunado no cuando tiene un príncipe que gobierna prudentemente mientras vive, sino cuando tiene uno que otorga tales leyes que hacen posible la continuidad del país, aun después de su muerte. En relación con esto, afirma que la división más importante que puede hacerse entre los hombres es la de aquellos que merecen gloria y la de los que merecen infamia. Ejemplos de los primeros pueden ser los fundadores de religiones y de repúblicas, los grandes jefes militares y los grandes hombres de las ciencias y de las letras; ejemplos de los segundos son los destructores de religiones o de repúblicas, los enemigos de las ciencias y de las letras y cualesquiera otros que desestabilizan la sociedad.

En resumen, lo específico del pensamiento de Maquiavelo sería: es necesaria la ley y una moralidad en el pueblo, pero el gobernante está por encima de ellas. Sólo debe contar para él la **«razón de Estado»** y ser la eficacia su patrón de medida.

No hay nada que justificar, ya que no hay principios universales ni religiosos; sólo hay un principio y es la "razón de Estado". La política del Príncipe viene justificada por el fortalecimiento del Estado. No puede, el Príncipe, observar o atenerse a las cosas que se

consideran buenas entre los hombres, ya que para mantener el Estado se verá obligado a ir contra cualquier principio justificador.



Vemos cómo se ha producido con Maquiavelo la **separación entre moral individual y moral política**; una cosa es el individuo cuando actúa solo y otra muy diferente cuando lo hace como elemento del Estado.

La Moral del Estado se justifica en sí misma; esto lo explicitará claramente Hegel diciendo, en su Filosofía del Derecho, que la moral del Estado debe colocarse aparte de la del individuo; que la del individuo deberá someterse a la del Estado ya que éste prevalece, de modo absoluto, sobre el individuo. De aquí surgirán, por tanto, todas aquellas ideologías que afirmen que **el fin justifica los medios**. Y dicho fin es la preponderancia y conservación del Estado.

Maquiavelo desprecia cualquier moralización porque la considera, en política, totalmente insuficiente y hasta contraproducente y negativa. Separa la Ética de la Política, haciendo con ello justamente lo contrario al objetivo que se inició con Sócrates.

Maquiavelo es quien pone la palabra «**Estado**» en circulación. Pero ya hemos expuesto que el Estado no significa nada con fin moral; es mera forma de Constitución y relaciones de poder, o simplemente poder político y poder público; es algo meramente objetivo, un instrumento para conseguir que funcione tal poder personal.

De esta concepción se van a seguir:

- a) un ideal de Estado absolutista;
- b) un Estado ideal nacionalista, ya que no le importa para nada la «*universitas christiana*» sino la Italia concreta de su tiempo;
- c) un Estado de positivismo jurídico, puesto que en sus consideraciones no hay nada de Derecho o Ley natural. Así, la ley positiva no encuentra más límites en su formulación que aquello que el Príncipe considere como útil o conveniente, en cada caso. La **ley** puede ser, por tanto, aquello que quiera el Príncipe.

El **pueblo** no cuenta nada para Maquiavelo. Es un ser amorfo y pasivo que sólo quiere seguridad y colmar de alguna manera sus necesidades. De aquí se deduce que no tiene ningún derecho, ni siquiera el de expresar su pensamiento. A lo sumo Maquiavelo lo utiliza, en la formación de su Estado Nacional: en el ejército, ya que, dice, sería preferible que fuera popular y nacional y no mercenario¹⁸.

4.- *El Príncipe*:

Es un libro breve al igual que sus capítulos, y, sobre todo, enormemente realista¹⁹. Su ideología tendrá base sólo y absolutamente existencial. Su teoría se ancla en la vida. Es eminentemente vitalista. Antes de Maquiavelo se habían escrito normas para los príncipes desde perspectivas totalmente diferentes a la suya. Maquiavelo quiere investigar la verdad efectiva de la cosa pública pero a través de su propia experiencia y de las lecciones de la historia. Quiere ofrecer aquello que tiene en más estima de cuantos posee: "*Su conocimiento de los mayores y mejores gobernantes que han existido*".

De sus diferentes misiones diplomáticas al servicio de los *Médici* había obtenido amplia experiencia sobre las vicisitudes políticas de su tiempo; de sus escritos anteriores al *Príncipe* le ha quedado especial interés por la política romana y un cúmulo de reflexiones profundas sobre las causas de la decadencia y del éxito en la política. A ello unamos su nostalgia, como hombre Renacentista, del mundo greco-romano y tendremos las razones de su inspiración en la ciencia política romana; restaura el naturalismo político romano, para el que toda actuación ha de justificarse no en principios religiosos ni morales, sino en Roma, es decir, en el interés del Imperio.

Entiende que para periodo de estabilidad política, un régimen republicano, al estilo de la época de la república en Roma- especialmente, la del gobierno de Tito Livio, como refleja en su obra *I Discorsi sopra la prima época de Tito Livio*. Para épocas de inestabilidad o de guerra, es más conveniente un gobierno fuerte y único – *Il Principe*- capaz de adoptar decisiones con rapidez.

4.1. Modelos de Príncipes

¹⁸ Cfr. Maquiavelo, Nicolás: *Del arte de la guerra*. Ed. Tecnos.Madrid, 1988. 200 págs.

¹⁹ Cfr. Maquiavelo, Nicolás: *El Príncipe*. Ed. Alianza Editorial.Madrid, 1984. Prólogo de Miguel Angel Granada. 134 págs.

Los autores vacilan en torno a qué modelo humano pudo tomar Maquiavelo para su obra; unos sostienen que fue César Borgia, que contribuyó al florecimiento de los Estados Pontificios y a quien Maquiavelo conoció estando en Urbino; otros apuestan en favor de **Fernando de Aragón**, que consiguió la unidad de España.

1º) **Luis XII de Francia**: Maquiavelo pasará seis meses en 1500 en la corte de Luis XII de Francia como embajador de la República de Florencia para explicar las dificultades que los florentinos habían encontrado en la guerra contra Pisa, donde actuaban como aliados de los franceses. Tiene la oportunidad de conocer una Monarquía moderna y fuerte, frente a la endeble y vacilante Florencia, y aprendió sus primeras lecciones: “sus escritos políticos de madurez están llenos de advertencias sobre la necesidad de las dilaciones, el peligro de aparecer como irresoluto, la necesidad de una acción rápida y decidida tanto en la guerra como en la política”²⁰.

2º) **César Borgia**: En abril de 1501 Borgia fue nombrado duque de la Romaña por Alejandro VI. Inmediatamente lanzó una serie de audaces campañas: se apoderó de Faenza, de Piombino, del ducado de Urbino. Engreído con estos éxitos, pidió entonces una alianza formal con los florentinos, y solicitó que se le enviase un mensajero para escuchar sus condiciones. El hombre elegido para esta delicada tarea fue Maquiavelo. Después de cuatro meses en esa misión, dirá Maquiavelo de Borgia: “controla todo por sí mismo”, gobierna “con extrema discreción” y es capaz en consecuencia de decidir y ejecutar sus planes con una rapidez aplastante

3º) **Julio II**: las luchas que surgen entre C. Borgia y el nuevo pontífice, Julio II, obligan a Maquiavelo a realizar nuevas misiones diplomáticas. Las pretensiones del Papa de recuperar los territorios de Perugia y Bolonia obligan a Maquiavelo a negociar con Julio II. Observando el Papa guerrero en acción, Maquiavelo quedó impresionado en un principio, y luego atónito: “*Nadie piensa que el Papa sea capaz de llevar a término lo que pretende*”; “*procede impetuosamente en todos sus asuntos*”...

4º) **El emperador Maximiliano**: La *signoria* de Florencia envía a Maquiavelo como embajador ante Maximiliano ante su plan de marchar sobre Italia y coronarse emperador en Roma. Desde el principio hasta el final el emperador causó a Maquiavelo la impresión de un gobernante totalmente inepto, y su debilidad fundamental era la tendencia a ser “muy negligente y crédulo a la vez”, a resultas de lo cual “*manifiesta una constante proclividad a dejarse influenciar por cada opinión distinta que se le presente*”, “*un hombre manejable*”, “*es imposible fiarse,...lo que hace un día lo deshace al día siguiente*”²¹

Lo que sí está claro es el destino o finalidad del libro. Lo expone manifiestamente en el capítulo último: incitar a un príncipe, Lorenzo de Médici, al que va dedicado, «*a hacer por la guerra y por la astucia (león y vulpeja), la unificación de*

²⁰ Skinner, Quentin: *Op. Cit.* Pág.18

²¹ Idem. Págs.25-26

Italia». «*Exhortación para librar a Italia de los bárbaros*», dice, refiriéndose a los extranjeros invasores.

El método, como hemos dicho anteriormente, será examinar la sociedad como es y no cómo debería ser. La sociedad es algo real y como tal se puede experimentar y observar. «Tal conocimiento sólo lo he adquirido gracias a la experiencia de las horribles vicisitudes políticas de nuestra edad y merced a la continuada lectura de las antiguas historias. Y luego de haber examinado durante mucho tiempo las acciones de aquellos hombres, y meditándolas con seria atención, encierro el resultado de tan profunda y penosa tarea en un reducido volumen».

Aun cuando Maquiavelo era partidario de un régimen republicano, y, en cierta medida, democrático, consideraba que en **Italia** no se daban las circunstancias objetivas para ello; que era necesario, en primer lugar, conseguir la **reunificación** nacional a través del liderazgo de un príncipe capaz y sin inhibiciones morales. Por ello dedica *El Príncipe* a Lorenzo de Médici con la intención de animarle a emprender semejante tarea y enseñarle las reglas en que debe basarse la acción política. Cuando existe una república libre, hay que asegurar su pervivencia educando en las virtudes cívicas a los ciudadanos, pero cuando todavía no existe, lo primero es propiciar la aparición de un fundador político que establezca la estabilidad y orden necesarios para que posteriormente pueda construirse la república.

Maquiavelo cree en la inevitabilidad del ciclo político: monarquía, tiranía, aristocracia, oligarquía, democracia y anarquía. Sólo cuando un país tiene la fortuna de disponer de un príncipe capaz puede eludirse la última fase y empezar de nuevo el ciclo.

4.2. Poder y Política

Maquiavelo escribe sobre la **mecánica del poder**: cómo conseguirlo y cómo conservarlo. Rechaza explícita y reiteradamente cualquier consideración de tipo moral, que el príncipe ni siquiera debe plantearse, ya que lo único importante es la eficacia. Para conseguir esta eficacia va dando una serie de normas, tales como, por ejemplo:

- que el príncipe debe conservar el poder en sus propias manos, pues un poder compartido puede volverse contra él;
- que debe estudiar empíricamente qué es lo que la gente desea para deducir el tipo de manipulación apropiada;
- que debe estar dispuesto a halagar o a destruir los hombres según le convenga;
- que debe emplear la violencia con medida, para minimizar la posible reacción;
- que cuando se emplea la violencia debe hacerse rápida y despiadadamente, procurando, además, aplicarla a través de terceros, a los que en caso necesario se puede luego destruir, etc.

La inspiración naturalista de la política de Maquiavelo implicaba la ya aludida autonomía de la política. La política, independizada de la ética, se convierte en una técnica de adquisición, conservación o incremento del poder en el Estado y entre los Estados. Y habrá que enjuiciarla, no desde el punto de vista trascendente de una regla moral superior, sino desde el punto de vista inmanente de su lógica interna, de la adecuación de los medios al fin. La ética queda relegada a la esfera privada de la vida humana. El príncipe es antes persona pública que privada. Su conservación es la suprema ley. De ahí las conocidas máximas maquiavélicas (especialmente en los capítulos XVII y XVIII de *Il Principe*, acerca del comportamiento del príncipe en sus relaciones con los súbditos y con los demás poderes:

- Aun cuando es mejor para él ser amado que temido, habrá de preferir lo segundo en el supuesto de tener que elegir.
- Aun cuando es mejor mantener la promesa dada, ésta se quebrantará en el caso de que resulte provechoso
- Aun cuando es mejor tener las cualidades requeridas para gobernar que no tenerlas, lo importante será hacer creer que se tienen, “*ed essere gran simulatore e dissimulatore*”.

Al espejo de príncipes de la tradición medieval, sigue ahora un espejo de príncipes cuyo ideal es la astucia del zorro y la fuerza del león.

El Príncipe deberá compaginar fuerza y habilidad, ardor y prudencia, energía, talento, capacidad, poder...; cuando algún príncipe quiere a toda costa ser bueno, estando rodeado de gente que no lo es, camina hacia su desastre. No obstante, el Príncipe también deberá saber guardar, mientras sea posible, las apariencias del bien, de la decencia, honradez, sinceridad. También, y sólo para poder tener el consenso social, en la medida que lo precise y sólo en ésta, puede el Príncipe tener en la boca palabras de honor, moralidad, fe y religión (esto forma parte de la técnica de la vulpeja o **zorra**, tan útil como la fuerza misma del **león**). Pero si la oportunidad lo exige, tendrá que ser malo y sagaz, perjuro, mentiroso y un gran hipócrita, experto en el arte del fingimiento. Nada hay peor que actuar dudando entre el bien y el mal; hay que actuar con decisión; los políticos con titubeos o escrúpulos no triunfan; y solamente cuenta el éxito final y no los medios para conseguirlo. Al príncipe le juzgarán por sus conquistas, no por los medios que utilizó. Tiene que hacer todo lo que sea necesario para conseguir sus fines políticos. Su política deberá ser la del **oportunismo**.

Dos puntos interesantes a destacar son los que hacen referencia al apoyo que el príncipe debe buscar en el pueblo y a la instrumentalización de la religión con fines políticos. Respecto de lo primero, indica que el príncipe debe buscar el apoyo del pueblo más que el de la aristocracia, porque el pueblo sólo desea no ser oprimido, mientras que la nobleza, además de ser más difícil de manipular, tiene un ansia de poder que es fuente de inestabilidad y desorden. Sin embargo, se debe velar para que el pueblo no se corrompa, por lo cual es necesaria una censura estricta en su comportamiento moral y darle una educación cívica y de amor a la patria. El considerar al pueblo como

naturalmente pacífico, aunque egoísta, es lo que hace que Maquiavelo propugne la forma republicana, cuando se den las condiciones necesarias.

5.- El punto de partida: su antropología

El punto de apoyo del amoralismo político de Maquiavelo es una antropología de fondo pesimista. Parte de cierta concepción del hombre que se asienta en un profundo **pesimismo: el hombre es egoísta por naturaleza**: los que permanecen dentro de un cierto orden, es porque se ven constreñidos por necesidad. La naturaleza humana es mala tal y como es en la realidad. El hombre está lleno de deficiencias y vicios: es desagradecido, inconstante, hipócrita, cobarde ante el peligro, ávido de ganancia, miente, perjura... Ingratos, volubles, simuladores, esquivos al peligro y ávidos de ganancia, “Olvidan antes la muerte del padre que la pérdida del patrimonio”. En una palabra, «se arrastran en las pasiones».

Por tanto, hay que construir la sociedad y la política en dependencia no de como son los hombres respecto de Dios, sino de **cómo son en realidad**. Quien deba gobernar a los hombres tendrá que considerarlos así y usar de todos sus recursos para dominar «tan mala naturaleza». Nada, pues, de hablar de leyes y de orden divinos. Debemos construir una sociedad, no como Dios quiera (principios, teoría), sino teniendo en cuenta cómo son los hombres en la realidad. Maquiavelo sostiene que aquellos políticos que se atienen a normas y principios universales, fracasan; los políticos que actúan sin escrúpulos engrandecen la nación. No hay, pues, que partir de teorías ya que la realidad es otra. No una política de principios sino de realidades concretas.

Vemos claramente que en Maquiavelo se da primacía de la voluntad y de la acción sobre la razón y la verdad. La potestad debe imperar por encima de todo. El poder del príncipe está sobre el Derecho. La justicia, para Maquiavelo, no cuenta nada; no es ningún valor absoluto, sino una variable, según las circunstancias concretas.

La naturaleza humana, así caracterizada, es inmutable en sus tendencias profundas. Esa inmutabilidad permite establecer la política como ciencia, ya que por ser previsible las acciones de los hombres, es posible adoptar las medidas adecuadas para cada supuesto de hecho. Se conocen las pasiones que los dominan y también sus efectos. La política se convierte así en el arte de detener a los hombres en la pendiente de la corrupción, y para ello se valdrá de sus propias pasiones.

6.- Maquiavelo y la religión

Sin duda es la religión lo que menos cuenta en la concepción política de Nicolás Maquiavelo. La ve como una fuerza social más, y no propiamente espiritual sino un instrumento que utiliza el Estado para dominar, ya que por medio de ella se puede tener sojuzgado al pueblo. La considera como un hecho social más, valorándola en función de la influencia que ejerce sobre el comportamiento de los hombres en el Estado. El cristianismo, por ejemplo, acaba debilitando y disociando a la vez al ciudadano, al

ensalzar la humildad y el desprecio por las cosas humanas, contraponiendo las exigencias propias de su credo a las del Estado. La religión es un *instrumentum regni*. Las sanciones religiosas pueden operar en el mismo sentido que la coacción estatal para contener la inclinación humana al desorden.

Afirma, incluso, que son preferibles las religiones paganas (como sucedía en Roma), puesto que éstas ensalzan el poder y la gloria del Estado; el cristianismo, al contrario, lo hace de la pobreza y de la humildad; es, como dirá siglos después Nietzsche, la moral de la canalla. Mas así y con todo, el cristianismo también puede ser utilizable. Toda religión es considerada, pues, como «mero medio para la razón de Estado».

Aunque Maquiavelo era personalmente irreligioso, atribuía a la religión un alto valor político, entendiendo que sin ella los hombres no tendrían una razón profunda para obedecer. Aun considerando al temor como uno de los instrumentos importantes del poder, hasta el punto de afirmar: «*más vale ser temido que amado*», consideraba que el temor sólo es eficaz temporalmente, mientras que la actitud de obediencia proporcionada por la religión es indefinida. Debido a esta importancia de la religión, el Estado debía tener bajo su control a la Iglesia y a sus enseñanzas. Se comprende, después de todo esto, que las preferencias religiosas de Maquiavelo, muy de acuerdo con el talante renacentista, fueran dirigidas hacia las religiones paganas de la antigüedad.

7.- Juicio crítico

Maquiavelo pregona que hay que atender a la realidad, pero creemos que implícitamente admite dos principios:

1º.- que la Naturaleza humana es igual en todos los hombres y en todas las épocas;

2º.-y que lo mismo hay que decir de los sentimientos, pasiones y vicios. Y en este último punto es donde se ve claro que Maquiavelo no tiene en cuenta o no da importancia a las circunstancias históricas de cada sociedad. Como consecuencia de ello, su teoría política caerá en aquello mismo que criticaba y acabará siendo pura doctrina sobre principios abstractos y universales.

En su afirmación de que la naturaleza humana es mala, podemos ver el germen de la teoría que divide al hombre en «hombre de la naturaleza» y «hombre de la civilización» (**T. Hobbes, J. Locke**), pues aunque es cierto que Maquiavelo admitía que el hombre natural es criatura de Dios (fue cristiano, y quiso vivir y morir como tal) y que, por tanto, tiene conciencia, admite leyes naturales y fines trascendentes; no lo es menos que de hecho termina desvinculando al hombre de su "religación" a Dios y afirmando que en la realidad está corrompido.

Esta división dentro del hombre será explicitada años después por **Rousseau**, quien sostendrá que los hombres son buenos por naturaleza y que es la sociedad quien los corrompe. El mismo **Adam Smith** afirmará que en «realidad» todos los hombres se

mueven por principios económicos; así también el marxismo afirmará que lo que «en realidad» mueve es la infraestructura y que es necesario volver al verdadero hombre, transformando al hombre de «la realidad».

Como vemos, con Maquiavelo se inicia la «división» del hombre. Hay comentaristas que sostienen que lo que Maquiavelo quiso destacar en el *Príncipe* fueron todos los aspectos negativos de un posible gobernante absoluto y tirano, pero que su verdadero pensamiento está contenido en sus «*Discorsi sopra a prima época di Tito Livio*» donde mantiene tesis más moderadas y hasta contrarias, presentando como régimen ideal el republicano, basado en la amplia participación del pueblo; fue, sostienen, el espectáculo de la Italia de su tiempo lo que influyó en el contenido absolutista del *Príncipe*; pero Maquiavelo es en realidad antipapal, antifeudal, antiimperial, etc.; es decir, un gran demócrata y patriota, que siente especial admiración por el "nuevo tipo de burgués moderno al que la democracia y el liberalismo deben todos sus triunfos".

8.- Maquiavelismo

Maquiavelo no es un pensador aislado. No sólo por su influencia, sino porque a él se vincula una fuerte **corriente** que, si bien responde a formas de conductas habituales en todas las épocas, sin embargo, desde la Edad Moderna parece recibir una justificación racional y hasta científica. Quizás es injusto atribuir a Maquiavelo la paternidad de esa corriente, pues no era directamente enemigo de la moral ni del cristianismo, aunque sí bastante escéptico acerca de la religión privada y pública de su época, y de hecho acaba propugnando un pragmatismo amoral como condición indispensable para el éxito político. Fueron sin duda su sinceridad al poner al descubierto ciertas formas habituales del ejercicio del poder, junto a su escepticismo que parecía justificar esas actuaciones, y sobre todo la **ruptura que establece entre moral y política** las causas de la controversia que suscitaron sus escritos.

Aparecieron muchos maquiavelistas y antimachiavelistas (entre los que cabe mencionar al español Rivadeneira²²) que en los siglos XVI y XVII constituyeron una verdadera legión. En el siglo XVIII, Federico *el Grande* de Prusia cuya política se inspiraba por completo en las máximas del florentino, escribió, quizás por disimulo, un famoso "*Antimaquiavelo*".

En un principio, la Iglesia no fue hostil, tal vez porque vio en sus obras la mera exposición de unos hechos. Pero la aptitud cambió después y en 1559 fue incluido en el Índice de Paulo IV, condena confirmada en el Índice tridentino de 1556. Su nombre no aparece, si embargo, en la edición del Índice hecha por Pío XII en 1948.

En el siglo XVIII, el alemán Herder intentó la reivindicación del pensador italiano, separándolo del maquiavelismo, como interpretación interesada, deducida de su obra, para justificar las prácticas políticas, pero ese intento no fue eficaz: los ecos de **los escritos** de Maquiavelo se han **identificado** indestructiblemente **con su propia figura**.

22

APÉNDICE 1 INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE UNA PROMESA ELECTORAL

(Fuente: www.contencioso.es/sevach@contencioso.es/ el blog de Derecho Público de Sevach)

Diez argumentos jurídicos para que los políticos puedan eludir su responsabilidad por incumplimiento de su programa electoral

Recientemente se hacían eco los medios de comunicación de una noticia sobre la admisión a trámite de una demanda de responsabilidad por incumplimiento del programa electoral de los políticos. Y ciertamente en estas vísperas de elecciones generales en España resultan llamativas las ofertas de la tómbola política que maneja cualquier candidato con pretensiones de gobernante, cualesquiera que sea su ideología: deducciones fiscales, subvenciones, creación masiva de empleo, ordenadores para todos, prótesis para mayores a discreción, vacaciones y permisos para los trabajadores y para los que no lo son, derechos de ocio a tutiplen, el oro y el moro, mas calidad de vida para los trabajadores y mayores beneficios para los empresarios, soluciones para todo, paz y felicidad a la carta, etc. Más llamativo resulta el énfasis de cada candidato en atacar la credibilidad del oponente y en sobrevalorar la propia, pese a que los electores saben que al final las promesas de “tomo y lomo” se convierten en el “tocomocho”.

Esta situación sugiere jugar con la idea de cómo sería una sentencia judicial que resolviese una pintoresca demanda planteada ante un Tribunal por un ciudadano que reclamase una indemnización por incumplimiento de programa electoral.

Veamos como quedaría, en clave de humor.

-----En el País de la Credulidad, a 4 de Marzo de 2008.



Por el ciudadano Pánfilo se ha formulado una demanda ante este Tribunal de lo Contencioso-Administrativo sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios consistentes en la pérdida de su inocencia al incumplir el Presidente de Gobierno electo el programa electoral anunciado a bombo y platillo en foros televisivos, mítines, folletos y espacios urbanos de propaganda. La demanda se dirige frente a la Administración electoral por no haber comprobado debidamente la

viabilidad y credibilidad de los programas ni de sus candidatos, y se dirige también como codemandado al Presidente electo por incumplimiento de las promesas electorales.

Pues bien, este Tribunal ha de desestimar tal demanda por los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El reclamante carece de interés legítimo para formular tal reclamación, ya que sólo puede exigir tal responsabilidad quien acredite que ha votado por el candidato electo en cuestión, pero no quien votó a otro candidato. Por ello, siendo de imposible acreditación este extremo dado el secreto del voto, ha de inadmitirse su demanda.

SEGUNDO.- No obstante, en cuanto al fondo, no puede considerarse probado un incumplimiento sustancial del programa electoral que determine responsabilidad. En efecto, la calificación de la entidad del incumplimiento de una promesa, depende de la importancia subjetiva que revista tal promesa para la esfera de los intereses personales de cada votante en particular. Así, este tribunal no puede adentrarse en el fuero interno de cada votante (para un ateo la minoración de la subvención a la iglesia católica es importante, pero para un desempleado lo será no crear empleo). Y por ello, no puede aceptarse que un político sea responsable por incumplir algo que para unos votantes es una bagatela y que para otros es esencial. De ahí que no existiendo consenso en el valor de la promesa electoral tampoco podría establecerse una compensación económica tasada por incumplirla, y por ello hemos de rechazar la demanda.

TERCERO.- Asimismo, tampoco sería exigible el cumplimiento de las promesas electorales por falta de concreción o liquidez; en todos sus extremos. En efecto, un examen de las promesas electorales del candidato muestra que toda promesa es susceptible de ser precisada “a posteriori” por el candidato electo en cuanto a condiciones o plazos. Así, si se promete suprimir un peaje de una autopista, por ejemplo, puede posteriormente matizarse que la supresión era parcial y a largo plazo; y si se promete suprimir el Impuesto de Sucesiones, puede igualmente afirmarse sin rubor que era en el entendido de suprimirlo respecto de las herencias de ínfima cuantía. E igualmente si un candidato promete “crear empleo” al no precisarse más detalle, puede considerarse cumplida la promesa si afirma que al menos ha creado empleo: ¡el suyo propio como político, para empezar!. Por eso, no resultan jurídicamente exigibles las demandas de promesas difusas y sin concreción.

CUARTO.- E igualmente debería desestimarse la demanda ya que debería justificarse en la fase probatoria que la promesa electoral concreta no se ha cumplido

respecto del votante concreto reclamante. En efecto, si el candidato promete “crear un millón de empleos”, y el votante sigue desempleado, lo cierto es que el candidato ha cumplido creando esos empleos para otras personas en la cifra comprometida, aunque el aquí reclamante siga en el dique seco. Y por ello, no puede reclamarse indemnización alguna.

QUINTO.- Asimismo, el político electo puede alegar en su defensa y como eximente de responsabilidad o fuerte atenuante, los “usos y costumbres” de la práctica electoral, en España y en casi todos los países, ya que ningún político ni la inmensa mayoría de los votantes considera que las promesas electorales estén para cumplirse, sino mas bien al contrario.

SEXTO.- E igualmente, el político electo puede invocar en su defensa y con efecto exculpativo su buena fe, y falta de imputación a su persona del incumplimiento, ya que la promesa fue efectuada con los datos que le proporcionaron sus ayudantes o el partido político en plena campaña electoral, con lo que a ellos habría que dirigir la demanda.

SÉPTIMO.- Y además, el político electo escudaría su incumplimiento en el conocido principio jurídico del “*rebus sic stantibus*” (o sea que las promesas valen si no varían las circunstancias en que se hicieron) de forma que cuando se alcanza la condición de gobernante, quizás las circunstancias económicas o sociales han cambiado y por tanto, tampoco puede reprochársele el incumplimiento. Este alegato de la defensa se ha planteado también bajo la invocación de “fuerza mayor” o “caso fortuito” dado que la coyuntura internacional le ha impedido cumplir con las promesas.

OCTAVO.- También deberíamos desestimar la demanda si tenemos en cuenta la dificultad de valorar la indemnización de los daños y perjuicios, porque la satisfacción equitativa y justa sería que el político expresase al votante su arrepentimiento y le pidiese sinceras excusas, pero esta condena es de contenido imposible ya que la sinceridad en los políticos es tan extraña como los ojos azules en los zulúes.

NOVENO.- Asimismo, la parte demandada ha propuesto una prueba pericial en que la prestigiosa Universidad de Tokameroke a través del Catedrático de Psicología Política ha informado que según las últimas investigaciones, los adultos mienten o admiten que lo hacen un promedio de treinta veces a la semana, y que en el caso de los políticos el promedio se eleva a 300 veces, señalando que los “*políticos mentirosos parecen tremendamente sinceros, y cuando se enfrentan con hechos que los contradicen, cambian su historia a otra igualmente sincera, sin ser capaces de discernir si están diciendo la verdad o no*”. Por eso, tratándose de una patología, no puede considerárseles persona imputable ni responsable de sus actos en la vida política.

DÉCIMO.- Finalmente, el alegato final del gobernante demandado ha convencido a este Tribunal: *“No puede reprochárseles el no haber bajado los impuestos ya que para bajarlos tendríamos que reducir proporcionalmente el gasto público, ni tampoco puede reprochárseles el no haber incrementado el gasto social puesto que ello comportaría incrementar proporcionalmente el gasto público. Por eso, hemos optado por aprobar una tasa fiscal, que aplicando estrictamente el principio de igualdad y no discriminación, la deben pagar todos los ciudadanos (excluidos lógicamente los cargos políticos electos dada la alta función pública que desempeñan), y destinada exclusivamente a financiar el gasto de la publicidad para informar a los ciudadanos del porqué no subimos los impuestos ni incrementamos los gastos sociales”*.

Por todo ello, este TRIBUNAL ha de desestimar la demanda y que las costas de este litigio, las pague el de siempre: ¡¡¡el pueblo!!!.

EJEMPLO 2- CONSUMIENDO PROMESAS

Es digno de admiración lo que hemos avanzado con las normas reguladoras de consumo: no hay producto que no incluya su fecha de caducidad y la mención de todos los ingredientes, si algo sale defectuoso podemos devolverlo y cualquier fraude es castigado. Incluso la publicidad engañosa está perseguida y los anuncios de juguetes nos avisan si las imágenes son una recreación artificial para que no nos hagamos ilusiones falsas. Ahora llegan elecciones y uno echa de menos que las reglas que aplican a cosméticos o embutidos se cumplan también con la propaganda política. En las pasadas elecciones municipales había carteles en los que para reconocer al candidato había que leer el nombre, porque puestos a quitar arrugas con *photoshop* habían eliminado hasta los ojos. Hace 22 años Lluís Llach denunció a **Felipe González** por fraude debido al incumplimiento de una promesa electoral, y aunque no ganó el juicio, el propio juez aconsejaba en su sentencia que se regulara de algún modo el valor contractual de estas ofertas. Hoy te dan un folleto en la calle anunciándote un viaje al Caribe y el papelito va a misa, pero en campaña electoral puedes proponer subidas de pensiones, aumento de las ayudas, disminución de impuestos o supresión de tasas y difícilmente vas a conseguir que un inspector de consumo vaya a la sede de Génova o Ferraz a levantar acta en caso de publicidad fraudulenta. Hubo uno que conocía tanto estos usos que llevó su programa electoral al notario para conseguir algo de credibilidad. Me pregunto si no sería más fácil que todos se abstuvieran de prometer aquello que no tienen la certeza de poder cumplir.

Publicado en EL PERIÓDICO EXTREMADURA el 28 de enero de 2008.

APÉNDICE 2 INCUMPLIMIENTO DE PROMESA ELECTORAL // - ENGAÑO MEDIANTE PROMESA ELECTORAL // - CORRUPCIÓN

CORRUPCIÓN POLÍTICA

En términos generales, la **corrupción política** es el mal uso público (gubernamental) del poder para conseguir una ventaja ilegítima, generalmente secreta y privada. El término opuesto a *corrupción política* es *transparencia*. Por esta razón se puede hablar del nivel de corrupción o transparencia de un Estado.

Todos los tipos de gobierno son susceptibles a la corrupción política. Las formas de corrupción varían, pero las más comunes son el uso ilegítimo de información privilegiada, el tráfico de influencias, el pucherazo, el patrocinio, sobornos, extorsiones, influencias, fraudes, malversación, la prevaricación, el caciquismo, el compadrazgo, la cooptación, el nepotismo y la impunidad. La corrupción facilita a menudo otro tipo de hechos criminales como el tráfico de drogas, el lavado de dinero y la prostitución ilegal; aunque no se restringe a estos crímenes organizados, y no siempre apoya o protege otros crímenes.

El concepto de corrupción difiere dependiendo del país o la jurisdicción. Lo cierto es que algunas prácticas políticas pueden ser legales en un lugar e ilegales en otros. En algunos países, la policía y los fiscales deben mantener la discreción sobre a quien arrestan y acusan, y la línea entre discreción y corrupción puede ser difícil de dibujar. En países con fuertes intereses de grupos políticos, las prácticas de corrupción se dan con más facilidad. La corrupción política es una realidad mundial; su nivel de tolerancia o de combate evidencia la madurez política de cada país. Por esta misma razón existen entidades nacionales e internacionales, oficiales y privadas, con la misión de supervisar el nivel de corrupción administrativa internacional. La corrupción, contrariamente a lo que podría pensarse inicialmente, no es sólo responsabilidad del sector oficial, del Estado o del Gobierno de turno, sino que incluye muy especialmente al sector privado. En muchos países, como en los de Latinoamérica, dicho sector tiene una gran influencia estatal y por lo tanto el nivel de corrupción presente en esos países tiene mucho que ver con la manera en la que se comporta el sector privado en conjunto con los sistemas políticos.

Dos cargos de confianza del gobierno catalán que dirigió Jordi Pujol, un alcalde, un regidor (ambos socialistas), un ex diputado del PSC y dos importantes constructores han sido detenidos esta mañana. En total, al menos **siete personas han sido arrestadas** relacionadas con una presunta trama de corrupción urbanística -bautizada como Operación Pretoria- que salpicaría a tres municipios de la provincia de Barcelona: Badalona, Santa Coloma de Gramenet y Sant Andreu de Llavaneres. Además de las detenciones, **se han realizado 13 registros**, según fuentes de la investigación. Los arrestados están acusados de adjudicaciones amañadas de obra y servicios públicos, cobro ilegal de comisiones y blanqueo.

CASO PRÁCTICO 1- Registros en Santa Coloma y entrada en Sant Andreu (28.10.2009)

La operación policial contra la corrupción urbanística ha tenido su epicentro, a primera hora de esta mañana, en Santa Coloma de Gramenet. Ha sido allí donde **se ha concentrado una mayor presión** de los agentes de la Guardia Civil. Allí, el edificio está siendo custodiado por agentes de la Guardia civil y varios vehículos policiales. A la entrada del consistorio, en la plaza de la Vila, algunos vecinos se han reunido para presenciar la actividad policial. Según informaron Fuentes de la Fiscalía, llevan a cabo los registros la Guardia Civil **junto con la Fiscalía Anticorrupción**. Trabajan junto a algunos técnicos del mismo ayuntamiento y han vetado el acceso a los despachos de la Secretaría General, Servicios Jurídicos y el Departamento de Informática.

BBVA Privanza como precedente

La operación deriva de una investigación abierta en la Audiencia Nacional en 2007 a raíz de los datos que aparecieron en el sumario de BBVA Privanza, que investigó un presunto fraude cometido a través del paraíso fiscal de Jersey. En este fraude se vieron implicados varios bufetes de abogados, entre ellos el barcelonés Petrus, con el que se relaciona a algunos de los detenidos hoy por orden de Garzón. Las investigaciones al BBVA Privanza, filial de la entidad bancaria especializada en la gestión de grandes patrimonios y radicada en Jersey, se iniciaron en mayo de 2000 tras el hallazgo en una de las sucursales del banco de un "manual de productos fiduciarios" y una "cuenta corresponsal".

Las pesquisas sobre el origen y destino de los fondos que circulaban por esa cuenta y el rastro de las transferencias llevaron hasta varios despachos de abogados, entre ellos Petrus, que -según la investigación- cooperaron presuntamente en una operativa para defraudar al fisco y de ese modo "optimizar fiscalmente" los ahorros de sus clientes. La causa en la que Garzón investigó a los directivos del BBVA Privanza procedía a su vez del sumario sobre la gestión económica de la Expo'92 y el supuesto cobro de comisiones ilegales, después de que el Tribunal de Cuentas detectará pérdidas de 35.000 millones de pesetas.

---No hay necesidad de ser político para llevar a cabo acciones que rozan la corrupción. Si usted trabajara en un Banco, en un cargo de dirección, y un "buen cliente" (es decir, con importantes fondos depositados en su entidad) le pidiera algún consejo para "hacer más llevadera" la fiscalidad de sus depósitos y operaciones, qué le contestaría:

- . De forma diplomática, negando la posibilidad ya que la fiscalidad es la misma para todos
- . Que debería consultarlo (con otros compañeros) para saber si había alguna vía, siempre dentro del respeto más escrupuloso de la legalidad

- . Le recomendaría el uso de algún paraíso fiscal, con tal de que no se llevara su dinero a otra entidad, aun a riesgo de que pudiera ser una operación comprometida
- . Le explicaría la dificultad y riesgo que conllevaría una operación, pero que “todo es cuestión de hablar y negociar”..
- . Otras.....

CASO PRÁCTICO 2: MOVIMIENTO 15 M NO LES VOTES O '¡DEMOCRACIA REAL YA!' (INDIGNADOS)

El movimiento social bautizado como 15-M, revolución de los indignados o “Spanish Revolution”, que se ha llevado a cabo mediante acampadas y movilizaciones por toda la geografía española y acabó por traspasar sus fronteras hacia Europa y América, fue en un primer momento convocado por la plataforma “¡Democracia real Ya!”.

Esta plataforma, ajena a intereses partidistas y sindicales, ha secundado a su vez las movilizaciones convocadas por otras organizaciones y ha sido apoyada por otras plataformas [como avaaz.org](http://comoavaaz.org) o actuable.es.

Muchos, (evidentemente desde sus intereses partidistas) para desvirtuar este movimiento social encabezado por una generación de jóvenes con un futuro demasiado incierto, han tildado a este movimiento de irreflexivo, sin finalidad y sin propuestas claras. Lo que está claro es que es una reacción ciudadana ante los avatares de la política y la economía secundada por gente de toda índole, clase, edad e ideología que salió a la calle para protestar por una situación que considera injusta.

Como todo movimiento que surge de una reacción el acuerdo total de los implicados, o indignados, no reside en propuestas positivas concretas sino sobre todo en aquello que no se desea, que se considera injusto o que no se está dispuesto a tolerar; es un grito de hartazgo de los afectados ante aquellos que han propiciado una determinada situación política y económica. Pero basta con acudir a las plazas donde se realizan las concentraciones y las [acampadas](#) para ver que todos están de acuerdo en que no se puede mantener un sistema con la actual ley electoral, la inmunidad de los bancos y demás provocadores de la crisis económica y unas elecciones, sean las que sean, cargadas de candidatos imputados por casos de corrupción²³.

Los reunidos en la Puerta del Sol redactaron un [acuerdo "plural"](#) en el que sientan las bases de sus reclamaciones. Autodefinidos como "un grupo de ciudadanos de diferentes edades y extractos sociales" afirman sentirse "enfadados" ante su falta de representación y "las traiciones que se llevan a cabo con el nombre de la democracia". Abogan por una reforma de la Ley electoral "que devuelva a la Democracia su verdadero sentido: un gobierno de los ciudadanos. Una democracia participativa".

"No estamos aquí para reclamar sencillamente el acceso a hipotecas o para protestar por las insuficiencias del mercado laboral", aclaran para advertir de que **el**

²³ Leer más en Suite101: [Movimiento15 M o "Spanish Revolution": sus propuestas | Suite101.net](http://www.suite101.net/content/movimiento15-m-o-spanish-revolution-sus-propuestas-a54299#ixzz1PBngBqrl)
<http://www.suite101.net/content/movimiento15-m-o-spanish-revolution-sus-propuestas-a54299#ixzz1PBngBqrl>

movimiento nace "de la rabia", sentimiento que genera "imaginación, fuerza, poder ciudadano".

"La Democracia Real se opone al **descrédito paulatino de las instituciones** que dicen representarlos, convertidas en meros agentes de administración y gestión, al servicio de las fuerzas del poder financiero internacional", subrayan, al tiempo que sostienen que la democracia actual emana de "corruptos aparatos burocráticos" que impiden la participación ciudadana.

"Es preciso construir un discurso político capaz de reconstruir el tejido social, sistemáticamente vulnerado por **años de mentiras y corrupción**. Los ciudadanos hemos perdido el respeto a los partidos políticos mayoritarios, pero ello no equivale a perder nuestro sentido crítico. Antes bien, no tememos a la política. Tomar la palabra es política. Buscar alternativas de participación ciudadana es Política", añaden.

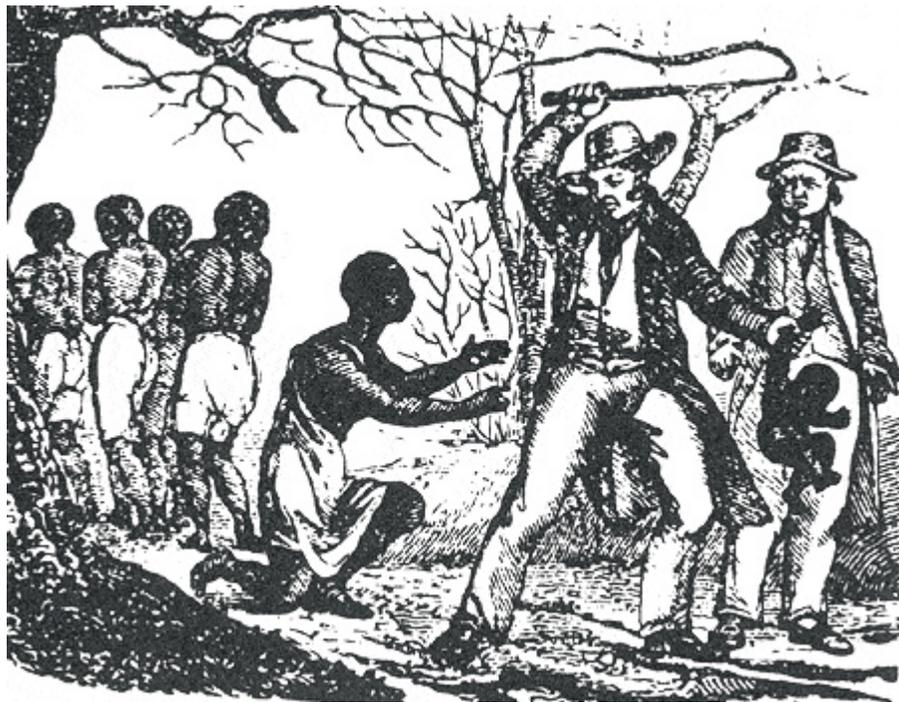
El manifiesto **señala los culpables** de la situación actual, aquellos que con su labor contribuyen al descrédito de la política y al rechazo y hastío de la sociedad: el FMI, la OTAN, la UE, las agencias de calificación y, ya en España, partidos como PP y PSOE.

"**No llamamos a la abstención**, pedimos la necesidad de que nuestro voto tenga una influencia real en nuestra vida", zanján.

CUESTIONES:

- 1- **¿Es esta la mejor forma de presentar reivindicaciones, en un Estado de Derecho? ¿Es comparable a la "Primavera árabe"?**
- 2- **¿Comparte la crítica a la democracia representativa? Ya que no resulta viable una democracia directa, ¿esta democracia asamblearia sería más adecuada?**
- 3- **En relación al orden público: ¿Deberían indemnizar de los daños económicos producidos a los hosteleros y comercio de las diversas zonas donde han acampado? ¿Considera que deberían ser desalojados, por la fuerza pública, de las plazas que llevan ocupando desde hace 1 mes?**
- 4- **Está prohibido manifestarse a la puerta del Congreso de los diputados. Las cargas policiales que se han producido para desalojarles, primero en Barcelona y después en Valencia, ¿considera que han sido justificadas?**
- 5- **¿Cómo considera que debería desarrollarse y evolucionar este movimiento, una vez que han levantado la ocupación de la Plaza del Sol en Madrid, de Plaza Cataluña en Barcelona y demás plazas principales en las distintas provincias? ¿En unidades por barrios? O bien, ¿este movimiento está condenado a desaparecer?**

**CONTRARREFORMA
ESCUELA ESPAÑOLA DEL DERECHO NATURAL Y DE
GENTES**



1. La Escuela Española del Derecho natural y de gentes

El período que va aproximadamente del primer tercio del siglo XVI al penúltimo del XVII constituye el “Siglo de Oro” español, tanto en el campo de las artes y de las letras como en el teológico, en el filosófico, jurídico y político. Una serie de juristas y teólogos de primer plano se convierten en clásicos de la filosofía española, y en particular de la filosofía del Derecho y del Estado, que acaba culminando en una filosofía de la sociedad internacional.

Destaca la Escuela Española del derecho natural y de gentes: estos clásicos son por lo general eclesiásticos y universitarios. Están en la línea de la tradición escolástica y cultivan simultáneamente, sin confundirlas pero tampoco sin separarlas, la filosofía y la teología. Sus obras son a menudo manuales, destinados a la enseñanza. Cabe citar, por ejemplo, las Relecciones teológicas de Vitoria. Se preocupan por la realidad de su tiempo, lo que actualmente llamaríamos la “política del día”. Destaca la Universidad de Salamanca.

Su aportación esencial consiste en la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del Derecho natural, herederos del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo.

En lo que se refiere a los teólogos, hay que distinguir dos corrientes principales, asociadas a dos órdenes religiosas. Corresponde la primera a la orden de Santo Domingo y sigue muy de cerca las enseñanzas de Santo Tomas. Tuvo su centro en el Colegio de San Esteban de Salamanca, siendo sus representantes más destacados Francisco de Vitoria y Domingo de Soto. La segunda corriente está constituida por miembros de la compañía de Jesús, y muestra una actitud más independiente frente al tomismo. Cabe citar a Francisco Suárez y Alfonso de Castro.

Parece ser que fue en la universidad de París parece haberse discutido por primera vez públicamente una de las cuestiones fundamentales que por razones obvias sería objeto de especial atención por parte de los clásicos españoles: el de la licitud de la conquista de América por los españoles, tratada por el escocés John Mair (Juan Mayor, 1469-1550) en sus comentarios a Pedro Lombardo. Mayor sostuvo la legitimidad de una sumisión previa de los indígenas para predicarles el Evangelio, y además, la licitud de un dominio sobre los mismos por su inferioridad cultural.

2. La ética colonial de la Escuela de Salamanca. El Descubrimiento del Nuevo Mundo y sus repercusiones filosófico-jurídicas

Oro y conversión se han definido como los dos polos principales de la realidad del

descubrimiento, la conquista y la colonización americana. Este suceso dio lugar a una renovación jurídica (la formación del Derecho indiano) y filosófica (discusión acerca de la categoría filosófico-jurídica que tenían los habitantes de las nuevas tierras descubiertas)²⁴.

El descubrimiento ha sido considerado como un hecho renacentista. Para entenderlo adecuadamente se hace necesario situarse en el contexto de la época con la imagen medieval que se tenía del Mundo. Al final de la Edad Media ya casi nadie creía en la concepción del mundo como un disco plano, puesto que la idea de la esfericidad del planeta estaba prácticamente admitida, al menos por los hombres cultos (Alberto Magno, Rogerio Bacon, Dante Alighieri, etc.). A pesar de todo ello había un horror al vacío (*horror vacui*) por temor a arriesgarse a pasar más allá del límite del océano y caer al vacío. A pesar de estos condicionantes, hay que hacer notar que, como contrapartida, existían ciertos factores de carácter socioeconómico que apoyaron la empresa de Colón. Entre estos datos se encuentra el monopolio que Castilla ejerció sobre la empresa del descubrimiento. Isabel la católica estimuló el particularismo castellano, procurando en todo momento que vascos y catalanes quedasen alejados del negocio americano, que quedó así prácticamente reservado al reino de Castilla. Cronológicamente, las etapas que abarca esta empresa son: de 1492 a 1520 la etapa de los descubridores y navegantes; de 1520 a 1550, la de los conquistadores, por último, de 1550 en adelante, la era de la colonización propiamente dicha, en la cual el Imperio se estructura en una densa política jurídica y cultural.

La Escuela de Salamanca tuvo una relevante influencia en los orígenes del pensamiento económico. Conviene recordar que la empresa del descubrimiento y colonización fue en principio una empresa castellana, a pesar de que la demografía y la estructura económica de Castilla eran inadecuadas para este fin. Mientras que en otros países europeos se había alcanzado un desarrollo que podemos calificar de precapitalista, España apenas había superado la economía agrícola medieval. Con todo, la colonización americana provocó una serie de modificaciones. Así, junto a la emigración humana se produjo un gran envío de semillas, víveres, útiles de labranza, y toda clase de mercancías necesarias para atender las demandas del Nuevo Mundo. Ello exigía la explotación a pleno rendimiento de los recursos castellanos, que se vieron recompensados con la llegada de metales preciosos procedentes de las Indias, lo que a su vez produjo un elevado y sostenido aumento de los precios que se inició en Andalucía, pues el puerto de Sevilla era el lugar de entrada de aquellos metales como el oro y la plata, aunque de allí se propagó rápidamente la resto de la península. Esta situación convirtió a la Península ibérica en el centro comercial y financiero de Occidente, desarticulando el orden

²⁴ Sobre esta temática y las aportaciones de la Escuela de Salamanca, *vid.*, BRUFAU PRATS, J., *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*. Salamanca, Editorial San Esteban, 1989. También, PÉREZ LUÑO, A.E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del derecho*. Madrid, Trotta, 1992; y, también, nuestro trabajo, *La Escuela de Salamanca y la acción ultramarina hispánica. La conquista de la nueva España*. En: "Ciencia Tomista". Salamanca, T.121, 393 (1994) pp.79-112.

económico internacional, que hasta entonces había imperado.

Dejando a un lado las repercusiones económicas del descubrimiento, hay que señalar que descubrir América representó el derrumbamiento de toda esa concepción tradicional del Mundo, donde los datos geográficos, el sistema teológico y las ideas religiosas formaban una unidad indisoluble y la negación de una parte ponía en entredicho a las demás. Con la llegada de los españoles y, fundamentalmente de los misioneros, se comenzaron a plantear una serie de interrogantes que iban a marcar la investigación de los teólogos, juristas y filósofos castellanos profundamente. Se plantean problemas como el de la naturaleza y capacidad de los indios, el trato que debía dárseles, la necesidad de su protección frente a la codicia del conquistador, la prohibición de la esclavitud, el derecho español al dominio de América y la supuesta legitimidad moral de la conquista, entre otros.

Conviene dejar sentada la importancia que tuvo el descubrimiento en orden también a la recuperación de las teorías utópicas y del mito del buen salvaje. En la literatura comienzan a proliferar bucólicos relatos de alabanza a la vida pastoril queriendo dejar constancia de la degradación a la que se estaba llegando por parte de algunos sectores sociales en la codicia despertada por el oro y la plata que venían de América. Esta tendencia de búsqueda del pasado idílico estimulará un renovado interés por el mito de la Edad de Oro. Incluso, llegaban a identificar el nuevo continente descubierto con esta Edad de Oro, contraponiéndola a la Edad del Hierro, que correspondería a la Europa Occidental, envilecida por la ambición de los "metales" mencionados.

Por otro lado, esto coincidía con la pugna de aquel tiempo entre los defensores del incipiente capitalismo y los que se aferraban al ideal evangélico de pobreza, para el cual veían un modelo en el comunismo de los primeros cristianos. La atracción utópica de América tuvo importantes manifestaciones en el pensamiento europeo de la época. Tomás Moro y su famosa *Utopía* (1516), Tommaso Campanella y *La Ciudad del Sol* (1623), y Bacon y *La Nueva Atlántida* (1627). No fue mera casualidad que la primera tomara rasgos de la civilización azteca o inca para su descripción de la sociedad ideal, ni tampoco que los habitantes de *La Nueva Atlántida* hablaran español. Y precisamente esta defensa de la comunidad de bienes es lo que ha dado al mito de la Edad de Oro su carácter inspirador de todas las actitudes revolucionarias. Así fue, por ejemplo, con la Revolución francesa. Incluso, en este mismo sentido comienza Rousseau su segunda parte del *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*: "El primer individuo al que, tras haber cerrado un terreno, se le ocurrió decir 'esto es mío', y encontró a gentes lo bastante simples como para hacerle caso fue el verdadero fundador de la sociedad civil". Que Moro sitúe a Utopía en América no es casualidad. Frente a una Europa envuelta en una triste política, donde la corrupción se disfrazaba con el nombre de "guerras de religión" y donde el eje de acción giraba en torno a la maquiavélica "razón de Estado", América aparece como la tierra prometida que esperaba la vieja y cansada Europa. Ello ha llevado a señalar la similitud del pensamiento español del XVI con el planteamiento de los ilustrados franceses del XVII y XVIII.

Desde que un fraile dominico, Antonio de Montesinos, pronunció un duro discurso en una pequeña iglesia de La Española, condenando el trato que los españoles daban a los indios, y, más exactamente, desde que el eco de sus sermones llegó a la corte, comenzó una polémica etapa en la que se sometió a crítica la presencia castellana en Indias. Las principales instituciones organizadoras de la conquista, a saber, el repartimiento (entrega de un grupo de indios a cada español para que trabajasen a su servicio) y la encomienda (transformación nominal o aparente de los repartimientos, en virtud de la cual los indios repartidos o entregados a cada colono se entendía que estaban bajo su protección o encomienda, debiendo el encomendero darles instrucción religiosa y teniendo el derecho a exigir de los indios trabajo y tributo). En las Cortes de Valladolid de 1542 se llegó a pedir al Emperador Carlos V que pusiera remedio a tanto desmán.

Las Leyes de Burgos (1512-1513) fueron la primera réplica legal a las censuras de Montesinos. En 1512 don Fernando convocó una Junta de teólogos y juristas para tratar el tema. El resultado fue un conjunto de treinta y cinco leyes promulgadas en Burgos en 1512, a las que unos meses después se agregaron cuatro más dictadas por la reina en Valladolid en 1513. Versaban sobre el modo de exigir trabajo a los indios, su instrucción religiosa, etc.²⁵ Con todo, Fray Bartolomé de las Casas, considerado como el principal artífice de la defensa de los indios en el Nuevo Mundo, las calificó de injustas e ineficaces.

En concreto, la discusión sobre temas como el poder temporal del Papa, la condición humana y libre de los indios, la guerra justa, el derecho a comerciar con otras gentes y otras cuestiones semejantes contribuyó decisivamente a la elaboración de unos principios filosófico-jurídicos que sirvieron para fundamentar un naciente Derecho Internacional. Las orientaciones principales sobre estas cuestiones podemos resumirlas en las que siguen.

Una primera postura de raíz medieval era la que, reconociendo el poder temporal del papa (teocracia pontificia), admitía la concesión contenida en las Bulas de Alejandro VI como título suficiente para justificar el dominio del rey de Castilla en Indias, aunque después le añadiría como complemento justificativo del dominio y aún de la conquista violenta, redactar un "Requerimiento".

²⁵ En lo que se refiere al Derecho indiano, en sentido amplio puede considerarse como tal tanto al Derecho de Castilla como a las costumbres indígenas. Y también deben incluirse las Bulas pontificias así como las Capitulaciones establecidas por la Corona con descubridores y colonos así como también las costumbres desarrolladas entre la población criolla.

A estos intentos legisladores de las nuevas tierras conquistadas siguieron otros muchos. Carlos II aprobó y promulgó la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, en 1680; Pero pronto quedó anticuada y se hizo necesaria otra. Carlos III, en 1776, encargó la redacción de un *Nuevo Código de Leyes de Indias*, proyecto que no llegó a ser aprobado, así como tampoco el de Carlos IV en 1799. En la época liberal, la Constitución de 1812 se promulgó con vigencia para toda la América hispana, pues en su artículo 1 definía a la nación española como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. Con el tiempo, los nuevos aires independentistas no permitieron resucitar obsoletos procedimientos legislativos.

La discusión de los títulos para legitimar la entrada de los españoles en los nuevos territorios conquistados, dio lugar a la aparición de reparos de ciertos religiosos (especialmente dominicos) a la acción de los conquistadores. Ese “despertar de la conciencia cristiana” derivó en la gran polémica fundamentalmente asociada a los nombres de Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573).

Una postura opuesta fue la de **Bartolomé de Las Casas**. En él encontramos, ya en pleno siglo XVI, la contraposición "barbarie-civilización", aplicada al Nuevo Mundo. El discurso lascasiano se dirige a realizar una auténtica apología del indio, pues no sólo va a acabar demostrando su capacidad racional sino su superioridad sobre la mayoría de los pueblos y las civilizaciones conocidas. En este sentido, la antropología lascasiana se mueve en un plano de utopismo, que contribuirá a una elaboración definitiva y sofisticada del mito del "buen salvaje". Para él, las Bulas sólo concedían a los reyes el Derecho a predicar el evangelio a los indios, pero no un poder directo sobre ellos. Entendía que los indios eran libres y sólo se les podía intentar convencer pacíficamente. Cuando voluntariamente se hubieran convertido a la fe cristiana quedarían sometidos al rey de Castilla, siendo en todo caso injustas las guerras que contra ellos se hicieran.

Conviene recordar que en la Edad Media ya había un Derecho que regulaba el descubrimiento y ocupación de nuevas tierras, reconocido incluso en textos legales como las *Siete Partidas*, donde se establecía: "*Pocas vegadas acaece que se fagan islas nuevamente en la mar. Pero si acaeciese que ficiese alguna isla de nuevo, syn duda decimos que debe ser de aquel que la poblase primeramente* (ley 29, título XXVIII, partida III). Más difícil es trasladar este título jurídico al caso americano, donde las tierras descubiertas estaban frecuentemente pobladas ya por indígenas. En este supuesto había que acudir a otros motivos; existe otra disposición del mismo texto legal (ley 9, título I, partida II) que señala diversas circunstancias por las que puede obtenerse el señorío de un reino: herencia, matrimonio, libre consentimiento de los naturales u otorgamiento del Papa o del Emperador. En el caso del Nuevo Mundo resulta evidente que sólo el otorgamiento del Papa era factible y el más oportuno. Con todo, había que tener en cuenta que el único derecho moral de los españoles al dominio de aquellas tierras tenía su base en el móvil de la extensión y difusión del Evangelio, pero si ese móvil se abandonaba a la práctica, sustituyéndose por el afán de lucro y de posesiones materiales, aquella justificación desaparecía automáticamente.

Las Casas, nacido en Sevilla, fue ordenado sacerdote en 1510 y fue el primero que cantó misa en el Nuevo Mundo. Su gran preocupación fue la protección de los indios. Sus obras, tanto en latín como en castellano, son eminentemente polémicas: *Brevísima Relación de la destrucción de las indias*, el *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos*, el *Tratado de las doce dudas* (sobre la conquista de Perú), etc.

Admite un privilegio de los Reyes de Castilla para la predicación del Evangelio por

delegación pontificia. Sin embargo, entiende que esta supremacía no suprime la autonomía de los principados indígenas. Lo que pide es que se deje conservar a los “reyes y señores naturales de los Indios su administración, jurisdicción, derechos y dominios sobre los pueblos súbditos”. Se muestra especialmente celoso de que la adhesión de los indios al cristianismo sea libre. De ahí que no acepte la sumisión previa de los indios, encaminada a que oigan la predicación del Evangelio, que insista en la libertad natural de los mismos, rechazando toda forma, directa o indirecta (“encomienda”) de esclavitud y en general juzgue injusta la entrada de los españoles en el Nuevo Mundo. Llegó a condicionar la supremacía española al consentimiento libre de los respectivos pueblos.

Las Casas concebía que el resultado de la conquista debía ser una confederación pacífica de reinos indígenas cristianos bajo el alto dominio del emperador, que sería el Rey de Castilla. Dichos reinos conservarían sus propios gobiernos y sus costumbres en todo lo que fuera compatible con su incorporación al imperio cristiano.

Se enfrentó con los colonos. Llevó a la práctica su doctrina de la evangelización pacífica. Denunció lo que estimó eran abusos impropios de quienes invocaban la causa del cristianismo. Creyó ver móviles demasiado humanos en las supuestas razones de Dios.

La mayor parte de su vida la pasó en las indias. Escribió cartas, memorias e informes con sus denuncias y las remitió al Rey. Sin embargo, exageró algunos datos, en su afán de proteger a los indios, lo que acabó desembocando en un descrédito. A la vez, dio armas a los rivales de España en la lucha por el poderío mundial, lo que explica las reservas y el juicio adverso por parte de la historiografía española.

El efecto más beneficioso fue el de “despertar la conciencia española”, dando lugar a la Legislación social de Indias, tales como las famosas Leyes de Burgos, de 1512, con los 7 principios, o las Leyes Nuevas de 1542.

Juan Ginés de Sepúlveda se formó en Alcalá, Sigüenza y Bolonia. Estuvo relacionado con figuras relevantes de las letras en Italia y en España, y ocupó el cargo de cronista de Carlos V y de Felipe II. Adquirió fama por sus traducciones de Aristóteles. Su obra más conocida es la de *Democrates alter, sive de iustis belli causis apud Indos*, sobre la conquista de América.

Una muy diferente línea argumentativa fue la de Juan Ginés de Sepúlveda, no lejano de la teocracia pontificia. Su doctrina se contiene en sus obras *Democrates primus*²⁶ y *Democrates alter*. en la que concreta los argumentos siguientes: la guerra no está prohibida por derecho divino del Antiguo ni del Nuevo Testamento, ni tampoco por la

²⁶ Una buena traducción de esta obra ha sido realizada por Angel Losada en el libro *Tratados políticos de Juan Ginés de Sepúlveda*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963; del mismo autor, *vid.*, *Fray Bartolomé de las Casas a la luz de la moderna crítica histórica*. Madrid, 1970.

ley natural. Sepúlveda acumula citas de autores clásicos y de los dos testamentos, intentando justificar que deben agotarse todos los procedimientos pacíficos antes de ir a la guerra; pero una vez agotados dichos procedimientos, y tratándose de una causa justa, la guerra debe hacerse, siempre y cuando se declare por la autoridad competente, que a tal propósito no es otra que la del Príncipe de cada país. Entendía que era justo y lícito sujetar a los indios con la guerra y después predicarles el evangelio.

Las Casas, por su parte, ha pasado a la historia bajo una doble y controvertida versión: por un lado, la de un precursor del pensamiento racionalista defensor de los derechos humanos y un adelantado del anticolonialismo de nuestro tiempo; por otro, la de un fundador de la "leyenda negra" antiespañola. En general, la posteridad le ha considerado como un claro antecedente del racionalismo francés del XVIII. Es decir, junto a un Las Casas moderno, actual, defensor de los derechos del hombre, del origen democrático del poder, de la libertad religiosa y del anticolonialismo en pleno siglo XVI, otros autores nos representan a un Las Casas antipatriota y antiespañol, creador de la nefasta "leyenda negra".

Ante las diferencias entre Sepúlveda y Las Casa, Carlos V les convocó ante una comisión de teólogos y juristas, presidida por Domingo de Soto, que se reunió en Valladolid, pero sin que fuera posible acercar posturas tan extremas.

En lo que se refiere a la naturaleza y condición de los indios, Sepúlveda se basaba en argumentos agustinianos (necesidad de ley coactiva para castigar a los hombres por sus pecados) y aristotélicos (teoría de la esclavitud) y consideraba a los indios inferiores por lo que era justo "*que los hombres buenos excelentes por su virtud, inteligencia y prudencia, imperen sobre sus inferiores*". Por otra parte, consideraba que los indios cometían graves pecados "*contra natura*", eran antropófagos e idólatras y, para que los castellanos les sacaran de tales vicios, justo era que los sometieran incluso mediante la guerra. Defendía que los más favorecidos debían ejercer la tutela y dominio sobre los menos aptos; por el contrario, Las Casas, profundamente penetrado de la sensibilidad cristiana, mantiene una actitud democrática según la cual todos los hombres son iguales por naturaleza y, en consecuencia libres, con los mismos derechos y las mismas responsabilidades ante la ley. Con todo, hay que dejar bien sentado que Sepúlveda no considera a los indios como auténticos "esclavos por naturaleza", sino solamente en una situación de "*atraso, perfectible con el tiempo y educación*". En toda la obra de Sepúlveda hay una defensa de la política española del momento, en orden a justificar las numerosas guerras mantenidas por su país, para lo cual no había otro recurso que defender la acción bélica como instrumento de la política imperial.

La originalidad de Sepúlveda radica en posiciones cercanas al agustinismo político y la defensa de la licitud de la guerra por acusa de infidelidad, sobre la base de la teoría aristotélica de la desigualdad natural entre los hombres y entre los pueblos. Así como en una república bien ordenada ha de gobernar el más perfecto sobre el que lo es menos, así también los pueblos más excelentes por su cultura y religiosidad (entre los cuales los españoles ocupan un lugar preeminente) deben por derecho natural imperar

sobre la barbarie o culturalmente retrasados. La servidumbre es la condición propia de cuantos son por naturaleza incapaces de regirse a sí mismos según los dictados de la razón. La sumisión de los indios por los españoles se legitima primordialmente por su idolatría y sacrificios humanos, opuestos a la ley natural. También puede recurrirse a las armas para predicarles el Evangelio: no ciertamente para imponerles la fe, sino para proponérsela, obligándoles a que escuchen la predicación: “no se ve de qué manera pueda anunciarse eficazmente el evangelio, en estos tiempos, con la pobreza que hay de predicadores de fe y escasez de milagros.

Las Relecciones de Indias de Vitoria



Los escolásticos españoles del siglo de oro (Siglo XVI) como Francisco de Vitoria (1483 - 1546), Domingo de Soto (1494 - 160), Castro, Báñez, Medina, Mariana, Luis de Molina (1535 - 1560), Francisco Suárez (1548 - 1617), entre otros, produjeron una serie de ideas en torno a la filosofía del derecho que se encuentran vigentes todavía. En este período se da una respuesta por parte de los dominicos y jesuitas, influidos por teólogos italianos como Thomas de Vio Caeitanus (1468 - 1534) y Franciscus de Sylvestris Ferrara (1468 - 1528), a las tesis "nominalistas" o "voluntaristas" como la del escocés Duns Escoto y la del inglés Guillermo de Ockham que pretendían abandonar la metafísica conceptual de raigambre aristotélica. En esta época se reformulan las propuestas metafísicas cristianas con influencia de las tesis de Aristóteles y Santo Tomás. Mientras que los voluntaristas ingleses y escoceses consideraban que las cosas son "justas y buenas porque las determina Dios" los

escolásticas tomistas - aristótelicos afirman que "Dios se basa en la naturaleza de las cosas para determinar que es lo bueno o lo malo" y "es la esencia misma de éstas lo que determina que es lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto". La razón del hombre, que es dada por Dios, puede determinar la ley natural a partir de la comprensión de la revelación, pero no podrá determinar la *lex aeterna* que solo la comprende Dios en su magnitud.

Uno de los exponentes más importantes del movimiento de reacción escolástica, fue Francisco de Vitoria, nacido en Burgos o Vitoria - no hay seguridad sobre este hecho - y educado en la Universidad de París por renovadores de la obra de Santo Tomás de Aquino como el holandés Pierre Crockaert, quien había sustituido en la enseñanza universitaria las *Sentencias de Pedro Lombardo* con la *Summa theologica* de Santo Tomás. Vitoria regresó a España en donde enseñó en la Universidad de Salamanca durante 20 años (1526 a 1546). De este autor solo se conocen sus relecciones o cátedras magistrales que fueron editadas y publicadas pero otros textos como sus "Comentarios a la Summa Theologica" (*Secunda Secundae*) solo han venido a ser conocidos con posterioridad a su muerte y solo recientemente a través de la lectura de los cuadernos de sus alumnos y discípulos como el del bachiller Francisco Trigos. Sobre estas clases se han conocido las explicaciones morales a partir del estudio de las siete virtudes, 3 teologales (fe, esperanza y caridad) y 4 cardinales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza).

Una de las obras más polémicas de Francisco de Vitoria fueron "las Relecciones sobre los Indios" (*Relectio de Indis*) de 1539. Estas conferencias se convirtieron en una defensa soslayada a la conquista de América y al sometimiento de los indígenas por parte de los españoles so pretexto de la evangelización, de la idea de guerra justa (*ius bellum*) y de los derechos de los extranjeros de poder comerciar. Aunque Vitoria contradujo la tesis de Ginés de Sepúlveda de que la conquista no se justifica a partir de la tesis de la *res nullius* o del apropiarse de las cosas de nadie, tampoco acoge las tesis de Bartolome de las Casas que venía defendiendo los derechos humanos de los indígenas sometidos a servilismo y a la esclavitud de los españoles. Vitoria se convierte en un defensor de la apropiación de las Indias por parte de los conquistadores con su concepto de *Ius gentium*. Dicha idea tiene como finalidad justificar la conquista entre naciones utilizando la argucia jurídica de que los españoles solo se estaban defendiendo de una agresión externa de los bárbaros - los indígenas - y que la guerra es justa y se permite cuando es defensiva. Como vemos esta concepción todavía esta vigente en todos los conflictos recientes que van desde la invasión de Afganistan e Irak hasta la invasión de Rusia a Georgia para defender a sus ciudadanos en Orestia Sur. El pensamiento de Vitoria, aunque no nos guste continua tristemente vigente...

TEMA 5

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

TEMA 5 -

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

I. LA ILUSTRACIÓN

Con la muerte de F. Suárez termina el florecimiento de la “neo-escolástica”. En siglo XVII, que en lo político asiste al fin de la preponderancia española, y en lo religioso a la estabilización del pluralismo, consagrado en el plano jurídico-internacional por la paz de Westfalia (1648), significa en el ámbito del pensamiento, la sustitución de la Escolástica por la llamada “Filosofía moderna”, que tiene en Bacon y en Descartes a sus principales inspiradores. El centro de gravedad de la especulación jurídica y política se traslada a los países del oeste y del centro de Europa, a Holanda, Inglaterra y Alemania, bajo el signo del protestantismo, quedando rezagados los del sur, principalmente España. Francia jugará un papel decisivo en el siglo siguiente, el de la *Enciclopedia* y el reinado de Luis XIV, el “Rey Sol”-.

La época de los descubrimientos científicos –Newton, Lavoisier- posibilita un desarrollo del pensamiento al margen de la conciencia religiosa. Aunque respetuosos con el orden religioso, estos hombres desplazan el tema del “más allá” en sus trabajos científicos. El racionalismo en el continente europeo y el empirismo en Inglaterra promocionan el auge de la razón y el experimento como bases del conocimiento humano.

En esta época de la Ilustración, el Universo ha dejado de ser teocéntrico para convertirse en antropocéntrico. No se trata de estudiar ya el “libro de la Naturaleza de Dios” para una mejor comprensión de los asuntos humanos. La influencia de un para infalible o un tribunal eclesiástico deja de ser decisiva. Ya no pesa tanto el miedo a la condenas de excomunión.

--Esta fase de la filosofía jurídica y política se caracteriza por varias CARACTERÍSTICAS:

-Racionalismo e individualismo. De ahí el intento de aplicar a los problemas jurídicos y políticos el método matemático que Copérnico, Kepler y Galileo habían introducido en la investigación experimental de la naturaleza. Lo que se intenta es desenvolver, desde un principio fundamental único, todo el sistema racional de preceptos universalmente válidos.

- También se da una significación nueva a la idea de contrato social, concebido ahora no como meramente declarativo sino como constitutivo con respecto a la sociedad. Si en la tradición platónico-aristotélica se partía de un todo social integrado por partes, ahora se arranca de individualidades aisladas, a modo de átomos sociales entre los cuales han de fundamentarse un vínculo duradero. Esta nueva idea

del contrato social se enmarca a su vez en la distinción entre el estado de naturaleza y el estado de sociedad. El rey deja de ser el paternalista monarca por derecho divino, arropado por la autoridad de Roma. En los nuevos Estados, protestantes o católicos, el concepto empírico de rey, como parte de un contrato social, sustituye al absolutismo de los siglos anteriores.

- Acentuada tendencia práctica: Las luchas políticas y religiosas constituyen un transfondo agobiante que mueve a fundamentar un gobierno temporal fuerte. De ahí que se favorezca el absolutismo y el despotismo ilustrado (Hobbes) y que en materia político-eclesiástica se sostenga la sumisión más o menos estrecha del gobierno a la sociedad civil.

Consolidada esta primera fase, en la segunda se preocuparán por buscar un límite al absolutismo mediante la separación de poderes y la afirmación de derechos individuales naturales, sustraídos al arbitrio estatal, completada con la separación del Estado y la iglesia, que implica la tolerancia religiosa (Locke). Finalmente, se llegará a la exaltación de la soberanía popular, de consecuencias revolucionarias (Rousseau).

- FloreCIMIENTO de la utopía, favorecido por los grandes descubrimientos geográficos y relatos exóticos de viajeros y misioneros. El “estado de naturaleza” podía equipararse al de los primitivos, con una supuesta bondad natural.

La *Escuela racionalista del Derecho natural* desarrollará, hasta sus últimas consecuencias, las tendencias secularizadoras del Renacimiento. La razón humana se considerará más en su autonomía, como la que fundamenta toda certeza, separándose la filosofía de la teología y la moralidad natural de la sobrenatural. El Derecho natural, desgajado de la ley ética natural, dejará de ser la participación del hombre en la ley eterna para convertirse en creación de la razón apoyada sobre sí misma. La razón ya no se hallará ya, en efecto, inmersa en una tradición que la oriente a la luz de la revelación cristiana, sino que haciendo tabla rasa de toda autoridad, someterá la revelación cristiana a su crítica. De ahí que la “naturaleza” venga a sustituir prácticamente a la “divinidad” cada vez más lejana y abstracta. Así se llega, en el siglo XVIII, a la “época de las luces”, a la Ilustración.

La Ilustración no es tanto una filosofía concreta sino más bien, una actitud que está presente en filosofías distintas. Esta actitud se puede resumir con las palabras de Kant: “atrévete a saber”. El hombre, consciente de su mayoría de edad, se despega de la censura que marca la interpretación religiosa. Con la sola luz de la razón intenta resolver los problemas que permanecen oscuros en los distintos ámbitos de la vida humana.

II- RACIONALISMO Y EMPIRISMO: LA FILOSOFIA INGLESA

El término “empirismo” proviene del griego y significa “experiencia”.

Empirista es todo sistema filosófico que atribuye a la experiencia el papel fundamental. Se suele caracterizar al empirismo inglés contraponiéndolo al racionalismo continental. Ambos coinciden en señalar que el objeto de conocimiento son las ideas; pero mientras los racionalistas sostienen el origen innato de las mismas, los empiristas consideran que todas las ideas provienen de la experiencia. La experiencia es, para estos últimos, la fuente, el criterio de validez y el límite mismo del conocimiento.

Si los racionalistas consideran la matemática como método de saber y adoptan, como ideal de método, el método deductivo; los empiristas se orientan en el sentido de la ciencia física (Boyle, Newton) y adoptan, como ideal de método, el inductivo.

Desde el siglo XVI hasta el XVIII se desarrolla en Inglaterra, paralelamente al idealismo racionalista del Continente, una filosofía con caracteres propios, netamente definidos. Entre Francis Bacon y David Hume se extiende una serie de pensadores que se oponen en cierta medida a los filósofos que acabamos de estudiar, desde Descartes hasta Leibniz.

---La filosofía inglesa presenta dos rasgos que la diferencian de la continental:

1.- Una preocupación menor por las cuestiones rigurosamente metafísicas, para atender más a la teoría del conocimiento (que supone siempre, claro es, una metafísica) y a la filosofía del Estado;

2.- Y como método, frente al racionalismo de tendencia apriorística y matemática, un *empirismo sensualista*. La filosofía inglesa tiende a convertirse en psicología y a conceder la primacía, en cuanto al saber, a la experiencia sensible.

La gran aportación inglesa a la filosofía hemos de buscarla, pues, por lo menos tanto como en la Edad Moderna, en la época medieval. Sin embargo, los filósofos británicos de estos siglos no tienen el valor de aquellos extraordinarios pensadores ingleses de la Edad Media, Rogerio Bacon, Duns Escoto y Guillermo de Ockam, sin contar otros de importancia algo menor, pero siempre muy grande.

Pero de los pensadores ingleses del XVI al XVIII proceden las ideas que han influido tal vez más intensamente en la transformación de la sociedad europea: el sensualismo; la crítica de la facultad de conocer, que en algunos casos llega hasta el escepticismo; las ideas de tolerancia; los principios liberales; el espíritu de la Ilustración; el deísmo o religión natural; finalmente, como reacción práctica contra el escepticismo metafísico, la filosofía del "buen sentido", o *common sense*, la moral utilitaria y el pragmatismo. Todos estos elementos, que han influido extraordinariamente en la estructura de Europa en los siglos XVIII y XIX, tienen su origen en los sistemas ideológicos dominantes en Inglaterra en las centurias anteriores, que tienen hondas repercusiones en los países continentales, especialmente en Francia y en Alemania.

THOMAS HOBBS (1588-1679)

Biografía

1. BASES DE SU PENSAMIENTO POLÍTICO

- a) Filosofía nominalista
- b) Concepción psicológica mecanicista
- c) Fe en la validez universal de la ciencia

2. EL ANSIA DE PODER

- Egoísmo
- Lucha por la supervivencia: ley del más fuerte

3. ESTADO DE NATURALEZA Y EL CONTRATO SOCIAL

Estado de naturaleza ---contrato social-----sociedad civil----Estado (forma de gobierno)

- Estado de naturaleza
- Contrato social

4. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL LEVIATÁN

- Constitución de la sociedad civil y del Estado (Leviatán)
- Formas de gobierno: preferencia por la monarquía

5. LA RELIGIÓN CIVIL

6. SEDICIÓN, TIRANICIDIO, RESISTENCIA

- Sedición: Behemot
- Tiranicidio
- Derecho de resistencia del súbdito frente a la acción límite del Estado

7. A MODO DE CONCLUSIÓN:

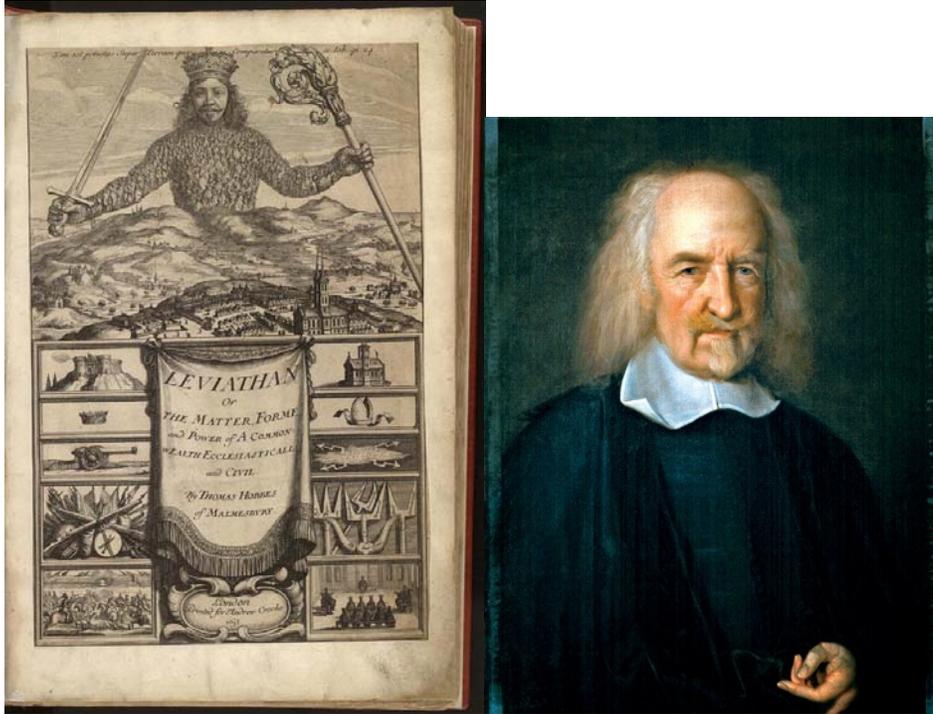
- Consecuencias
- Valoración

BIOGRAFÍA

Thomas Hobbes nació en 1588, estudió en Oxford, fue tutor durante algún tiempo del que llegaría a ser Carlos II y se vio envuelto en las turbulencias políticas y religiosas que enfrentaron al parlamento con el rey y que culminarían en la guerra civil (1642-1648), ejecución de Carlos I (1649), república de **Cromwell** (1649-1660) y restauración de la monarquía con **Carlos II en 1660**.

Con británico humor resumía en una ocasión su estado de ánimo, reconociendo que el miedo y él eran hermanos gemelos. Lo dijo porque su nacimiento estuvo presidido por el signo de las luchas humanas. Su madre dio prematuramente a luz, al difundirse la amenazadora noticia de que se acercaba la armada, también prematuramente calificada de invencible, enviada contra Inglaterra por Felipe II. Su padre era un predicador mediocre y violento, que huyó después de una refriega. Ayudado por un tío suyo, estudió en Oxford una filosofía escolástica que le resultaba antipática. Fue preceptor de varias familias de la nobleza y en calidad de acompañante hizo varias veces el viaje, habitual entonces en los aristócratas ingleses, a Francia e Italia, entrando en relaciones con Galileo. Ante el cariz de la guerra civil que costó la vida Carlos I, buscó refugio en París (1640), donde vivió once años, cultivando la amistad con Descartes. Enseñó matemáticas durante algún tiempo al príncipe de Gales, futuro rey Carlos II. Regresó a su patria en 1651, a raíz de la amnistía concedida por Cromwell, y aunque siempre había estado del lado del rey tuvo que retirarse de sus actividades políticas y dedicarse a la producción estrictamente literaria, pues algunas de las cosas que había escrito previamente no eran del agrado de las fuerzas monárquicas. Murió en 1679 ahorrándose, por tanto, tener que contemplar la «**Revolución Gloriosa de 1688**», en la que el Parlamento aseguró definitivamente su autoridad y sacó a Gran Bretaña de la era absolutista.

Entre los escritos políticos de Thomas Hobbes, el más importante y que recoge lo esencial de su pensamiento es el *Leviatán* (1651). También cabe mencionar los *Elementos de derecho natural y político* y *De Cive* (publicado anónimamente en París, 1642).



1. BASES DE SU PENSAMIENTO POLÍTICO

Para entender el pensamiento político de Hobbes, y su opción absolutista, es preciso identificar las tres claves que lo determinan; éstas son: a) su concepción filosófica nominalista; b) su concepción psicológica mecanicista; c) y su fe en la validez universal de la ciencia positiva. Estas tres claves presuponen y desarrollan un materialismo radical.

a) Respecto de la filosofía nominalista, baste decir que niega los «universales». Lo bello, lo bueno, lo malo, lo justo, lo injusto, etc., serían, como lo rojo lo grande, lo frío, etc., simples palabras; por lo tanto, símbolos sin otro contenido que el que convencionalmente quiera dárseles. Es, pues, una filosofía de un relativismo ético absoluto.

b) En relación con su concepción psicológica, mecanicista, Hobbes considera evidente que:

- 1º) Todo hombre, como cualquier otro cuerpo físico, no es más que materia en movimiento, es un mecanismo que no se mueve por finalidades, sino por la férrea ley de la causalidad;
- 2º) Esta ley, en el hombre, adopta la forma de un impulso irresistible hacia la felicidad, que para Hobbes se reduce a la maximización del placer y

minimización del dolor. En último término, lo que el hombre busca es conservar y acrecentar su vitalidad (principio de conservación), respondiendo con el deseo o la aversión a los estímulos que la afectan positivamente (que producen placer) o negativamente (que producen dolor).

c) Sentadas estas bases (indiscutibles para Hobbes) y aplicando el método científico se obtendrían unas consecuencias políticas con la misma validez que las deducciones geométricas de Euclides o las astronómicas de Galileo. El entusiasmo por la nueva ciencia, muy generalizado en aquella época y que hoy se calificaría de ingenuo, hacía pensar a Hobbes que el conocimiento científico se caracterizaba por suscitar el consenso y adhesión de la gente y que por tanto se podría romper con los prejuicios y tradiciones del pasado.

La filosofía de Hobbes significa la entrada del empirismo en la filosofía moderna. La experiencia sensible se ha elevado sobre la negación de los valores trascendentales y metafísicos. A partir de ahora, todo en el hombre es considerado intramundano, es decir, el hombre es un animal más. La política y el derecho se han independizado definitivamente de todo.

Hobbes profesa un materialismo mecanicista y determinista. De ahí la preocupación de Hobbes por asimilarla psicología y la política a la física para aplicarles el método matemático. La política sólo puede constituirse como ciencia si parte de un análisis objetivo del hombre tal y como es y así descubre el resorte más oculto de su obrar: el egoísmo. El egoísmo hace de la autoconservación el principio práctico supremo y tiene como corolario un obsesivo temor a la muerte. La tendencia del hombre es el afán de seguridad. Esta función de autoconservación define lo bueno y lo malo. De ahí la búsqueda angustiosa de cuanto contribuya a preservar la vida y el poder.

2. EL ANSIA DE PODER

Pues bien, de las mencionadas bases de partida, Hobbes deduce dos consecuencias políticas importantes. En primer lugar, lo que él identifica como la variable política fundamental y, en segundo lugar, su teoría del «Contrato Social».

Respecto de lo primero, Hobbes afirma que, aunque pueda existir cierta disparidad en los deseos de los hombres, hay, sin embargo, algo en lo que todos coinciden: en el ansia de poder, ya que éste es el único medio para disfrutar y asegurar el placer. Además, el ansia de poder de todo hombre es insaciable, puesto que no puede asegurarse la continuidad del placer actual sin adquirir más poder, y esto es así porque los que siguieran aumentándolo se erigirían en grave amenaza para los que hubieran desistido de aumentar el suyo.

Respecto de lo segundo, hay que señalar que Hobbes participa de la **teoría del Contrato Social**, y que en esto le acompañarán otros autores: Locke, Rousseau, etc., siendo ésta una teoría generalizada hasta finales del siglo XVIII. En esencia, la teoría del

Contrato Social es una ficción intelectual que le sirve para explicar la necesidad del Estado.

Si lo que mueve a los hombres es el más radical egoísmo, con la consecuencia de búsqueda incesante de mayores cotas de poder, sólo tienen como alternativas la guerra de todos contra todos o establecer un contrato por el que puedan vivir en paz. De este contrato por el que los hombres acuerdan ceder todo su poder a un soberano (individual o colegiado) nace el Estado.

Hobbes denomina «*estado de naturaleza*» a la situación previa al contrato y que se caracterizaría por unas condiciones de **libertad e igualdad absolutas**. Libertad absoluta porque, sin leyes, “todo hombre tendría derecho a todo”. (Hay que recordar que para Hobbes no existen condicionantes éticos.) Igualdad absoluta, porque todos los hombres tienen unas capacidades físicas e intelectuales similares. (Según Hobbes, es la sociedad la que arbitrariamente ha hecho a los hombres desiguales.) Dadas estas circunstancias, Hobbes deduce, como evidente, **la guerra de todos contra todos** y una vida miserable, atemorizada y corta. El contrato es, pues, una necesidad, una «ley natural», dirá Hobbes, y el Estado tendrá como función exclusiva asegurar la paz.

Hay que destacar que, para Hobbes, ley natural es aquella regla descubierta por la razón por la cual un hombre debe hacer lo que favorece a su vida y evitar lo que va en su detrimento. Altera, pues, el significado tradicional del concepto, y le sustrae cualquier connotación ética.

Puesto que el contrato por el cual los hombres salen del «estado de naturaleza» tiene por objeto la búsqueda de seguridad, la conclusión inmediata es que el gobierno ha de tener el poder suficiente para asegurarla, y dado el impulso radicalmente egoísta de todo hombre hacia el poder, es preciso que el gobierno tenga un poder absoluto; todo el poder debe quedar en sus manos, incluido el de definir el bien y el mal, y los derechos de los ciudadanos serán los que aquél les otorgue. Si, como pretendían los constitucionalistas, los individuos se reservasen algunos derechos, es decir, algún poder, lo primero que harían sería subvertir el Estado y reiniciarían la guerra de todos contra todos. Caso particular de esta absorción por parte del gobierno de todo el poder es su total control de la religión, tanto en lo que se refiere a las costumbres como a los dogmas.

3. ESTADO DE NATURALEZA Y EL CONTRATO SOCIAL

-- Nos presenta un hipotético ESTADO DE NATURALEZA, en el que hombre vive aislado y lucha por sobrevivir. Se hace necesaria la competencia en la lucha por la supervivencia: “el hombre es un lobo para el hombre. No hay leyes, no hay moral”. Es un estado presocial, prejurídico y premoral. No cabe presumir la buena fe de los demás si nos prometen algo. El hombre no es, como en la tradición aristotélica, un ser que tienda por naturaleza a la sociedad. El estado de naturaleza es un estado de

hostilidad latente. Los hombres son por naturaleza iguales: todos pueden de alguna manera lo más y lo peor, es decir: matar a otro, incluso al más fuerte. No hay distinción alguna entre lo “justo” y lo “injusto”. Cada cual tiene derecho a todo. Ahora bien el derecho de todos a todo es prácticamente un derecho vacío de contenido, porque nada nos garantiza nuestras pretensiones frente a los demás. El fraude y el engaño es lo que prevalece. La vida en el estado de naturaleza es “solitaria, pobre, desnuda, bestial y breve” (Cap. XIII del Leviatán). El temor a la muerte, unido a la preocupación de defender la propia existencia, ahoga cualquier otra consideración. .

. Es el *bellum omnium contra omnes*. Hobbes adopta el término Leviatán de la tradición bíblica del Antiguo Testamento, que la presenta como una bestia marina que intenta devorar a las personas e incluso a los barcos. En la teoría hobbesiana significa un poder absoluto, que se engulle los derechos de los individuos, destructor y controlador.

--- PACTO SOCIAL: Ante esta situación, la razón aconseja a los hombres que hagan entrega de su derecho a todo, transfiriéndolo a un superior. Los hombres hacen un cálculo de ventajas de unirse y vivir en sociedad, bajo un poder común que les garantice las condiciones de paz y de seguridad. Y así realizan el pacto social y se someten al Leviatán. Surge así la sociedad civil o el Estado mediante el contrato de cesión, pero la originalidad de Hobbes consiste en que este contrato, lejos de suponer para el poder establecido una limitación, asegura por el contrario, su carácter absoluto e ilimitado. Porque no hay, según Hobbes, dos contratos (de unión y sumisión), sino uno solo, de los individuos entre sí, que acuerdan someterse a un tercero. El tercero, el gobernante, no es parte de ese contrato, y no tiene, por tanto, obligación alguna con respecto a los contrayentes, fuera de protegerles. Su función consiste en asegurar la paz, y para ello puede imponer a todos su voluntad, sin condiciones.

Y ello es así porque Hobbes admite en el hombre dos principios: el instinto y la razón. Si el primero mueve a la satisfacción inmediata del deseo, el segundo mira más lejos, y en un cálculo de ventajas e inconvenientes prefiere una renuncia actual en aras de un beneficio ulterior, o un mal menor, aunque presente, a otro futuro, o simplemente posible pero mayor.

Como el hombre reconoce el poder destructivo de la violencia y de la muerte dentro de sí mismo y en sus semejantes, se pone de acuerdo con ellos para aceptar alguna autoridad externa, con suficiente poder para obligarles a hacer lo que es, en términos generales, el bien de la mayoría: "El **contrato** entre cada uno y cada uno se *objetiva* con la entrega del poder a alguien que puede, con tanto poder y fuerza -gracias al temor que inspira-, dirigir a todos hacia la paz interior y a la defensa contra el enemigo exterior". El contrato social tiene por objeto la constitución de un poder común a todos.

. La función prioritaria de la creación del Leviatán por un pacto entre los hombres es la seguridad de sus vidas y de sus bienes. Se trata de arrancarles de esa miserable

situación de guerra que se vincula a las pasiones naturales de los hombres cuando no hay poder visible que los mantenga en el temor, o por miedo al castigo atarlos a la realización de los pactos. Sólo a través de la instauración de una autoridad y de un poder absoluto puedan darse las condiciones de seguridad necesarias para disfrutar de la vida, de los bienes y de bienestar. El Leviatán, en suma, el Estado, personaliza la seguridad, la certidumbre y protección frente a las pasiones irrefrenables de los otros.

. El Leviatán de Hobbes justifica precisamente ese poder absoluto del soberano por la necesidad de poner fin a esa guerra, establecer la paz y asegurar la supervivencia

POR ELLO

El Leviatán de Hobbes tiene una pretensión de legitimidad que le viene del pacto establecido entre los individuos por medio del ejercicio de sus derechos naturales, de sus libertades. El Leviatán, aunque sea un poder absoluto, tiene al menos como objetivo poner orden, a instancia de los mismos individuos, en una situación de anarquía y de caos para la supervivencia de todos.

Respecto de la razón por la cual los ciudadanos estarán dispuestos a aceptar el poder absoluto del soberano, la coherencia de Hobbes con sus premisas de partida sigue sin fisuras: para evitar el daño que les ocasionaría la transgresión de la ley. Esto nos vuelve a señalar que para Hobbes no hay más ley que la que tiene detrás un poder coactivo suficiente. La ley natural, en su sentido tradicional, es, pues, para él, pura entelequia.

El absolutismo de Hobbes no debe hacer pensar que propugna un Estado omnipresente en todas las esferas de la vida; por el contrario, considera que, en situaciones normales, debe dejar a los individuos una gran libertad en sus actividades económicas y privadas, lo cual es muy conveniente para que el pueblo no pretenda inmiscuirse en los asuntos de Estado. Por otro lado, aunque, por razones de eficacia, prefiere la forma monárquica de gobierno, precisa que todo su razonamiento es igualmente válido para una forma aristocrática o democrática; lo importante es que exista un poder soberano absoluto.

Según esto, el origen de la sociedad civil es algo artificial, una especie de máquina para vivir seguro. El hombre entregaría su **libertad al Estado** para que éste la administre, lo cual implica que el Estado absoluto es depositario de todas las libertades y derechos. Estos derechos cedidos no se pueden recuperar.

4. LA SOCIEDAD CIVIL EL LEVIATÁN

El pacto ha transformado la multitud en persona civil, representada por el

soberano. La sociedad civil es así como un hombre artificial que quiere y actúa por cada uno de sus miembros. Hobbes la designa con el nombre de un monstruo bíblico, el Leviatán, y ve en ella al “Dios mortal”, que bajo el Dios inmortal trae a los hombres las bendiciones de la paz y la seguridad.

El “derecho a todo”, que ha pasado de cada uno de los individuos al Estado, puede residir en un monarca, en un asamblea mayor o menor, según la respectiva forma de gobierno. Hobbes rechaza la distinción aristotélica de las formas de gobierno basada en un criterio cualitativo, por lo que sólo se atiende al número de quienes poseen el poder supremo. Considera que lo más idóneo es que se atribuya el poder a uno sólo. La monarquía es, para Hobbes, al forma óptima de gobierno. La peor es la democracia.

La expresión más genuina del poder absoluto, ilimitado e indivisible del soberano es la facultad de dar leyes. Llegamos así a la teoría hobbesiana del derecho, que supone un giro radical con respecto al iusnaturalismo de inspiración aristotélico-tomista. El derecho surge del Estado y pende del Estado. No hay injusticia donde no hay ley, y no hay ley donde no hay una voluntad superior que se impone. Es la voluntad del soberano la que crea artificialmente lo justo y lo injusto. Lo que Hobbes llama “leyes de la naturaleza” (*laws of nature*) no son leyes propiamente dichas, sino meras conclusiones intelectuales acerca de lo que hay que hacer u omitir para conservar su integridad, y carecen de seguridad recíproca, precisamente porque no hay un poder superior que las sancione. El derecho, propiamente dicho, se origina con el Estado. La costumbre solo rige en tanto el legislador la admita y, en todo caso, ha de ceder ante ley contraria. Ahora bien, la ley no obliga al soberano, el cual puede prescindir de ella sin derogarla previamente, si así lo estima conveniente.

Hobbes es uno de los máximos definidores del positivismo jurídico. La autoridad, no la verdad, hace la ley: fórmula voluntarista radicalmente opuesta al intelectualismo tomista,. Su corolario es un relativismo de raigambre sofista o epicureista, según el cual, nada es bueno o malo, justo o injusto por naturaleza, sino únicamente con relación a un sujeto y unas circunstancias. La bondad y la justicia son lo que el soberano estima tales.

Ahora bien, esto no implica para Hobbes un despotismo arbitrario. Una de las obligaciones del buen rey consiste en hacer buenas leyes. Pero esto no significa que incurra en una contradicción: ley buena no quiere decir ley justa; quiere decir, ley que establece lo necesario para el bien del pueblo; y así, el bien del soberano se identifica con el de los súbditos, cuya protección es precisamente lo que justifica su poder. En todo caso, el voluntarismo positivista de Hobbes hace para él superflua la cuestión del contenido material del ordenamiento jurídico y por tanto, un sistema de derecho natural.

5. LA RELIGIÓN CIVIL

El carácter absoluto e indivisible de la soberanía hace que el poder civil no pueda admitir otro poder junto al suyo, no sólo en lo temporal sino también en lo espiritual. En Hobbes, como en la ciudad antigua, lo religioso se subordina a lo político, y el dualismo cristiano da lugar a un monismo con predominio de lo temporal. No admite Hobbes una Iglesia universal que abarque a todos los cristianos. La Iglesia es, para él meramente una reunión de hombres que profesan la fe cristiana, unidos en la persona del soberano, por orden del cual tienen que congregarse, y sin cuya orden no pueden hacerlo.

La Iglesia es Iglesia nacional: es simplemente la sociedad civil en cuanto está integrada por cristianos. El sacerdote obra por la autoridad del soberano, pues sin ella, su parecer sería el de un simple particular. Dada la influencia práctica de los dogmas, le corresponde al soberano su formulación. Hobbes reducía el contenido dogmático del cristianismo a dos criterios esenciales: la misión mesiánica de Jesús y la obediencia a las leyes. Todo lo demás es secundario, quedando al arbitrio del monarca.

Hobbes fue un enemigo encarnizado de la Iglesia de Roma (de “cuyas erróneas doctrinas” hizo una dura crítica, especialmente en la última parte, “El reino de las tinieblas” del Leviatán); y en general, de toda la organización religiosa como tal. Lo cual explica que su obra, *De Cive*, estuviera incluida en el Índice de 1654 y las reservas de que fuera objeto incluso por parte de la Iglesia anglicana. La única limitación que pone a la facultad del soberano de decidir cuestiones religiosas es que sus definiciones obligan sólo a un acatamiento externo, permaneciendo el súbdito libre de su convicción en el fuero interno. Así se explica que el gigante que figuraba en la portada de la primera edición del *Leviatán*, tuviera en sus manos, además de la espada, el báculo.

La importancia que da Hobbes al asunto explica porqué dedica casi la mitad de la obra a las cuestiones religiosas. No fue un espíritu religioso pero advirtió el peligro que para su teoría de la omnipotencia estatal representaba cualquier organización eclesiástica.

No menos sometido al soberano está aquel otro poder espiritual, tradicionalmente unido al eclesiástico, pero ahora cada vez más autónomo, como es el saber. Las afirmaciones científicas y filosóficas pueden implicar consecuencias prácticas, por lo que quedan sometidas a la apreciación del poder público.

6. SEDICIÓN, TIRANICIDIO, RESISTENCIA

Hobbes procura impedir la **sedición**, que significa la vuelta al estado de naturaleza y a la guerra de todos contra todos. A Leviatán se opone en su pensamiento, como en la Sagrada escritura, *Behemot*, el monstruo terrestre que aquí simboliza la guerra civil.

También rechaza el **tiranicidio** que, en opinión de Hobbes, constituye una manifestación de orgullo, por cuanto implica un juicio sobre el bien y el mal. Que a ningún particular compete. El rey no puede ser juzgado sino por Dios. Únicamente si el

soberano falla en su misión de garantizar la paz y la seguridad, quedan los súbditos en libertad para someterse a otro.

Asimismo, nadie puede, en efecto, por ninguna clase de pacto, quedar obligado a no resistir a quien intente darle muerte, herirle o causarle otro daño físico. De esta reserva se ha deducido de Hobbes la existencia de un verdadero **derecho de resistencia del súbdito frente a la acción-límite del Estado** que le amenace en su vida o en su integridad.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS Y VALORACIÓN

----- Las CONSECUENCIAS de la teoría hobbesiana son las siguientes:

-- El Estado es fuente del derecho, de la religión y de la moral; decide si las doctrinas religiosas son o no incompatibles con la obediencia de los ciudadanos y, si se da el caso, prohibir su difusión.

-- La religión es un elemento más en sus manos; una función más de lo social. El Estado como suprema ley, debe velar y defender a los hombres y para ello crea leyes y normas, introduciendo así el concepto de moralidad y, como consecuencia, el concepto de pecado, ya que por la ley aparecen las inmoralidades en el sentido de infracciones; en cambio, en estado de naturaleza no se daba el concepto de infracción.

--No puede existir la libertad de la propiedad, pues ello significaría poner límites o contener de alguna manera al Estado que es, no olvidemos, omnipotente, absoluto y soberano.

-- Tampoco puede existir libertad espiritual para las cuestiones políticas, ya que según Hobbes, dividir el poder es disolverlo. No puede entregarse una parte del poder a unos, otra a otros, etc. Los hombres, por medio del contrato, han renunciado a todo en su sentido más absoluto; de ahí que su renuncia tenga que ser sin reservas. La libertad política supondría, pues, su destrucción y la ruptura de la paz.

--Tampoco existe el derecho natural que limite el poder del soberano. Este es el Estado, **el monstruo Leviatán** (Leviatán significa ballena) **que se come la libertad y los derechos del individuo**, ya que éste, en función de conservar la vida y la integridad personal tanto tiempo como fuera posible, los cedió de manera voluntaria: los peces pequeños han sido engullidos por la «ballena».

----VALORACIÓN

El Leviatán no ha de interpretarse, como a veces se ha hecho, en el sentido del

totalitarismo moderno. Porque a pesar de su apología del Estado, “divinidad mortal”, Hobbes profesa un individualismo que mitiga las consecuencias prácticas de su absolutismo. El Estado de Hobbes no tiene un fin en sí mismo sino que está al servicio de los individuos.

Tampoco hay en Hobbes, a pesar del simbolismo bíblico, ningún elemento de misticismo colectivo. Se explica que los partidarios de la monarquía tradicional, de derecho divino, quedasen defraudados. De ahí la postura parodójica de Hobbes, que postula el absolutismo político para luego, una vez afianzada la paz y al seguridad, pedir la máxima libertad de los individuos, olvidando que su antropología, radicalmente pesimista, no suministra la mejor base para ello.

Hobbes intuyó claramente la existencia de un poder central, actuando mediante órganos calificados por su competencia y no por la tradición, y esencialmente consagrados a dar leyes, característica del Estado moderno.

El Estado moderno desde sus inicios, ha aparecido como un Estado protector, como un Estado cuyo objetivo es el logro de seguridad sobre la vida y sobre los bienes de los ciudadanos. Esta función protectora siempre ha estado presente en la evolución y en las diferentes versiones que han emergido hasta llegar al Estado social.

- CASO PRÁCTICO - EL DILEMA DE LOS PRISIONEROS

Hobbes pensaba que los individuos tienen interés en salir del estado de naturaleza pero difícilmente cumplirán sus pactos si no existe una autoridad que los garantice mediante la amenaza del uso de una fuerza irresistible.

El problema del estado de naturaleza en Hobbes se ha explicado modernamente mediante el célebre dilema del siguiente modo:

El dilema del prisionero es un modelo de juego, construido en torno a las rutinarias habilidades policiales para hacer confesar a los detenidos, cuyo equilibrio, determinado por la concurrencia de las mejores estrategias individuales a disposición de cada jugador, es ineficiente (en el sentido de Pareto²⁷, es decir, existen otros resultados posibles en el mismo juego que proporcionarían mayor beneficio a alguno o a todos los jugadores sin disminuir correlativamente el beneficio de otros). Hay que tener en cuenta, para entender su funcionamiento, que se trata de un juego de turno estrictamente simultáneo (cada jugador juega sin haber podido observar la jugada del otro), que se juega una sola vez, con información completa y simétrica para ambos jugadores, sin comunicación posible entre ellos y sin que haya sido posible establecer acuerdos previos ni ulteriores castigos disuasorios.

El dilema se ha explicado de muchas maneras. Optamos por la siguiente²⁸:

Un director de orquesta ruso (durante la época de Stalin) viaja en tren de Moscú a Leningrado. Sentado en su compartimiento estudia la partitura del concierto para violín y orquesta de Tchaikovski y que tiene que dirigir en Leningrado la semana siguiente. Unos agentes del KGB (bastante torpes) que le espían desde el corredor sospechan que el director es un agente al servicio de una potencia extranjera y que está consultando un código secreto. Lo detienen y le conducen a la temible mazmorra de la plaza Dzerzhinsky. “De nada te valdrán tus protestas porque ya hemos detenido a tu cómplice, el tal

²⁷ V. Pareto no atiende a preferencias objetivas sino a las reales, a las que tienen de hecho los individuos. Sobre esta base establece lo siguiente: una situación social es óptima (óptimo de Pareto) si a partir de ella no es posible cambio alguno que satisfaga dos condiciones: a) que al menos un individuo salga ganando con él; b) que ninguno salga perdiendo.

Sin embargo, el óptimo de Pareto ha sido criticado, entre otras razones, porque hay múltiples actuaciones sociales distintas que pueden cumplir con sus requisitos, por lo que difícilmente puede ser un criterio que oriente las elecciones públicas. Por otro lado, el óptimo de Pareto es compatible con la más extrema desigualdad. Un estado de cosas puede ser un óptimo de Pareto con algunas personas viviendo en la mayor de la pobreza mientras otros individuos lo hacen en la opulencia, en tanto que no haya otra forma de mejorar la situación de los primeros sin que se empeore en alguna medida la de los últimos.

²⁸ DIXIT, Avinash K. y NALEBUFF, Barry J., *Thinking Strategically*, Norton, Nueva York, 1991. Citamos por la versión castellana: *Pensar estratégicamente*. Barcelona, Bosch, 1992.

Tchaikovski, y en estos momentos lo estamos interrogando para que confiese todo lo que sabe”. Efectivamente, un pobre ciudadano sin otra culpa que llamarse Tchaikovski, se encuentra aterrorizado en otra de las mazmorras del mismo edificio. El KGB no utiliza la violencia para obtener la confesión que pretende, simplemente plantea a cada uno de los inocentes detenidos la siguiente estructura de resultados:

Si tú confiesas que sois dos espías y el otro no confiesa, a ti te caerá sólo 1 año de prisión, mientras que al otro, le caerán 20 años. Si es el otro quien confiesa que sois dos espías y tú no confiesas, al otro le dejaremos libre, como premio por colaborar con el KGB, mientras que a tí, por recalcitrante, te caerán 10 años. Si los dos confesáis, nadie será premiado ni tampoco más intensamente castigado, por lo que os caerán 5 años a cada uno. Queda una última posibilidad, que ninguno de los dos confiese, en cuyo caso no tendremos pruebas y sólo podremos imponeros 1 año a cada uno (una pena adecuada en la URSS ante la ausencia de pruebas).

En definitiva, los dos prisioneros son interrogados por separado. Ambos saben que:

- . Si ninguno de ellos acusa al otro recibirán una sentencia leve por una falta y serán condenados a un año de prisión como máximo.
- . Pero si uno no acusa y el otro le acusa, éste será absuelto mientras que el primero sufrirá una grave condena de diez años de prisión.
- . Por último, si los dos se acusan mutuamente recibirán una condena de cinco años de prisión cada uno.

B	Primer prisionero A	Segundo prisionero
No acusan	1	1
Acusa A... ..	0	10
Acusa B	10	0
Acusan A y B.....	5	5

El Director de orquesta medita y analiza su situación: “El pobre Tchaikovski puede estar confesando o resistiendo:

1.En el primer supuesto –Tchaikovski está confesando- , si yo no confieso me caen 10 años y si confieso me caen 5. Entonces me conviene más confesar.

2.En el segundo supuesto –Tchaikovski está resistiendo- si yo no confieso me cae 1 año, y si confieso me dejan en libertad por colaborar- También en este caso me conviene más colaborar.

Por su parte, Tchaikovski está haciendo el mismo razonamiento. Tanto si el Director está confesando como si está resistiendo, le conviene más confesar.

-----¿Cuál es la SOLUCIÓN de este juego? ¿De qué forma deberían actuar A y B para obtener el máximo beneficio, es decir, la menor condena posible?

-PRIMERA HIPÓTESIS: Si suponemos que **no existe comunicación entre los prisioneros.**

-SEGUNDA HIPÓTESIS: Supongamos que los dos prisioneros no estuvieran aislados y **podieran comunicarse.**

-PRIMERA HIPÓTESIS: Si suponemos que **no existe comunicación entre los prisioneros:**

a) Lo mejor para los dos es que **no se acusen** porque el total de los años en prisión serán dos (1 año para el prisionero A y otro año para el prisionero B).

b) Pero si parten de su propio interés y su objetivo es preservarlo hasta donde sea posible, **lo mejor esa acusar** –con independencia de lo que haga el otro– porque:

- si el otro también acusa le condenarán a cinco años
- y si el otro no le acusa quedará libre.

En este caso, ya que tanto el director como Tchaikovski han llegado a la misma conclusión, el resultado es que ambos confiesan y cada uno recibe una condena de 5 años.

Pero esta decisión desde el punto de vista colectivo es irracional porque les condenarán entre los dos a diez años en vez de dos. Es decir, el resultado no es óptimo en el sentido de Pareto, porque existe otra posibilidad en la que ambos mejorarían su utilidad. En efecto, si ninguno de los dos confesara se produciría el resultado (1 1) preferible para ambos al resultado de confesar (5 5). Sin embargo, la estrategia dominante de cada jugador, aquella que es mejor haga lo que haga el otro jugador, es confesar. ¿Cómo se explica esto?

Los dos condenados se encuentran en el gulag y se lamentan amargamente. “Nos la jugaron –se dice uno al otro-. Si hubiéramos podido comunicarnos nos habríamos puesto de acuerdo para no confesar y ambos hubiéramos cumplido sólo 1 año en lugar de 5 años.

-SEGUNDA HIPÓTESIS: Supongamos que los dos prisioneros no estuvieran aislados y **pudieran comunicarse:**

Posiblemente pactarían no acusarse

Pero

una vez realizado el pacto,

lo mejor, desde el punto de vista del interés personal es incumplir el pacto y acusar, porque de este modo el valor del pacto les sirve de garantía de que el otro no le acusará.

Efectivamente, si se hubieran puesto previamente de acuerdo y no se hubieran traicionado después, el resultado habría sido de 1 año para cada uno. Pero en el fondo saben que ese resultado es muy improbable, ya que una vez solos en sus mazmorras no podrían tener seguridad de que el otro iba a mantener su compromiso. El incentivo de traicionar es muy atractivo. “Si el otro me traiciona –puede pensar cada uno- las consecuencias para mí son catastróficas

-10 años-). Por tanto, traiciono yo también, aunque sea preventivamente, y sigo mi estrategia dominante. Así, si el otro ha resistido sólo será 1 año, y si ha confesado, evito que me caigan 10 años y sólo me caerán 5 años”.

El dilema del prisionero muestra la necesidad de la cooperación (ambos prisioneros estarían mejor si cooperaran entre ellos y no con el KGB) y, a la vez, muestra que en ciertas condiciones la persecución racional del propio interés por cada uno de los jugadores conduce a un equilibrio ineficiente, es decir, a un resultado peor para ambos que otros resultados posibles, en definitiva, a un resultado no deseado.

Las personas, las sociedades, los Estados, los agentes económicos se ven continuamente atrapados en el dilema del prisionero. Los procesos de desarme nuclear, la paz entre los países, la recaudación fiscal, la limpieza de la cocina en un apartamento de estudiantes y otros infinitos aspectos del bienestar colectivo están constantemente en peligro porque los jugadores se debaten entre la necesidad objetiva de la cooperación, el miedo a ser explotado y el incentivo a tracionar aprovechándose de la cooperación de los otros sin cooperar uno mismo.

En términos estratégicos, quienes se hallen atrapados en un modelo de dilema del prisionero no podrán cooperar, aunque lo deseen, hasta que encuentren una forma de neutralizar el incentivo a traicionar.

W. Poundstone²⁹ recuerda el espantoso drama de la traición recíproca que se desarrolla en la ópera “Tosca”, de Puccini:

La protagonista de la obra es la bella cantante Floria Tosca, enamorada del pintor Mario Cavaradossi, y la historia transcurre en el verano de 1800, cuando Roma se hallaba sometida al yugo de la reacción borbónica y pontificia, mientras republicanos y absolutistas esperan cada uno por su lado los resultados de la batalla de Marengo. El cruel jefe de policía, el barón Scarpia, ejerce el terror. El nudo del drama culmina cuando el pintor, que ha sido condenado a muerte por conspirar contra la tiranía, espera en la cárcel a ser fusiliado. Tosca acude desesperada a suplicar a Scarpia por la vida de Mario. Scarpia, que la recibe con un rictus malvado y libidinoso, la propone el siguiente trato: “Si eres mía aquí mismo, ahora, salvaré la vida de tu amante ordenando que le fusilen sin balas. El estará advertido, carerá al suelo fingiéndose muerto y cuando el pelotón se retire podrás huir con él”. Tosca acepta el trato con una condición: da primero la orden irrevocable de disparar sin balas y entonces seré tuya”. Scarpia llama a un esbirro y le dice: “Prepara una ejecución simulada, como hicimos con el conde Palmieri, ¿lo entiendes?”. El oficial se retira y Scarpia, como una torva encarnación del

²⁹ POUNDSTONE, William, *Prisoner's Dilemma*, Anchor Books, Nueva York, 1993. Citamos por la versión castellana: *El dilema del prisionero*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

mal, se ciernen sobre Tosca que, pálida como una muerta, va a entregarse al verdugo.. pero en el momento del abrazo fatal los espectadores descubren que Tosca ha encontrado sobre la mesa un afilado abrecartas y lo hunde en la espalda de Scarpia, que cae al suelo, agonizante. Tosca le dice con desprecio: “Y pensar que toda Roma temblaba ante él”.

En el acto siguiente asistimos a la representación de la ejecución. Mario va a ser fusilado con los cartuchos de foguero, vivirá, podrán huir, el amor y la felicidad de los seres libres triunfará sobre el oscuratismo y la tiranía... Tosca contempla escondida la escena. Mario cae, como estaba previsto, los soldados se retiran, ella corre hacia su amante: “Mario, Mario, somos libres, levántate...”, pero Mario no puede levantarse, está muerto. Scarpia también había traicionado el pacto. Tosca se arroja desesperada a los fosos del castillo”.

El drama era previsible para quien piense estratégicamente. La razón es evidente: Si se interacciona una sola vez y no hay posibilidad de castigos ulteriores, los pactos son altamente inestables cuando se sitúan en una opción que no es el equilibrio del juego. Tanto en la hipótesis de que una parte vaya a cumplir lo acordado como en la hipótesis de que vaya a traicionarlo, al adversario le conviene traicionar porque de esta forma obtiene un beneficio individual mayor.

De hecho, si no existe una autoridad exterior que garantice los pactos (o algún mecanismo equivalente), hay que presuponer que la traición se producirá. Esta es una de las justificaciones de la existencia del Derecho.

EL LIBERALISMO DE JOHN LOCKE (1632-1704)



Biografía. Las bases del liberalismo político

1.- HOBBS Y LOCKE

2.- EL EMPIRISMO

3.- EL ESTADO DE NATURALEZA

4.- LA CREACIÓN DEL ESTADO: EL CONTRATO

5.- SISTEMAS DE GOBIERNO

6.- PENSAMIENTO RELIGIOSO: LA TOLERANCIA

7.- LA OPOSICIÓN AL PODER

JHON LOCKE

Biografía. Las bases del liberalismo político

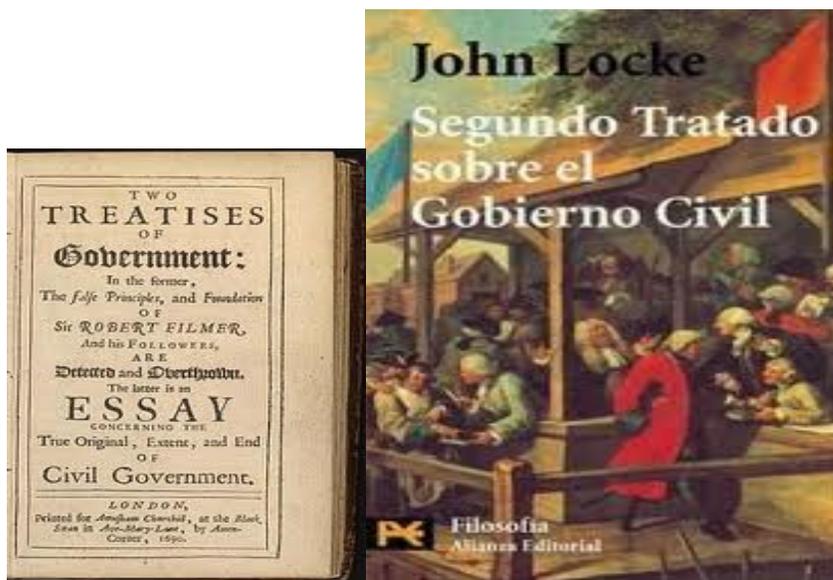
John Locke nació en 1632 en el seno de una familia puritana de clase media acomodada y entró en Oxford para seguir la carrera eclesiástica pero fue derivando hacia las ciencias naturales y se hizo médico. Conoció a Lord Ashley, que llegaría a ser canciller del Reino, se convirtió en su consejero y se vio envuelto en los sucesos políticos de la época.

Con la restauración de **Carlos II** tuvo que huir a Holanda, de donde volvió cuando la Revolución Gloriosa de 1688, adquiriendo gran prestigio e influencia política. Murió en 1704. Sus obras más importantes son *An Essay Concerning Human Understanding*, de carácter filosófico, y sus *Two Treatises of Government*, (Dos tRatados sobre el Gobierno) de contenido político. Ambas fueron escritas alrededor de 1690.

El contexto de una Inglaterra protestante, el temor que suscitaba el absolutismo en el ámbito del gobierno, la inseguridad en cuanto a la propiedad, los temores que generaba el catolicismo como religión. El conde de Shaftesbury que, en 1667, había contratado por primera vez a Locke como su médico, en 1679 ya se había convertido en su mecenas, su socio político y su amigo personal. Como lord presidente del Consejo, Lord Shaftesbury fue el principal defensor de un intento de aprobar un proyecto de ley (Hill) por el Parlamento cuya finalidad era excluir del trono a Jacobo, duque de York, el siguiente a la línea sucesoria y hermano menor de Carlos. Carlos II no tenía descendientes. Pero Jacobo era católico. El propósito del *Exclesion Hill* consistía en evitar que hubiera una sucesión católica en el trono. El intento de excluir a Jacobo fracasó cuando Carlos II disolvió el Parlamento. Un grupo de *whigs* encabezados por Shaftesbury y el propio Locke empezó a optar por la traición. Algunos huyeron de Inglaterra refugiándose en Holanda, como hizo J. Locke. No volvió a Inglaterra hasta la huida del hermano y sucesor de Carlos II, Jacobo II, y la gloriosa revolución de 1668.

Desde su ascensión al trono en 1685, Jacobo había adoptado una serie de políticas que atentaban contra los elementos principales de la vida política inglesa. Estas políticas incluían promulgar o prescindir de leyes en contra del Parlamento, el establecimiento de tribunales especiales, el nombramiento de católicos para altos cargos en la armada y en las Universidades, y una equívoca política exterior en la que Jacobo era sospechoso, como después se ha demostrado, de aceptar dinero francés a cambio de ingeniárselas para restaurar el catolicismo. J. Locke trabajaba mientras en una obra política que habrá de convertirse en los *Two Treatises of Governement*.

Aunque algunos de los allegados a Locke en el movimiento revolucionario tuvieran simpatías republicanas, el movimiento no era en esencia republicano. La preocupación de Locke era construir el argumento que justificara, en circunstancias excepcionales, la expulsión de un gobernante (o gobernantes, ya fueran Parlamentos o reyes tiránicos)- que hubiera dejado de actuar constitucionalmente. No se trataba de un argumento contra la monarquía como tal.



1.- HOBBS Y LOCKE

Thomas Hobbes y John Locke son dos escritores contemporáneos que, en las contiendas políticas de la época, militan en campos opuestos y llegan a conclusiones también opuestas respecto a la naturaleza del gobierno.

Parten, sin embargo, de premisas teóricas próximas:

- En lo epistemológico, ambos son empiristas;
- En lo psicológico, ambos afirman el egoísmo del individuo, descarnado en Hobbes y matizado en Locke, aunque igualmente radical;
- Y ambos utilizan la teoría del contrato social.

A pesar de estas coincidencias de partida, la mayor coherencia de Hobbes y, quizás, un mayor realismo de Locke, que pasa por encima de ambigüedades y contradicciones con sus postulados filosóficos (que en el fondo son también nominalistas), les llevan a conclusiones distintas respecto al gobierno: al absolutismo de

Hobbes y al gobierno limitado de Locke.

2.- EL EMPIRISMO

En lo epistemológico, Locke es decididamente **empirista**. Afirma que todas las ideas del hombre proceden de la experiencia, que no existen ideas innatas; que la mente es como una «tabula rasa» donde a partir de las sensaciones se van elaborando, almacenando y relacionando las ideas. Precisamente en esto consistiría el conocimiento; por tanto, el conocimiento sería una pura operación interior, y la verdad lógica, que para la filosofía realista consiste en la adecuación del pensamiento con la realidad, quedaría reducida, en la inmanencia del sujeto, a pura coherencia lógica entre ideas. Por otro lado, al considerar a la mente humana como una «tabula rasa» que va enriqueciéndose pasivamente a través, y exclusivamente, de las sensaciones recibidas, mantiene que todos los hombres tienen una igual aptitud para el aprendizaje.

Lo mismo que ocurría con Hobbes, Locke deduce el sistema moral de su postulado psicológico, y al basar éste en la sensación, con la consecuente búsqueda del placer y aversión al dolor, no precisa de ningún otro punto de referencia o ley externa y por tanto su defensa del derecho natural es, en él, un «a priori» que afirma sin fundamentarlo racionalmente.

Por lo que respecta a la polémica sobre libertad religiosa, tan de actualidad en su época, la postura de Locke, acorde con su concepción empirista que relegaba lo religioso a la esfera puramente privada, necesariamente tenía que ser la de defensa de la tolerancia, si bien matizada por consideraciones políticas: así, por ejemplo, no abarcaba a los católicos, por su «dependencia» de Roma, ni a los ateos, que le aparecían también como perniciosos.

3.- EL ESTADO DE NATURALEZA

El pensamiento político de Locke, que en lo fundamental está recogido en sus *Dos tratados sobre el gobierno*, tiene como punto central la limitación del poder del gobierno, que justifica con su teoría del contrato social, estimando carente de todo sentido el que los hombres para salir del estado de naturaleza consintieran en someterse a un poder absoluto.

Según Locke, el estado de naturaleza era de total libertad, donde cada individuo podía hacer lo que le viniera en gana, y de total igualdad, derivada de la pertenencia a una misma especie biológica. Sin embargo, a diferencia de Hobbes, no creía que en ese estado se diera una guerra de todos contra todos, sino, más bien, una **situación normal de paz**, puesto que, junto al sentimiento de propia conservación, cada individuo poseía uno de **solidaridad** hacia los demás.

La guerra era posible, pero no inevitable. El estado de naturaleza tenía una Ley Natural: la Razón, que enseñaba a todo hombre que ninguno debía dañar a los demás en

su vida, salud, libertad y propiedad.

PROBLEMA

Ese estado implicaba que no había una autoridad común, es decir, un gobierno, y aunque no por ello dejaban los hombres de sentirse vinculados por la Ley Natural, podían producirse discrepancias en cuanto a su aplicación a casos concretos y, además, al permanecer el poder coactivo de esa ley en manos de cada individuo particular, éste se constituía en «juez y parte». Esta situación de estado de naturaleza era, según Locke, análoga a la existente en las relaciones entre países independientes.

. Su pensamiento tiene como punto central la limitación del poder del gobierno. Estima carente de sentido el que los hombres, para salir del estado de naturaleza, consintieran en someterse a un poder absoluto.

POR ELLO,

Aun cuando en el estado de naturaleza el hombre era sujeto de derechos naturales (principalmente a la propiedad, tanto sobre su vida como su libertad y sus posesiones), su disfrute era sin embargo incierto y permanentemente expuesto a la violación

--FALTABA:

- una ley establecida, fija y conocida, que hubiese sido aceptada por consentimiento común, como norma de lo bueno y lo malo.
- un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres
- un poder que respalde y de fuerza a la sentencia cuando ésta sea justa, a fin de que se ejecute debidamente

4.- LA CREACIÓN DEL ESTADO: EL CONTRATO

Aun cuando en el estado de naturaleza el hombre era sujeto de los derechos naturales, su disfrute era, sin embargo, incierto y permanentemente expuesto a violación. Por esta razón, tuvo interés en salir de ese estado, en el que, aun cuando libre, estaba lleno de temores y continuos peligros.

Por medio del **contrato** el hombre pretendió crear una autoridad común, que le librase de los inconvenientes del estado de naturaleza, y, para ello, esa autoridad no podía ser en modo alguno absoluta, sino de tal forma limitada que no pudiese abusar de sus poderes. Los individuos entregaban al gobierno el derecho de aplicar la ley natural y

exigir su cumplimiento, pero se reservaban el resto de los derechos. El ciudadano quedaba obligado a obedecer las leyes justas y el gobierno a respetar los derechos de los ciudadanos.

Locke consideraba dos fases en el contrato:

- 1ª) La primera, en la que intervenían todos los individuos, por la que se creaba la sociedad;
- 2ª) y la segunda, para la que bastaba la mayoría, por la cual la sociedad creaba el gobierno.

La relación entre sociedad y gobierno tenía un carácter fiduciario, por lo que si el gobierno violaba su compromiso podía ser destituido por la sociedad. Quedaba así justificado el derecho del pueblo a la rebelión.

Para Locke los derechos del hombre podían ejemplificarse y, en cierto sentido, resumirse en el derecho de propiedad (sobre su vida, libertad y posesiones); precisamente la finalidad principal por la cual los hombres establecían el contrato social era la de preservación de la propiedad. El derecho a adquirir propiedad se materializaba cuando el hombre, mediante su trabajo, mezclaba algo de sí mismo con la materia sobre la que trabajaba, y sólo venía limitado por la exigencia de dejar para los demás suficiente cantidad de igual calidad de aquello que tomaba; como regla práctica, podría afirmarse que ese requisito se cumplía mientras lo acumulado no alcanzase un nivel en que una parte llegase a estropearse. Aun cuando sólo fuese, por tanto, legítimo adquirir tanta propiedad como pudiera utilizarse, el invento del dinero vino a hacer posible, sin violar la ley natural, la acumulación ilimitada de propiedad. Locke argumentaba, además, que el régimen de propiedad privada es un estímulo para la productividad que hace que todo el mundo pueda llegar a disponer de más bienes que los que tendría en un régimen de propiedad colectiva, y que el dinero, abriendo la posibilidad de acumulación ilimitada, abría también la de una ilimitada productividad.

5.- SISTEMAS DE GOBIERNO

Según Locke, una vez constituida la sociedad, habría que encontrar un sistema de gobierno en el que se garantizaran:

- la defensa de los derechos individuales
- que el propio gobierno no llegara a ser una amenaza para la sociedad

-Imprescindible: limitar el poder del gobierno:

- 1) recurriendo al sufragio, por el que se elegiría periódicamente a la cámara legislativa

2) establecer la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y federativo (relaciones con otros países)

6.- PENSAMIENTO RELIGIOSO: LA TOLERANCIA

La sociedad surge de un contrato social por el que cada hombre cede su derecho de coerción y punición para evitar contiendas mayores. De aquí arrancará el liberalismo del siglo XIX con su concepción del "Estado gendarme" cuya misión consiste en servir y velar por los derechos individuales, cortando todo *abuso* contra la libertad e igualdad de los hombres.

Como testigo de los sucesos de la Inglaterra de la segunda mitad del siglo XVII, Locke no puede obviar la cuestión religiosa. Se puede afirmar que sus teorías sobre la tolerancia son, en gran medida, corolario de sus teorías políticas. Lamenta la persecución y la intolerancia por opuestas al espíritu del Evangelio. Ningún individuo debe ser obligado a pertenecer a una Iglesia concreta, pues nadie nace siendo miembro de una Iglesia, sino que la escoge libremente. Él, a diferencia de Hobbes, separa las sociedades civil y religiosa. El magistrado civil debe limitarse a preservar los intereses civiles (la propiedad...) sin ocuparse de la salvación de las almas. Por su parte, la Iglesia o iglesias, como comunidades religiosas cuyo fin "es el culto público a Dios y, a través de él, la adquisición de la vida eterna", deben limitar sus normas a ese fin. No obstante, el Estado debe prohibir aquellas doctrinas que pueden alterar la paz pública. Locke se opone a la religión católica, porque sus adeptos anteponen la fidelidad al papa a la fidelidad a la Constitución inglesa. También proscribió a los mahometanos, dado que su moral no resulta compatible con la civilización inglesa, y a los ateos, pues carecen de principios morales.

Locke está en contra del derecho divino del rey, ya que la autoridad no puede darse a uno sólo como ungido de Dios, sino que es el pueblo quien se la da y se la restringe. El Estado no es, pues, una institución natural sino la suma de voluntades individuales; es el producto de la libre voluntad de los individuos.

La idea del bien y mal, fundada en la costumbre, es variable al no tener fundamento objetivo. Aboga por la religión natural en armonía con las religiones positivas. En 1695 escribe "*La razonabilidad del cristianismo*" obra en la que pretende reducirlo a una religión sin misterios y comprensible para todos; abre con ello una vía que desembocará en el deísmo de los siglos XVIII y XIX. En 1696, en su obra "*Cristianismo sin misterios*" admite, únicamente aquellos dogmas fácilmente inteligibles. Vemos en todo esto el influjo cartesiano de intentar crear una religión razonable frente a una religión de la fe. En sus "*Cartas sobre la tolerancia*" propugna que la religión no sea impuesta por medios coercitivos; es decir la no injerencia del Estado en materia religiosa. El Estado y la Iglesia tienen misiones diversas y, por lo mismo, deben separarse.

Toda la concepción política y religiosa de Locke está orientada hacia la

tolerancia, y ello es debido a que, en el fondo, no podemos llegar a tener certeza de los últimos principios religiosos, éticos o teóricos porque son metafísicos y nuestro conocimiento es exclusivamente experimental y psicológico. Hay que admitir por ello el relativismo religioso.

Su Ética es hedonística, ya que las cosas son buenas o malas en función del placer o dolor que causan; es el típico utilitarismo de tono inglés. La aprobación o el vituperio, tácitos, de la opinión pública, se constituyen en la norma de la virtud o del vicio.

El hombre posee el derecho de poder hacer lo útil; de ahí su derecho a la vida, al trabajo y a la propiedad. En la *educación* aboga por el respeto y fomento de la espontaneidad libre del niño, desterrando todo despotismo.

7.- LA OPOSICIÓN AL PODER

Si el poder se ostenta de modo condicionado, la actuación contraria a la misión confiada legítima a los gobernados a rebelarse. Locke afirma que los pueblos son capaces de soportar grandes errores de sus gobernantes y muchas leyes injustas y molestas. Pero todo tiene un límite y la comunidad tiene derecho a readquirir su libertad primitiva. Distingue varios supuestos de lo que denomina "*disolución*" del gobierno:

1.- En primer lugar, cuando el príncipe impide al poder legislativo decidir, o actúa arbitrariamente desoyendo las leyes, o varía arbitrariamente el sistema electivo del Parlamento para alterar su composición.

2.- En segundo, cuando el poder ejecutivo descuida su cargo de modo que las leyes vigentes dejan de ser aplicadas.

3.- Un tercer modo de disolverse surge cuando el príncipe o el legislativo intentan adquirir un dominio arbitrario sobre la vida, la libertad o las posesiones de los súbditos. En esos supuestos, el pueblo recupera la libertad de valerse por sí mismo: puede desvincularse de ese gobierno y constituir otro.

La disolución del gobierno, a diferencia de las tesis de Hobbes, no implica la de la comunidad.

APÉNDICE I- DEL INDIVIDUALISMO POSESIVO AL LIBERALISMO SOLIDARISTA

Principios básicos: seguridad // libertad // igualdad

- . Seguridad (T. Hobbes y su Leviatán)
- . Libertad (J. Locke, R. Nozick –individualismo posesivo)
- . Igualdad (J. Rawls –liberalismo solidarista, liberalismo social)

1. Individualismo posesivo (primacía de la libertad y propiedad). Rasgos:

- a) Lo que hace al hombre humano es ser libre, es decir, independiente de las voluntades de los demás. Libertad e independencia se identifican
- b) Un hombre libre es independiente de cualquier relación con los demás, a excepción de aquellas que le interese contraer
- c) Cada individuo es propietario de su persona y de sus capacidades, por las que no debe nada a la sociedad. Por tanto, es también propietario del producto de sus capacidades.

Conclusión:

- no hay razón para que comparta con los demás individuos aquello que es sólo suyo
- sus rentas son suyas, el sueldo es suyo, y “me quitan de lo mío” lo que se toma para redistribuir

2. Liberalismo solidarista (primacía de la igualdad intentando conciliarla con la libertad)

.El Estado de Derecho ha querido calificarse con adjetivo de “social”: socialdemocracia.

.*Críticas:* el Estado social elimina el Estado de Derecho porque imposibilita el imperio de la ley

. *Rasgos:*

- a) Las personas no son responsables ni dueñas de las cualidades naturales ni de las cualidades sociales que adquieren por nacimiento.
- b) Por tanto, cada persona debe a la sociedad parte de lo que es y resulta razonable compartir cargas y beneficios distribuyendo unas y otras de forma justa. Compartir cargas y beneficios es razonable y es distinto del objetivo de maximizar el beneficio
- c) Una sociedad será justa cuando los principios que la orientan distribuyan las cargas y los beneficios procurando no tener en cuenta la lotería natural y social
- d) Universalizar la libertad: la libertad es el valor máspreciado para los seres humanos pero siempre que sea articulable con la de los demás ciudadanos.
- e) Es bueno una distribución igualitaria pero si el igualitarismo produce menos riqueza social es perjudicial para todos. Lo más justo es, entonces, retribuir de

forma desigual, tomando por referente al grupo social más desfavorecido (Teoría de la justicia de J. Rawls).

LIBERALISMO- EL “ESCLAVO FELIZ”

El ejemplo del “esclavo feliz” o de la servidumbre voluntaria tradicionalmente ha constituido un desafío para la tradición liberal: si el principio fundamental del intervencionismo estatal es el respeto a la autonomía de las personas, siempre naturalmente que su ejercicio no produzca daño a terceros, ¿por qué no considerar lícito una suerte de contrato de esclavitud mediante el que una persona se cede voluntariamente como cosa para servir como esclavo?

“Imaginemos una persona adulta que decide autónomamente convertirse en esclavo de otra. Supongamos que esa persona ha tomado esa decisión sin que se diera ningún vicio del consentimiento. Además, aceptemos que a pesar de su condición de esclavo (o quizás, gracias a la misma) disfruta de un alto bienestar relativo. Es decir, con el paso que ha dado ha ganado en bienestar, teniendo cubiertas en mayor medida sus necesidades básicas y sus preferencias”.

Cabe preguntarse si estaría justificada esta decisión desde una perspectiva liberal. Como sabemos, J. Stuart Mill niega tal justificación. Se trataría de un caso en el que una primera decisión autónoma conlleva la imposibilidad de ejercer la autonomía en el futuro. Sin embargo, esto parece estar basado en el hecho de que el estado de esclavitud es cerrado, es decir, que una vez adoptado ya no cae dar marcha atrás.

Pero imaginemos que se trata de un régimen abierto, en el sentido de que el esclavo puede dejar de serlo cuando quiera. Alguien podría decir que eso ya no es esclavitud, pero admitamos que lo es simplemente a efectos argumentativos. En este supuesto parece que el principio de autonomía no podría vetar una conducta como ésta. ¿Supone esto que no puede criticarse esta conducta desde una perspectiva liberal? Porque ni se está vulnerando la autonomía ni el bienestar.

La razón última parece estar en una cuestión simbólica, en la medida en que todos asociamos la institución de la esclavitud con un caso de iniquidad, de afectación del principio de dignidad de la persona³⁰.

Pero, supongamos que se establece una institución consistente en una forma de servidumbre voluntaria como la sugerida, con cláusula de revocación unilateral y la garantía de un trato exquisito por parte del propietario; y que esta institución recibe el nombre de esclavitud ¿Continuaría siendo reprobable?

³⁰ VILAJOSANA. Joseph M^a., *Identificación y justificación del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2007. Vid. también el debate entre L. Prteto Sanchís y J.M^a. Vilajosana sobre este y otros temas en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, T. XXV, Madrid: BOE-Ministerio de Justicia, 2008-2009, pp.487-538.

APÉNDICE II- HOBBS/LOCKE

¿SEGURIDAD VERSUS LIBERTAD?

--**PREGUNTA 1:** ¿Podemos descubrir en la sociedad actual *otros tipos de Leviatanes?*

- Los poderosos del mundo son los Estados, las instituciones internacionales y las entidades financieras. Si queremos saber por dónde va el mundo hay que mirar a la ONU, a la Unión Europea, al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional, a la Organización Mundial del Comercio.

-La diferencia con el Leviatán de Hobbes es que no nacen de ningún pacto originario entre iguales, SINO que nacen de individuos o de minorías de individuos que quieren dominar el mundo sin que nadie les haya legitimado para mandar tanto.

-Los nuevos Leviatanes no tienen como finalidad la *salus populi*, el bienestar justo de la totalidad social SINO la “salud” de sectores sociales y económicos mayoritarios.

- SON LEVIATANES por DOS motivos:

1) Porque son soberanos absolutos e incontrolados (*legibus solutus*) de la vida, del destino y de las libertades de los individuos

2) Porque han sabido utilizar determinados factores que integran la naturaleza humana (egoísmo, tendencias insaciables al tener-más y al poder-más) para hacer posible su misma existencia.

--¿Tienen razón los colectivistas, bien sea en su versión de derechas (comunitaristas) o en su versión de izquierdas (comunistas)?

-- **PREGUNTA 2:** Cuánta libertad estamos dispuestos a ceder –hasta qué punto, por cuánto tiempo y con qué justificación- a cambio de qué nivel de seguridad.

Si se pide conscientemente más seguridad a costa de un recorte de las libertades y una negligencia en el respeto de los derechos es porque se cree tener claro que los beneficiarios de la seguridad seremos siempre nosotros y los que verán restringidos sus derechos y garantías serán siempre los otros. Sin embargo, “Nosotros somos los otros”.

. La seguridad se convierte en un lema electoral y en un negocio a explotar. Es esa posibilidad de comprar y vender la seguridad en el mercado libre en la que se encuentra la mayor desigualdad que genera la sociedad del riesgo y del miedo.

. Se discute si se trata de “seguridad para todos” o “sólo para los que la puedan pagar”. No compartimos la opinión de Ulrich Beck acerca de que el riesgo es democrático: no todos estamos en iguales condiciones para protegernos de los peligros y sentirnos seguros.

. Traducción política del miedo: más policía, más penas, menos derechos.

. Traducción económica: más empresas de seguridad, más policía privada

. Papel que desempeñan los medios de comunicación en la construcción del miedo: triada: medios de comunicación—miedo—demanda creciente de seguridad

--TRES CUESTIONES:

- 1) El derecho penal del enemigo
- 2) Sociedad del riesgo
- 3) Guerra preventiva/guerra justa

1) DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

. Los parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos fundamentales, unas garantías que sirvieran, al menos formalmente, de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado

. La legitimidad del Derecho penal se plasma en el binomio prevención-garantías, en permanente conflicto:

- a mayor prevención, mayor detrimento de las garantías
- a mayor maximización de las garantías, menor funcionalidad preventiva

. El Derecho Penal ES la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para este último unas consecuencias altamente estigmatizadoras y por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención.

. Hoy, en cambio, el Derecho penal de los enemigos, se presenta como una realidad inevitable, y ello por varias razones:

- a) Desde el atentado del once de septiembre en Nueva York, Estados Unidos ha abierto una guerra contra todos aquellos que, en su opinión pongan en peligro su hegemonía y seguridad. La guerra a Irak ha sido una sucesión de atropellos de derechos de la Convención de Ginebra: no se respetó la necesidad de autorización de la ONU para declararla, no se han respetado las normas de traslado y custodia de prisioneros, se asumen daños a civiles como

simples “daños colaterales”

b) Se pone en entredicho la competencia de la Corte Penal Internacional precisamente por aquellos países que tienen más posibilidades de ser juzgados por ese tribunal

c) Se está legitimando la creación, a nivel nacional, de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado

d) Esta tendencia, surgida al amparo de una situación excepcional, corre el peligro de convertirse en la regla normal de actuación de los órganos encargados de aplicar el Derecho penal

d) Se está dando primacía al valor seguridad sobre cualquier otro.

--Se está pues configurando un “Derecho penal del enemigo”:

- Pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como “meras fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio.

- SE CARACTERIZA POR:

- . un adelantamiento de la punibilidad
- . la adopción de una perspectiva futura
- . un incremento notable de las penas
- . supresión de determinadas garantías procesales individuales
- . el legislador no dialoga con sus conciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos con penas draconianas,
- . se amplían las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico

PERO

esta acepción es difícil de aceptar en un Estado de Derecho que, por definición, no admite que pueda hacerse la distinción entre “ciudadanos” y “enemigos” como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos.

. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la

propia esencia del Estado de Derecho.

. No se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales. Un Estado de Derecho no puede utilizar medios de represión punitiva característicos de una dictadura. En un Estado de Derecho no pueden coexistir dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y derechos fundamentales y otro puramente policial, para enemigos, que no respete los principios básicos y garantías características de un Estado de Derecho. No pueden pues aceptarse los mecanismos que, desde el Derecho penal y procesal del enemigo, se están queriendo introducir y que en la práctica conducen a la exclusión del ejercicio de determinados derechos fundamentales a quienes son considerados enemigos del Estado, originándose así un modelo de no-Derecho para enemigos.

--PREGUNTA: ¿Se pueden recortar o limitar los derechos fundamentales de los presuntos terroristas?

. La seguridad es el marco que el Estado debe garantizar a los ciudadanos para el libre y pacífico ejercicio de sus derechos, preservándolos de injerencias arbitrarias de otros individuos o de los propios poderes del Estado.

. Seguridad y libertad no deben verse como valores antinómicos, sino que son complementarios: su simultánea vigencia es imprescindible para la vida social. La seguridad es el ámbito adecuado para el desarrollo de la libertad; y el ejercicio de la libertad proporciona un contenido ético a la seguridad. Para garantizar la seguridad es necesaria la persecución del delito, lo cual lleva aparejada la imposición de una pena. Conviene pues reflexionar sobre la utilidad de la pena en orden a la prevención del delito.

2) LA SOCIEDAD DEL RIESGO

En los últimos años, el Estado ha encontrado un importante elemento para su justificación: la seguridad

. El ejercicio del poder y la soberanía actual es compartido: agencias nacionales, supranacionales, regionales, locales, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales. Vg. Unión Europea, Mercosur

. Cada vez más, la función del Estado es la de seguridad (se privatizan servicios públicos, decisiones nacionales se toman ahora por instancias supranacionales):

- endurecimiento del Código Penal
- creación de legislación especial para la seguridad ciudadana
- legislación antiterrorista
- control de la inmigración: “sólo nos queda nuestra nacionalidad.

Defendámosla con uñas y dientes de los invasores”

. En Estados Unidos e Inglaterra: *Patriot Act*: sientan el peligroso precedente de restricción de derechos de ciudadanos nacionales y de empleo de medidas policiales sin control judicial

. Sociedad del riesgo (Beck):

- tecnología nuclear y química
- investigación genética
- amenazas ambientales
- supermilitarización
- globalización económica (flujo de capitales, economía especulativa, deslocalización de las empresas, deterioro de servicios sociales).

3) LA GUERRA PREVENTIVA

San Agustín y, siglos más tarde, la Escuela de Salamanca (Francisco de Vitoria, Francisco Suárez) enunciaron las condiciones para considerar una guerra como justa. Son requisitos que después la Iglesia ha reconocido de forma oficial.

--GUERRA JUSTA:

1. Que el daño causado por el agresor sea duradero, grave y cierto
2. Que todos los medios para poner fin a la agresión hayan resultado impracticables o ineficaces
3. Que se reúnan las condiciones serias de éxito
4. Que el empleo de las armas no entrañe males y desórdenes más graves que el mal que se pretende eliminar

A partir del atentado del 11 de septiembre en Nueva York se perfila un nuevo concepto de guerra

--GUERRA PREVENTIVA:

. Nueva doctrina de seguridad nacional que eximía a Estados Unidos de la obligación de justificar una guerra por razones de defensa propia o de amenaza inminente (de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas).

. Se promulga un nuevo derecho “a actuar contra amenazas nacientes antes de que se hayan formado por completo” y a “actuar de forma preventiva” contra Estados que den cobijo o apoyo al terrorismo.

RESULTADO

. Los ataques preventivos a los “Estados delincuentes” y a “quienes financian o protegen el terrorismo” fracasan por estar basados en un malentendido fatal sobre qué

es terrorismo y cómo procede.

. Los terroristas no son como un cáncer en el cuerpo de un Estado que, cuando muere el Estado muere también el terrorismo. Son como parásitos migrantes que ocupan temporalmente un huésped (Estados delincuentes, gobiernos débiles e incluso democracias transparentes) y entonces, cuando un huésped es destruido se mudan a otro Estado. Los terroristas no son Estados sino que se sirven de los Estados.

--La guerra preventiva ni ha creado paz ni ha evitado el terrorismo.

. Elemento característico del ESTADO DE SEGURIDAD: su PRETENSIÓN DE GLOBALIDAD:

El nuevo Estado de seguridad no surge para encerrarse en los límites nacionales, sino para ser un sujeto universalizable. Vg. Guerras de Afganistán e Irak, y su posible extensión a Irán, Libia, Corea del Norte, Cuba, etc.

- CASO PRÁCTICO 1

ALUMNOS NAÚFRAGOS³¹, ESTADO DE NATURALEZA Y ¿CONTRATO SOCIAL?

Planteamos la situación hipotética de unos alumnos que, cuando van a realizar el viaje de fin de estudios, dirigiéndose por ejemplo a Centroamérica, su avión, cruzando el Atlántico, sufre una avería que les lleva a realizar un aterrizaje forzoso en una isla desconocida. Allí, los alumnos –vamos a suponer un número de doce, por ejemplo- van a tener que organizarse desde el inicio, tomando decisiones para su propia supervivencia. Ello les hace entender la problemática de la adopción de decisiones políticas.

Les planteamos que las posibilidades de rescate se demorarán largo tiempo y que deben organizar las condiciones de supervivencia y de convivencia. La isla ofrece unas condiciones climáticas aceptables (más bien calor que frío) y con una vegetación que ofrece una alimentación que, bien gestionada y aprovechada, podrá ser suficiente. Sin embargo, los recursos son limitados por lo que deberán llegar a acuerdos sobre su redistribución. Son conscientes de que tendrán que convivir en un limitado espacio geográfico, con bienes limitados, lo que dará lugar a competencia y conflictos entre ellos, y a su vez, que la necesidad de sobrevivir les hará cooperar. Tendrán que adoptar decisiones colectivas –prácticamente de tipo político- para gestionar su situación. ¿Quién tomará las decisiones? ¿Cómo las tomará? ¿Qué decisiones adoptarán?

Probablemente, lo primero que se planteen es quién va a dirigir el grupo. ¿El delegado de clase? Pero aquí se está en un ámbito muy distinto al académico y posiblemente, las competencias y actitudes que dieron lugar a que el delegado fuera elegido como tal –brillantes calificaciones, buenas relaciones con los profesores- de poco le puedan servir en un contexto totalmente diferente, donde lo que se exige es fuerza e iniciativa. Por ello, y dado que son pocos, y se creen iguales en dignidad y autonomía, es fácil que resuelvan constituirse en órgano colectivo, donde todos sean iguales. Una vez constituida la autoridad, el cómo adopten las decisiones será a partir de que todos tienen derecho a participar en la toma de decisiones y de que las opiniones de cada uno deben tener el mismo peso en la adopción de la decisión final. Por ello, es probable que decidan adoptar la regla de la unanimidad, para asegurar que a nadie se le impongan decisiones en contra de su voluntad, o, si no fuera posible alcanzar la unanimidad, la regla de la mayoría. Parece que así ya queda resuelto el problema de la legitimidad de las decisiones colectivas.

³¹ Tomamos el ejemplo presentado por MARTÍ, J. Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid, Marcial Pons, 2006.

Pero, ¿qué ocurre si una mayoría de ellos -supongamos ocho de los doce alumnos-, deciden adoptar una resolución injusta? Por ejemplo, que como son más altos y fuertes, necesitan una ración de comida mayor que la de sus compañeros más menudos –que, en este caso, va a coincidir prácticamente con las tres mujeres del grupo y un chico delgado y frágil-. ¿O si deciden que las chicas se ocupen de cumplir con todas las tareas mientras ellos descansan y toman sol en la playa? La minoría oprimida seguramente pensaría que tales decisiones son injustas e incluso, ilegítimas. Es decir, nos encontraríamos ante un caso de tiranía de la mayoría en el que la decisión mayoritaria contraviene los propios valores de dignidad e igual autonomía que previamente habían considerado valiosos. Incluso, propondrían una reforma de los aspectos procedimentales a la luz de dichos valores sustantivos.

--Continuando el ejemplo de los alumnos náufragos si, por ejemplo, no consiguen encontrar un procedimiento legítimo de toma de decisiones, dado que algunos de ellos discrepan acerca de las virtudes del procedimiento democrático, se podrían apuntar al menos cinco alternativas:

- 1) Toma de decisiones *dictatorial*: tomará la decisión el individuo que tenga más fuerza para imponerse;

- 2) Toma de decisiones *irracional*: se podría recurrir al azar –sacar el palo más corto, lanzar una moneda al aire-;

- 3) Toma de decisiones mediante el *voto*: si no se ponen de acuerdo, podrían votar y decidir por mayoría. Sin embargo, tampoco esta decisión sirve para fundar la legitimidad;

- 4) Toma de decisiones mediante *negociación*: La mayoría puede negociar con la minoría discordante para que acepte el procedimiento. Negociar implica hacer concesiones, prometer algo a cambio, formular amenazas, engaños, trucos, etc. Sin embargo, no elimina el desacuerdo de fondo, que se refiere a las creencias acerca de los valores sustantivos y de la justificación de un procedimiento, y no se resuelve mediante promesas o amenazas. Incluso si utiliza el engaño para alcanzar el consenso, este consenso será ficticio;

- 5) Toma de decisiones *deliberativa*: el procedimiento de toma de decisiones propuesto tiene una forma dialógica o discursiva, es decir, se trata de un proceso de comunicación colectiva en el que se intercambian razones que cuentan como argumentos a favor o en contra de una determinada propuesta o un conjunto de ellas con la finalidad de convencer racionalmente a los demás. Se trata de un procedimiento diverso de aquellos otros que se basan en la negociación o en el voto. De estas cinco posibilidades, sólo las tres últimas, el voto, la negociación y la deliberación son soluciones democráticas y tienen apariencia de legitimidad. Sin

embargo, parece que sólo la deliberación, el “hablar acerca de” podrá permitir llegar a un verdadero acuerdo.

Continuando con nuestro ejemplo de los naufragos, pensemos que los doce alumnos que han sobrevivido al accidente aéreo, buscan algún tipo de consenso básico en relación a principios básicos, es decir, que **planifican una “Constitución”** por la que regirse en la isla.

Una vez hecho esto, imaginemos que los naufragos deciden otorgar poderes especiales a una minoría de tres individuos, particularmente inteligentes, para que juzguen si las decisiones tomadas por la mayoría, siguiendo el procedimiento democrático rutinario, vulneran los principios abstractos de su “Constitución”. Es decir, estos tres alumnos se convierten en intérpretes privilegiados de la Constitución y, en última instancia, en los únicos capacitados para decidir cuál es la forma correcta de desarrollar los principios constitucionales abstractos. De esta forma, los naufragos no se vinculan a una Constitución justa, sino a favor de una minoría de privilegiados y poderosos habitantes de la isla.

A su vez, pueden darse DOS situaciones:

- 1) o bien el colectivo de los alumnos naufragos conserva la soberanía y la capacidad de revocar el mandato a los tres miembros de la elite,
- 2) o bien las pierde y el único órgano soberano es el formado por estos tres escogidos.

En el primer caso, el colectivo de los naufragos retiene la autoridad legítima democrática que sólo por delegación es transferida temporalmente a dicha elite, donde se harían depender las decisiones políticas en última instancia de la autoridad y el procedimiento democrático.

En el segundo caso, se sacrifica no sólo el procedimiento democrático sometándolo al juicio supuestamente sustantivo de la elite, sino también la propia noción de autoridad democrática.

---Partiendo de esta situación hipotética de los alumnos naufragos, plantee, con sus compañeros de clase, CÓMO SE ORGANIZARÍAN PARA PODER SUBSISTIR durante el tiempo en que tuvieran que permanecer en la isla a la espera de su rescate:

-¿Quién decidiría? ¿Uno? ¿Unos pocos? ¿Todos?

- ¿Cómo se adoptarían las decisiones: por mayoría, por unanimidad, por tiranía de los más fuertes?
- ¿Qué decisiones adoptarían? ¿Cómo se organizarían?
- ¿Qué problemas cree que podrían presentarse? ¿Cómo podrían resolverlos?

CASO PRÁCTICO 2

TRABAJANDO PARA ELI LILLY & COMPANY³²

Antes de que se apruebe la venta de un medicamento recién descubierto, la U.S. Food and Drug Administration (FDA) requiere que se pruebe en seres humanos sanos para determinar si tiene efectos secundarios peligrosos. Por desgracia, la mayoría de las personas sanas no toman una sustancia no probada que no se toma con la intención de curarlos de nada y que podría tener efectos de incapacidad o de muerte. Los sujetos de prueba podrían morir, sufrir parálisis, daño en los órganos y otras lesiones crónicas debilitantes. Sin embargo, Eli Lilly, una gran compañía farmacéutica, descubrió un grupo de “voluntarios” dispuestos a tomar los medicamentos no probados por sólo 85 dólares al día más alojamiento y alimento gratis: alcohólicos sin hogar desesperados por el dinero, reclutados en los comedores de caridad, refugios y prisiones. Como las pruebas duran meses, los hombres llegan a ganar hasta 4.500 dólares cada uno, una suma cuantiosa para alguien que sobrevive de lo que le dan. Las pruebas suponen enormes beneficios para la sociedad y muchas no se realizarían si no fuera por el grupo de alcohólicos despojados. Más aún, proporcionar a los hombres una cama, comida y buen cuidado médico antes de enviarlos fuera, libres de drogas y alcohol, y con dinero en sus bolsillos parece benéfico.

La FDA requiere que los participantes en estas pruebas médicas den su “consentimiento informado” y tomen una decisión “verdaderamente voluntaria y no coaccionada”. Es cuestionable si las circunstancias desesperadas de los alcohólicos sin hogar, hambrientos y sin dinero les permite tomar una decisión verdaderamente voluntaria y no coaccionada. Cuando le preguntaron a uno de ellos, contratado para participar en una prueba, dijo que no tenía idea de qué tipo de fármaco se estaba probando en él, aun cuando había firmado una forma de consentimiento informado.

CUESTIONES:

1. La práctica de Eli Lilly, ¿encaja en los presupuestos del liberalismo? O más bien del utilitarismo?
2. En su opinión, ¿es moralmente apropiada la política de usar alcohólicos sin hogar como sujetos en las pruebas? Los alcohólicos, ¿están haciendo uso de su libertad para someterse a tales prácticas?

³² Texto extraído de: COHEN, Martin, *101 Dilemas éticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2004.

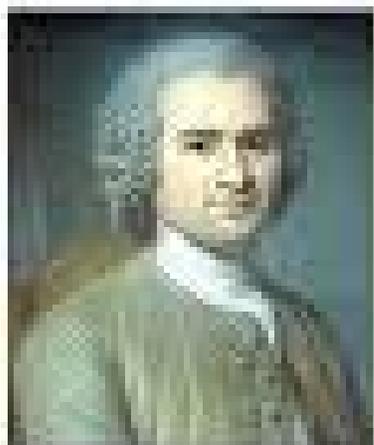
TEMA 6

EL ILUMINISMO FRANCÉS

TEMA 6 - EL ILUMINISMO FRANCÉS

La relevancia que la razón había comenzado a adquirir en el siglo XVII, se continúa incrementando en el siglo XVIII. El **Iluminismo** implica que la “luz de la razón” va a “iluminar” todas las áreas de conocimiento y pensamiento.

JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)



1.- BIOGRAFÍA

2.- BASES DE SU PENSAMIENTO

3.- EL HOMBRE NATURALMENTE BUENO

4.- EL CONTRATO SOCIAL

- Estado de naturaleza
- Estado de sociedad: sociedad civil

5.- LA VOLUNTAD GENERAL

6. RELIGIÓN CIVIL

7. FORMAS DE GOBIERNO

8. VALORACIÓN

Jean-Jacques Rousseau es uno de esos pensadores cuya propia experiencia vital es reconocible no sólo en sus *Confesiones*, sino también con frecuencia en el resto de su obra. Su pensamiento no parece reducible a una presentación sucinta y esquemática. De ello puede dar buena cuenta la variedad de su herencia: mientras constituye uno de los nombres-símbolo de las revoluciones liberales del siglo XIX, la tradición marxista y anarquista lo considerará como un claro antecedente; mientras se le tiene por el verdadero teórico de la democracia participativa, no faltarán otros tantos que lo sitúen como un antecedente de los totalitarismos.

1.- BIOGRAFÍA

Jean Jacques Rousseau nació en Ginebra, en 1712, de una familia de artesanos relojeros, pero la mayor parte de su vida la pasó en Francia. Su madre murió poco después de traerlo al mundo y, cuando todavía era un adolescente, su padre tuvo que exiliarse, con lo que Jean Jacques quedó abandonado y tuvo que ganarse la vida como pudo yendo de un sitio a otro. La experiencia vital de Rousseau resulta determinante de su pensamiento. Esa experiencia fue la de un marginado en una sociedad jerarquizada en la que, por su talante origen plebeyo, nunca logró integrarse.

Su infancia estuvo marcada por la injusticia, sentida como inherente a su status que le provocó un ansia de igualdad. Su fuga de Ginebra le hizo ir a parar a un hospicio de Turín, donde abandonó el calvinismo para abrazar el catolicismo. Fue secretario del embajador de Francia en Venecia, que hubo de dejar ante las humillaciones de que fue objeto; A los veintinueve años marchó a París, donde se relacionó con los «filósofos» y colaboró en la «*Enciclopedia*» escribiendo varios artículos sobre música y sobre economía. Muy pronto, sin embargo, surgiría una profunda y definitiva enemistad entre Rousseau y los «filósofos». En 1750 ganó un premio de la Academia de Dijon con su *Discurso sobre las ciencias y las artes* y posteriormente escribió bastantes obras literarias y políticas, entre las cuales las más importantes son *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, *Emilio*, *El contrato social* y *Confesiones*.

La condena de su obra *Emile* (1762), su fugaz estancia en Escocia, como huésped de Hume, con quien riñó; su paso por Inglaterra, por Suiza, su regreso a Francia, autorizado a residir en París, hasta su muerte. En definitiva, el tormento de una manía persecutoria. Pasó por la frívola sociedad francesa de su tiempo a la manera de un contestatario.

2.- BASES DE SU PENSAMIENTO

Jean Jacques Rousseau es el contrapunto al optimismo intelectual de los «filósofos ilustrados». Éstos tenían una fe ilimitada en la razón y en su capacidad liberadora, aquél veía en ella una grave amenaza y una causa de que sobre el hombre graviten cadenas cada vez más pesadas.

Lo que Rousseau escribió está íntimamente relacionado, directamente o por

contraste, con su propia vida; con su personalidad compleja y contradictoria, sensual y atormentada, con sus vivencias más hondas y con su formación autodidacta. Se enfrentó intelectualmente al racionalismo de los «ilustrados» sin dejar él mismo de ser un racionalista; de una afectividad exacerbada, fue incapaz de establecer relaciones duraderas; preconizando una gran dedicación a la educación de los niños, envió a todos los suyos -ilegítimos- al hospicio y no los volvió a ver; tuvo amantes de distinto nivel social, frecuentó los salones de damas «ilustradas» y llegó a casarse con una sirvienta analfabeta.

Durante toda su vida, Rousseau tuvo dos sentimientos que, combinados, explican, en gran parte, sus escritos políticos:

1º- En primer lugar, el de que obraba mal a pesar de considerarse un hombre bueno,

2º- Y en segundo lugar, el de que la sociedad era profundamente injusta y que le perseguía sin tregua. Este último sentimiento fue agravándose hasta convertirse en manía persecutoria de nivel netamente patológico. Murió en 1778.

3.- EL HOMBRE NATURALMENTE BUENO

Rousseau va a dedicar especial atención al “estado de naturaleza”, como hipótesis explicativa de su existencia actual. Porque ésta se caracteriza, precisamente, por su alejamiento de la naturaleza. “El hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado”, comenta al inicio del *Contrato social*.

- . Su interés se centra en la cuestión de cómo se ha engendrado la desigualdad.
- . Diferencia dos tipos de desigualdad:

- 1) natural o física: resulta de las diferencias de edad, salud, aptitudes físicas e intelectuales. Deriva de la propia naturaleza
- 2) Moral o política: privilegios de unos sobre otros, y es de institución humana

La primera es inevitable. El problema estriba en cómo eliminar la segunda.

Por naturaleza, los hombres son libres, iguales entre sí fuera de las diferencias indicadas, y buenos. Si hoy los vemos por doquier encadenados, explotándose unos a otros y depravados, es por obra de la sociedad. La inevitable necesidad de autojustificación llevó a Rousseau al convencimiento de que el hombre, naturalmente bueno, actúa mal, forzado por la sociedad que lo corrompe al privarle de verdadera libertad. Esta conclusión, que expone como habiéndola comprendido, con absoluta claridad, en una especie de visión intelectual, la erige en el principio de toda su teoría política. Una vez formulado este principio, intentará explicar por qué las cosas son de esta manera y cuál debe ser el camino a seguir para salir de esta triste situación.

¿Cuál ha podido ser la causa de que el hombre, culturalmente bueno, con un

sentimiento de compasión hacia los demás, haya podido llegar a la depravación en que se encuentra? La razón es clara para Rousseau: porque, en la sociedad, ha perdido la libertad. Esto ha sucedido porque la **división del trabajo llevó a la propiedad privada**; ésta, a la **desigualdad**, con la consiguiente dominación de unos sobre otros, y, finalmente, por la opresión también política, consecuencia de la económica, a la pérdida de libertad, que hace que el hombre ya no sea dueño y responsable de sus actos. Además, esta desigualdad hace que la misma razón se pervierta, haciendo que el estudio y la misma filosofía sólo sirvan para intentar demostrar la propia superioridad y para justificar las consecuencias de la pérdida de libertad, tanto a nivel personal como político. Rousseau piensa, pues, haber demostrado que, mientras no se cambien las condiciones sociales, no serán posibles la verdadera libertad y felicidad del hombre, que seguirá forzado a actuar mal.

Dadas estas premisas y conclusiones, parecería lógico esperar que Rousseau propusiese volver a la situación de primitiva igualdad, aboliendo la propiedad privada, cosa que, sin embargo, no hace, pues afirma que los acontecimientos históricos que condujeron a la propiedad privada no pueden desandarse.

4.- EL CONTRATO SOCIAL

Para justificar su teoría recurre al modelo del «Contrato Social», recurso todavía muy utilizado en su época, pero que, dada su visión del hombre primitivo y de la sociedad, era innecesario y, en gran medida, contradictorio. El hombre primitivo no sería un ser social ni moral; sería como un animal, libre y feliz, capaz de satisfacer sus necesidades de nutrición, reproducción y descanso. No conociendo el lenguaje, invento social, no podría razonar ni tener, por tanto, ninguna regla moral; sería un ser benévolo, ya que la búsqueda de su propio bienestar vendría condicionada por su repugnancia ante el sufrimiento ajeno, por su única virtud natural: **la compasión**.

--ESTADO DE NATURALEZA:

. Hay abundancia de bienes disponibles, simplicidad del modo de vida, sencilla, poco diferente de la de los animales. Los primeros hombres carecían de lenguaje y de moral fija, por vivir aislados.

. Rousseau no reconoce en el hombre un impulso social (como Aristóteles). Como Hobbes, el estado de naturaleza es presocial. Pero no atribuye al hombre una tendencia al egoísmo sino que considera que tiene una virtud universal de la piedad. Tampoco en el estado de naturaleza hay una situación de lucha, por la simplicidad del modo de vida y la abundancia de bienes disponibles. Sólo paulatinamente, se desarrolla el lenguaje, para expresar sentimientos y después, ideas.

PERO

Con el tiempo y por la institución de la propiedad privada surge la desigualdad, y con la codicia de bienes superfluos, rivalidades y contiendas, así como una creciente perversión de las costumbres. El poder del Estado degeneró, no gobernando ya la ley sino el capricho del poderoso, el despotismo. A la desigualdad entre ricos y pobres y entre fuertes y débiles se añade otra, la de esclavos y señores.

. La lucha de todos contra todos caracteriza no el estado de naturaleza sino el incipiente estado de sociedad: “la sociedad naciente dio lugar al más horrendo estado de guerra”.

---ESTADO DE SOCIEDAD: SOCIEDAD CIVIL

. De tal situación propiamente hobbesiana surge el Estado, instaurado por quienes se apropiaron mayores bienes y en beneficio suyo. Diría Marx “que por obra de los capitalistas y para los capitalistas”.

La credulidad de los más permitió establecer un orden jurídico y una constitución (monárquica, aristocrática o democrática, según la mayor o menor concentración de la riqueza).

. El paso del estado de naturaleza al de la sociedad y la cultura es el paso de la espontaneidad a la enajenación o alienación.

---Hay que señalar que tal evolución podría no haberse producido, y de hecho, no se ha consumado en algunos pueblos, como los salvajes de América. Rousseau la atribuye a factores externos: “años estériles, inviernos duros y largos, veranos abrasadores que todo lo consumen”, exigieron de los hombres “una nueva industria”, que desembocó en una actividad organizada y la puesta en marcha de la razón. Se produce así una distinción de las familias, del cultivo de la tierra resulta su división, y de la propiedad, las primeras reglas de justicia.

¿Cómo es posible **recurrir**, entonces, a la **idea de un contrato social** por parte de unos seres que viven felices en su situación de libertad, que no se sienten amenazados por los demás, todos ellos benévolos, cuando, además, no son ni sociales, ni morales, ni racionales? Aun cuando las explicaciones de Rousseau no son del todo claras, parece que considera, como hemos indicado, como causa determinante de la asociación de los hombres la necesidad de defenderse mejor de ciertos sucesos de la Naturaleza, como terremotos, inundaciones, etc.

En cualquier caso, a pesar de que en algunos pasajes pueda parecer lo contrario, no hay que perder de vista que el modelo de contrato social no pretende ser algo histórico, sino simplemente **metafórico**. Lo que Rousseau quiere decir es que el lenguaje, los valores morales, los derechos, e incluso la razón, son adquiridos por el hombre en la sociedad y que no son previos a ella. Sólo considera como estrictamente natural, en el nivel individual, el sentimiento de compasión.

Rousseau retoma la noción de contrato social que habían manejado

anteriormente tanto **Hobbes como Locke**, aunque con un sentido netamente **diferente**. Para los fundadores de la tradición liberal (e incluso para el propio Hobbes), el paso del estado de naturaleza al estado social, o sociedad civil, se realizaba mediante un acuerdo entre hombres racionalmente egoístas que, para preservar su vida e intereses, renunciaban al uso privado de la fuerza y acordaban vivir en sociedad. La vida en sociedad se concebía como un instrumento de intereses individuales: la sociedad como tal no tenía realmente intereses propios. En esta tradición, la noción de «bien común» no tiene sentido, ya que el interés social es sólo la suma de los intereses individuales y la sociedad no tiene otro fundamento que el cálculo interesado de individuos egoístas. Rousseau discrepa profundamente con esta percepción ya que tiende a considerar la sociedad como un bien en sí mismo, como una comunidad que comparte un proyecto moral con existencia independiente y **superior a los individuos** que la forman. «**La sociedad** -dirá Rousseau- **es una asociación, no una suma.**» Y es la combinación de esa reconsideración de la sociedad como un valor moral con los ideales de libertad de su época lo que hace que su pensamiento sea con frecuencia oscuro o, incluso, contradictorio.

Ese mayor respeto por la igualdad será la gran proposición que Rousseau formulará en “*El contrato social*”. La única forma posible que encuentra el autor ginebrino para justificar un estado civil no perverso, capaz incluso de superar el estado de naturaleza, recuerda aquellas concepciones teóricas que entendían la comunidad como un proyecto esencialmente moral. Por ello, para Rousseau, el Estado tiene la obligación de garantizar la libertad mediante las leyes, promover una equitativa distribución de la riqueza y crear un sistema educativo que desarrolle en los niños un sentimiento de amor por la colectividad. De esta forma, la difícil pretensión de Rousseau en *El contrato social* deriva de su intento de justificar una sociedad que nos encadena, pero una sociedad a la que, a pesar de todo, resulta conveniente pertenecer.

---El paso del estado de naturaleza al de sociedad y la cultura es el paso de la espontaneidad a la enajenación o alienación.

El hombre ha pasado de una vida animal, puramente instintiva y estúpida, a una vida más rica en que las relaciones se desarrollan basándose en unas **normas inventadas en sociedad**; el hombre se ha civilizado. El problema estriba en que, por accidente, los hombres han creado una estructura social con tanta **desigualdad** que de ella se ha seguido una reata de consecuencias negativas que hacen que **la sociedad esté corrompida y sea causa de corrupción del hombre**, incluida su razón: se ha llegado a un extremo en que «un hombre que piensa es un animal depravado».

Como es imposible, y ni siquiera deseable, volver a la situación de bondad natural previa a la sociedad, el objetivo para Rousseau sería restaurar al hombre en su bondad natural, devolviéndole su libertad primigenia, mediante la unión de **la razón**, producto de la sociedad, **con el sentimiento de benevolencia**, previa a ella, y para esto será preciso eliminar las graves desigualdades que pervierten al hombre, haciéndolo egoísta y agresivo.

5.- LA VOLUNTAD GENERAL

Dado que no es posible volver al estado de naturaleza, han de buscarse las condiciones que en el estado actual garanticen la libertad y la igualdad.

Ahora bien, ¿cómo es posible compaginar la libertad del hombre con las exigencias de la irrenunciable vida social, es decir, con la necesidad de someterse a un orden moral? Para Rousseau sólo existe una solución: aplicar fielmente el «**Contrato Social**».

--VOLUNTAD GENERAL: Se trata de encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”.

--Estas condiciones se dan en el CONTRATO SOCIAL, el cual no supone subordinación a un titular personal o corporativo del poder, sino al cuerpo social como un todo.

. El contenido de la voluntad general es la legislación y su condición de validez es que todos han de ser iguales ante la ley.

Por él, todos y cada uno de los individuos hacen entrega a la comunidad de todos sus derechos (en el sentido de pretensiones, reivindicaciones); como esta cesión se hace a la comunidad total y no a ninguna otra persona o grupo, la voluntad y los derechos de cada individuo no quedan sometidos a los de ningún otro, sino a la «Voluntad general» de esa persona colectiva de la cual él es una parte. Esa voluntad general busca siempre el bien común, es decir, la defensa de la persona y de la propiedad de cada miembro, y, por tanto, lo mismo que buscaba cada uno de los individuos en el «estado de naturaleza». De esta forma, además de quedar garantizada la moralidad, cuando se obedece a la «Voluntad general», queda también garantizada la libertad individual, ya que se está obedeciendo a sí mismo.

---La voluntad general lo es en dos aspectos:

1. Subjetivamente es voluntad de todos los individuos asociados o de la mayoría
2. Objetivamente es voluntad que tiene por finalidad el bien de todos, o bien público

De ahí su distinción entre voluntad general y voluntad de todos. Es una distinción esencialmente cualitativa: lo que constituye la voluntad general es menos el número de votos que el interés común que les une.

Para que este «obedecerse a sí mismo» sea auténtico, es preciso que la soberanía resida realmente en la comunidad, cuya voluntad es la «Voluntad general», y que ésta no quede suplantada por la de un grupo o asamblea de representantes. El poder legislativo ha de quedar directamente en manos de la comunidad, y la voz y voto de cada ciudadano han de tener idéntico valor.

---El contenido de la voluntad general es la legislación, que tiene validez para todos. La condición de esta validez es que todos han de ser iguales ante la ley. La ley no ha de hacer excepciones. Igualdad y libertad rigen la voluntad general.

Según Rousseau, el Estado es un producto del contrato social, por tanto convencional, y que no tiene ningún sentido hablar de ley natural o derechos naturales; no hay más ley y derechos que los que propone la voluntad general.

6.-FORMAS DE GOBIERNO

. Preferencia por la democracia directa.

El gobierno puede adoptar las formas de monarquía, aristocracia o democracia, según sean las circunstancias del país (tamaño, clima, etc.), pero estará siempre subordinado a las decisiones de la comunidad, de las cuales es un mero administrador. Aun cuando las preferencias de Rousseau van hacia una aristocracia electiva, subraya que lo fundamental es que no sólo se reconozca la suprema soberanía de la comunidad, sino que ésta produzca la voluntad general a través de un sistema legislativo de democracia directa. Cuando alguna ley deba elaborarse por un grupo de personas, se requerirá para su aprobación un referéndum de la comunidad.

Se opone a la existencia de cuerpos intermedios (hoy serían los partidos políticos, los sindicatos) y defiende la supresión de la representación.

Para Rousseau la voluntad general es absoluta e infalible; ella determina qué es el bien común. Si algún individuo disiente con respecto a alguna ley de la comunidad, y está bien formado como ciudadano, reconocerá que, a pesar de su punto de vista, esa ley tiende también a su bien y la obedecerá. Si se diese el caso de que se opusiera a la voluntad general, por tanto al bien común, debería ser obligado a obedecer. Rousseau llega a decir que se le obligaría a ser libre.

El **radicalismo** de concebir la voluntad general como absoluta e infalible e identificar su aceptación con la verdadera libertad viene suavizado por la distinción que Rousseau hace entre voluntad general y voluntad de todos. La voluntad general no se equivoca, pero es concebible que la mayoría, o incluso todos, se equivoquen buscando cada cual lo que considera su provecho particular. Esta posibilidad es, sin embargo, tanto más pequeña cuanto más grande sea la mayoría y cuanto mejor formados estén los

ciudadanos, cuanto más «virtuosos» sean.

Como Montesquieu, relaciona Rousseau la formas de gobierno con la extensión y riqueza:

- la monarquía: conviene a las naciones grandes y opulentas;
- la aristocracia: a los países medianos en riqueza y tamaño;

y con el clima:

- el despotismo es propio de los países cálidos
- la barbarie, de los países fríos
- la “buena *politia*”, de las regiones intermedias

7.- RELIGIÓN

Considera necesario que el Estado regule la religión y la opinión pública, para que los ciudadanos aprendan a pensar, en primer lugar, en el bien común. Habrá que establecer un sistema de censura, con el fin de evitar que las opiniones de los ciudadanos puedan corromperse, y una «religión civil», cuyo contenido será determinado por la voluntad general, de forma que la atención de los ciudadanos se dirija hacia el bien de la comunidad en lugar de pensar en otro mundo.

En materia religiosa, reconoce Rousseau al soberano la facultad de formular artículos de fe de una “religión civil” cuya observancia es obligatoria no en cuanto dogmas religiosos, sino en cuanto sentimientos de sociabilidad, sin los cuales, en su opinión, es difícil ser un buen ciudadano y súbdito. El dualismo del poder espiritual y temporal socava la unidad de la república, según Rousseau, que evoca expresamente a Hobbes, el único que entre los autores cristianos viera “el mal y el remedio”, refiriéndolo todo a la unidad política. Resuena también en Rousseau la opinión de Maquiavelo, según la cual los cristianos, en cuanto tales, eran malos ciudadanos. El Estado no tiene porqué inmiscuirse en las creencias de los súbditos en lo que se refiere a la comunidad pero tiene que exigir una profesión de fe puramente civil que garantice una convivencia sin grietas. Los dogmas de esta religión civil son simples: “la existencia de la Divinidad, inteligente, bienhechora, provisor y providente; la vida por venir; la felicidad de los justos; el castigo de los malos y la santidad del contrato social y de sus leyes”.

8. VALORACIÓN

La obra de Rousseau ha dado lugar a interpretaciones divergentes:

- Precursor del despotismo, del colectivismo y del totalitarismo: esta imagen se apoya en su teoría de la voluntad general como instancia absoluta frente al individuo y a las sociedades parciales así como también en su doctrina de la

religión civil.

- Posición democrática: Limitaciones que señala a la soberanía y el hincapié que hace en la libertad. Es indudable su posición democrática pero resulta difícil no tener que calificarla de totalitaria, o al menos, autoritaria. Su oposición a los grupos intermedios contrasta con el pluralismo, generalmente asociado hoy a la idea de democracia en Occidente, como su religión civil con la creciente tendencia a la separación entre Estado y religión.

Su influencia se hizo sentir en las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, de la Revolución francesa, así como sobre el romanticismo.

<u>ESTADO LIBERAL</u>	<u>ESTADO SOCIAL</u>	<u>ESTADO NEOLIBERAL</u>
Estado omiso	Estado interventor	Estado mínimo
Sociedad libre	Sociedad asistida	Sociedad autónoma
Economía de mercado Nacional	Intervención estatal en la economía	Economía de mercado global
La desigualdad es desigualdad natural	Reducción de la desigualdad social	Aceptación de la
Función del Estado: Seguridad	Función del Estado: Bienestar social	Función del Estado: Garantías mínimas
<u>THOMAS HOBBS</u>	<u>JOHN LOCKE</u>	<u>J.J. ROUSSEAU</u>
<i>El Leviatán</i> (1651)	<i>Tratado sobre el Gobierno Civil</i> I, II (1689)	<i>El contrato social</i> (1762)
El Estado de Derecho todos Es la única fuente de Derecho	Los derechos son naturales, anteriores al Estado	La ley vincula a
El hombre constituye el general Estado para garantizar su Seguridad y paz	El hombre constituye el Estado para garantizar sus propiedades e intereses	La voluntad crea el Estado
Al constituir el Estado una El hombre cede sus Derechos posesiones	El hombre recupera sus derechos al pasar del estado de naturaleza a la sociedad civil	Los ricos conciben sociedad civil para proteger sus
Estado = Leviatán (gobierno) Todo lo puede. justicia Sin límites	El Estado tiene como límite su finalidad: promover el bien	El Estado debe buscar una que sirva a todos
Monarquía voluntad	República: gobierno limitado	Democracia: General

- APÉNDICE I - IGUALDAD- DESIGUALDAD

. Ha surgido un amplio grupo de “los que viven a costa de”, que se limitan a poner la mano para que el “padre Estado” les de cada mes una ayuda

.Se lamentan de que determinados DERECHOS SOCIALES sean pagados con los impuestos de quienes sí trabajan:

- Salario Mínimo Interprofesional: 800 Euros
- Reducción de la jornada laboral
- Salario mínimo de inserción (IMI) (395 Euros)
- Ayudas a desempleados sin cobertura de subsidio de desempleo (desde enero de 2009): 420 E.
- Medidas para conciliar la vida familiar y laboral, dirigidas básicamente a la inserción de la mujer en el mercado laboral (2.500 euros a las madres por cada nacimiento de hijo, creación de guarderías)
- ayudas a las mujeres víctimas de la violencia de género (salario, casa)
- Construcción de viviendas de protección oficial o concesión de subvenciones
- ayudas para emancipación de jóvenes 18-35 años (220 Euros mensuales para alquiler de vivienda)
- ayudas a la dependencia y protección de la autonomía de personas mayores o con discapacidad
- Incremento de pensiones: viudedad (700 Euros, con cónyuge a cargo 850 Euros), invalidez
- Asistencia sanitaria gratuita: acceso para los inmigrantes, odontología gratuita hasta los 16 años
- Educación pública gratuita con mínimo dos lenguas y trilingüe en Comunidades Autónomas con lengua propia.
- Renta básica ciudadana

--CUESTIONES:

¿IGUALDAD DE OPORTUNIDADES O IGUALDAD DE RESULTADOS?

. Se trata de dar respuesta a la pregunta de: ¿igualdad en qué?.

. Los liberales igualitarios responden que lo que se debe igualar son las oportunidades y no los resultados, dado que si se igualan los resultados, no habra espacio para la libertad individual.

. Una oportunidad es siempre algo más que una mera posibilidad, pero menos que una garantía. La oportunidad debe permitir la opción de escoger entre varias posibilidades, así como la asunción de un cierto grado de responsabilidad individual en esa elección”.

-¿Qué se entiende por oportunidades? -J. Rawls: bienes primarios; - R. Dworkin: recursos; Amartya Sen: capacidades; - Arneson: oportunidades para el bienestar

- APÉNDICE II - COMBINACIONES AGRAVANTES DE DESIGUALDAD EN UNA PERSONA

Ejemplos a partir de hipótesis de diferentes escenarios sociales de desigualdad que podría vivir y cómo estos influirían en su particular proyecto de vida. A partir de la desigualdad económica, hay otras que influyen, condicionan y determinan el resto de desigualdades.³³

Imaginemos el caso de una persona A, que viven en un país no desarrollado o en vías de desarrollo y que pretende mejorar la calidad de vida de su familia, para lo cual su estrategia es trasladarse a vivir a cualquier país europeo, encontrar trabajo y poder desarrollar una vida en paz con sus hijos. Los siguientes serían posibles esquemas de combinaciones agravantes de desigualdad que podría tener:

- **1. La persona A es:**

- 1.a- es mujer
- 1.b- es mujer y negra
- 1.c- es mujer, negra y nacional de país africano
- 1.d- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana
- 1.e- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana y tiene discapacidad (una mina antipersona le causó la amputación de una pierna).

Valorando las desigualdades por razones de género, de etnia, de nacionalidad, de religión, de condición social, entre otras, que con mayor o menor frecuencia existen en el mundo contemporáneo –y se dan claramente en los escenarios europeos que es el lugar donde la persona desea vivir-, cada una de estas circunstancias de desigualdad social que presenta A van agravando la desigualdad social que ya sufría y los efectos que ésta conlleva para el fin que perseguía; ya que a medida que se problematiza su situación mayor es la desigualdad que sufre. Así, la situación 1.e es peor que 1.d. y 1.a –aunque también implica una desigualdad social- es preferible a todas las otras. O dicho de otro modo, la persona sufriría menos desigualdad social si su situación fuera solamente la de 1.a- y no la de 1.b-, 1.c-, 1.d- o 1.e.

A la vez, el caso de A es diferente si es pobre (en el sentido de que está en situación de pobreza o desaventajada económicamente, con una situación económica que no le permite satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas ni desarrollar sus capacidades humanas) que si es rica (en el sentido de aventajada económicamente, con una situación económica que le permite satisfacer

³³ Para estos ejemplos, tomamos como referencia los que presenta RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid, CEPC, 2010.

adecuadamente sus necesidades básicas y desarrollar sus capacidades humanas). Así, si sumamos una condición inicial –la pobreza- a los siguientes escenarios sociales que puede vivir la persona, el esquema de condiciones se modifica:

2- A es pobre y (+)

- 2.a. es mujer
- 2.b. es mujer y negra
- 2.c- es mujer, negra y nacional de país africano
- 2.d- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana
- 2.e- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana y tiene discapacidad (una mina antipersona le causó la amputación de una pierna).

En esta segunda situación, cada una de las desigualdades que la persona sufría por ser mujer, por ser negra, por ser africana, por ser de religión musulmana, por tener una discapacidad, se profundizan en doble sentido: de manera individual (una a una) , de manera global (por la suma total de desventajas) debido a la condición material de carencias en la que vive. Como es pobre, la desigualdad que sufre por ser mujer, negra o por tener una discapacidad, se profundizan en sí mismas como exclusión social agravada y como imposibilidad material para disponer de estrategias que le permitan sobreponerse a ellas. De esta forma, 2.a. es peor que la 1.a, a la vez que 2.b es peor que la 1.b. y más aún la situación total de 2.e. frente a 1.e.

Y estos resultados y la desigualdad que implican serían muy diferentes si la persona disfrutara de una situación económica aventajada como la siguiente:

3- A es rica y (+)

- 3.a. es mujer
- 3.b. es mujer y negra
- 3.c- es mujer, negra y nacional de país africano
- 3.d- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana
- 3.e- es mujer, negra, nacional de algún país africano y de religión musulmana y tiene discapacidad (una mina antipersona le causó la amputación de una pierna).

En este tercer esquema de desigualdades, la vida y la desigualdad social que puede sufrir esta mujer al ser rica, aún siendo mujer negra, mujer negra y nacional de algún país africano, mujer negra nacional de algún país africano y de religión musulmana y con una discapacidad no será la misma que tendrá la A pobre. De hecho, si es rica tendrá muchas menos posibilidades de tener una discapacidad por la explosión de una mina antipersona. Y aunque el ejemplo de la discapacidad como tal se pueda analizar que tiene los mismos efectos desigualitarios independientemente de la situación económica de la persona que la vive, podemos imaginar que en realidad no es así y que la persona pobre tiene menos recursos para enfrentar o abordar su discapacidad y a la vez mayores probabilidades de sufrirla en igualdad de situación porque siempre está en desigualdad de condiciones: por los trabajos más arriesgados

que desempeña, por las menores prevenciones o atenciones adecuadas en términos de salud, por la alimentación insuficiente o carente que recibe, entre otras.

Obviamente, la persona rica y la persona pobre tienen la misma posibilidad de sufrir la desigualdad en razón de género, religión, de nacionalidad, de condición social, por edad, entre otras, si se encuentra en alguna de estas situaciones de desigualdad, pero la persona pobre será más vulnerable a sufrirla, a ser excluida socialmente y a disponer de menos recursos materiales y sociales para abordarla o evitarla.

Hay que tener también presente que la riqueza –no sólo entendida en términos económicos- influye en la autoridad-estatus, relacionada en las posiciones más altas en las escalas ocupacionales. Y ésta puede transmitirse por herencia, y esta transmisión de riqueza no será sólo de determinados capitales, sino también de cierta clase social o estatus social, de autoridad y de poder, que se traducen en mayor y no justificada desigualdad de herencia de oportunidades en el sistema de estratificación social. En el concepto de “igualdad de oportunidades” se puede entender mejor.

- CASO PRÁCTICO 1 - ¿IGUALDAD EN QUÉ? ¿EN OPORTUNIDADES? ¿EN BIENESTAR?

EJEMPLO 1 - ESTUDIAR EN OXFORD³⁴

Un ejemplo, entre otros muchos, puede ser la capacitación a través del estudio, o estudiar en determinado lugar de excelencia que puede garantizar ascenso social, económico y laboral, prestigio y muy buenas oportunidades para el desarrollo de las capacidades. Un caso a debatir puede ser el estudiar en Oxford, para lo cual es posible estar de acuerdo que se necesita:

- a- Una determinada situación personal que le permita concretamente poder estudiar: disfrutar de un nivel medio de salud, que incluye prevención y tratamiento de enfermedades y alimentación adecuada. Aparte de, obviamente, haber recibido estimulaciones para el desarrollo de las capacidades básicas y necesarias para el aprendizaje, y vivir en un clima de paz y estabilidad general.
- b- Una determinada situación académica (como haber finalizado estudios de licenciatura y con determinadas notas y expediente) lo que implica los talentos innatos y capacidades adquiridas, al menos de alguna forma, condicionados socialmente; ya que si se disfruta de una situación social y económica aventajada.
 - Se puede asistir a determinadas escuelas de mayor excelencia (tanto en recursos materiales, profesionales e infraestructuras) o donde las exigencias pueden variar con relación al dinero/importancia de los padres o la familia.
 - Se dispone de tiempo para estudiar sin necesidad de trabajar.
 - Se podrá haber recibido capacitación previa y especializada (como conocimientos de idiomas, informática, técnicas de estudio, oratoria, arte, etc.) o podrá contratar a profesionales para que le ayuden a estudiar con mayor éxito o mejorar sus capacidades.
 - Se tendrá acceso a mayores recursos materiales y necesarios para el estudio en cuestión.

³⁴ Para estos ejemplos, tomamos como referencia los que presenta RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid, CEPC, 2010.

- c- Una determinada situación económica, referida exclusivamente a los recursos que se necesitan para mantenerse estudiando en Oxford (matriculación, vivienda, manutención personal y de estudios, entre otros).

Ahora, si todas las personas que están estudiando en Oxford disfrutan de la adecuada situación académica y gozan de una determinada situación económica, es posible afirmar las siguientes consecuencias:

- d- Obviamente, no pueden estudiar en Oxford las personas que no disfrutan de un adecuado nivel de salud ni desarrollo de capacidades básicas para el aprendizaje (pasan hambre, desnutrición, muerte, enfermedades, analfabetismo, exclusión, etc.) y/o viven en condiciones de conflictos sociales, guerras, desplazamientos, invasiones y cualquier otra situación social que comprometa su estabilidad personal, familiar y social.
- e- No pueden estudiar en Oxford, tampoco, las personas que:
- presentan una determinada situación académica y poseen ciertos talentos desarrollados.
 - Pero no disponen de una determinada situación económica que se los permita.

Con lo cual, si quieren estudiar en Oxford tendrán que esforzarse para obtener becas de manutención y de estudio, que exigirán calificaciones y méritos concretos, generalmente en competencia con otras personas en situaciones similares. Así, el no disponer de una adecuada situación económica que le permita estudiar en Oxford le exige tener mejores rendimientos académicos, pese a tener, generalmente, menos condicionamientos materiales y sociales adecuados para ello.

e- Y sí pueden estudiar en Oxford:

- las personas que disfrutan de una determinada situación económica que se lo permite
- y además disponen de una situación académica ordinaria fruto del desarrollo de talentos ordinarios con los cuales han accedido y obtenido unos determinados resultados educativos (graduarse en una Licenciatura, por ejemplo).

Si estas premisas son ciertas, las oportunidades para desarrollar los talentos innatos o naturales y de obtener resultados con ellos, pasa por las posibilidades que tengamos de obtener y disfrutar de recursos económicos, materiales y sociales que permitan desarrollar las potencialidades de nuestros talentos y acceder a instancias sociales donde poner en ejercicio esos talentos desarrollados.

Con lo que la equitativa igualdad de oportunidades para que todas las personas

puedan tener las mismas oportunidades para desarrollar los talentos innatos y obtener resultados con ellos (no los mismos, pero sí resultados acordes a los talentos desarrollados) exige o presupone tener disponibilidad de obtener (mediante becas, por ejemplo) o de disfrutar (por recursos propios o familiares) de determinados recursos económicos. Sin olvidar en estas exigencias de recursos materiales y sociales el tipo de Estado en el cual las personas vivan y las formas de redistribuir los recursos estatales que presenten; ya que no se tiene las mismas posibilidades de afrontar contingencias sociales en un estado de Bienestar que en un Estado liberal abstencionista o neoliberal.

EJEMPLO 2- CLASE GUERRERA

“Supongamos que una sociedad determinada otorga un gran prestigio a los miembros de una clase guerrera, que poseen una gran fuerza física. En el pasado, los guerreros fueron reclutados entre las familias ricas, pero ahora los reformadores igualitaristas promueven un cambio en las reglas, de modo que los guerreros se reclutan de todos los sectores de la sociedad, sobre los resultados de una competición adecuada. El efecto de esto es que las familias más ricas continuarán proporcionando virtualmente todos los guerreros, debido al hecho de que el resto de la población está mal alimentada por razones de pobreza y que su fuerza física es inferior a la de los ricos y bien alimentados”.

Aquí se introduce una igualdad de oportunidades basada en los medios

PERO

el problema es que otros medios entran en juego: la nutrición.

. “El problema es que no hay una única competición, sino una secuencia de competiciones, y el punto de partida de cada una de ellas está determinado por el resultado de la anterior”.

. La única manera de acabar con las limitaciones en la igualdad de oportunidades con respecto a los medios sería “aplicándola a un amplio número de ámbitos, como, por ejemplo, la genética – igualdad clónica - e incluso a la familia – ¿la misma educación, los mismos padres para todos?

--En definitiva: solamente una sociedad muy igualitaria consigue que la igualdad de oportunidades en los medios se aproxime en sentido estricto a la igualdad de oportunidades: la igualdad en las probabilidades”.

II - IGUALDAD EN EL “CRITERIO DE BIENESTAR”

¿Resulta más adecuado porque permite igualar la satisfacción de las personas?. Se trata de no hacer a una persona responsable de sus oportunidades, sino de la transformación de sus oportunidades.

-EJEMPLO - Un HOMBRE RICO HACE TESTAMENTO

Un hombre rico tiene varios hijos: uno de ellos es ciego, otro es un playboy de gustos caros, un tercero es un político de ambiciones caros, otro es un poeta cuyas necesidades son modestas, y el último es un escultor que trabaja con material caro.

¿Cómo debería redactar el padre su testamento?

-Si su objetivo es la igualdad de bienestar, debería tomar en cuenta las diferencias entre sus hijos, de forma que no les dejaría partes iguales. Claro está que tomará su decisión basándose en alguna interpretación del bienestar, y tendrá que decidir, por ejemplo, si los gustos caros deben entrar en sus cálculos del mismo modo que las incapacidades o ambiciones caros.

-Si por el contrario, su objetivo es la igualdad de recursos, entonces, suponiendo que sus hijos tengan aproximadamente la misma riqueza, su objetivo exige la división equitativa de su herencia.

. La igualdad material postulada por el Estado social de Derecho, se debe traducir en igualdad de oportunidades, PERO NO en igualdad de resultados.

-- La responsabilidad de los poderes públicos, en relación a promover la igualdad material, se debe basar en:

- sistema fiscal adecuado que permita la redistribución equitativa de la riqueza
- crear los servicios públicos necesarios que permitan equiparar a todos los ciudadanos en el disfrute de “condiciones económicas, sociales y educativas que impidan situaciones de dominio”.

PERO

una vez que se establecen esas condiciones y oportunidades básicas iguales para todos, como punto de partida, deberán ser las capacidades y los méritos de los ciudadanos los que definan sus respectivas situaciones en la sociedad.

. Desde un punto de partida igual para todos, dependerá del esfuerzo de cada uno y de su capacidad mayor o menor de éxito en la vida social.

- EJEMPLO: una vez que se garantiza la escolaridad obligatoria y gratuita para los alumnos de enseñanza primaria, que se establece un sistema de becas para la enseñanza secundaria y superior, no parece adecuado establecer privilegios para entrar en la Universidad pública o para el acceso a cargos

públicos. Nuestra Constitución establece el derecho de todos los ciudadanos “a ascender en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos” (artículo 23 CE), y cita que este acceso a la función pública se realizará “de acuerdo con los principios de mérito y de capacidad” (artigo 103.3 CE).

. En el Estado social de derecho son aceptables las acciones positivas, dirigidas a garantizar la igualdad real de los ciudadanos

PERO

no resulta legítima la discriminación positiva o inversa, (donde hay un tercero que resulta perjudicado) en la medida en que puede suponer una forma de discriminación que, en relación a los argumentos que la intentan justificar, no pueden evitar que al asumirla se produzcan nuevas discriminaciones hacia terceros. A ello hay que sumar que la generalización de la discriminación inversa podría acentuar la perpetuación de minorías parasitarias que, una vez se acostumbren a las ventajas, no estarán incentivados para buscar la promoción por sus propios medios.

--CONCLUSIÓN: - reducir las desigualdades económicas y sociales excesivas y satisfacer las necesidades básicas económicas y educativas. Principio de igualdad de oportunidades.- A partir de ahí, cada uno, con sus méritos, habilidades y capacidades, deberá labrar su porvenir.

- CASO PRÁCTICO 2 - EJEMPLOS QUE NOS PERMITEN DIMENSIONAR Y ANALIZAR CUÁNDO Y POR QUÉ UNA NECESIDAD PUEDE SER MÁS URGENTE Y LAS MÚLTIPLES VARIABLES A CONSIDERAR EN LA VALORACIÓN DE LAS MISMAS³⁵

Supongamos que somos los Directores de una institución estatal o supra-estatal internacional, que tenemos unos determinados y finitos bienes a distribuir y que debemos hacerlo privilegiando necesidades urgentes.

Puesto que el presupuesto con que cuenta la institución que dirige es limitado y escaso, y las solicitudes de ayuda y colaboración que recibe su institución son más de las que puede solventar, tiene que tomar decisiones sobre a qué situación dar la preferencia, bien sea mandando a personal especializado para que gestione la situación –lo cual, tiene también un coste económico-, o bien sea aportando fondos. La elección de una significa dejar de prestar ayuda a otra.

Analice, en las diversas Situaciones que seguidamente exponemos (A, B, C y D), a qué caso (1 ò 2) su institución daría cobertura y porqué:

A- Situación:

1- X tiene 5 años, es analfabeta y pertenece a una familia pobre, que reclama por su necesidad de educación.

2- Y tiene 17 años, es analfabeta, su familia goza de buena situación económica pero, por motivos religiosos y culturales no ha ido a la escuela. Reclama por su necesidad de educación.

--Dificultad: ¿Cómo saber cuál necesidad es más urgente si ambas son la misma necesidad que puede ser considerada como básica (educación)?

B- Situación:

1- X se ha perdido en una montaña mientras hacía alpinismo. Es un ingeniero de buena situación económica. Sufre de diabetes. Necesita que le rescaten para salvar la vida.

³⁵ Para estos ejemplos, tomamos como referencia los que presenta RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid, CEPC, 2010.

- 2- Y vive en una zona muy humilde, contigua a un río que suele inundar las infra-viviendas que hay en sus márgenes. No tiene posibilidades de vivir en otro lugar, por las políticas de propiedad de la tierra y los bajísimos ingresos como jornalero rural. En cada inundación pierde las pocas pertenencias que tiene y contrae peligrosas enfermedades, que sumadas a su edad y a la fragilidad general de su salud hacen peligrar su vida. Necesita que le rescaten para salvar su vida.

--Dificultad: ¿Cómo saber qué necesidad es más urgente si ambas se refieren a necesidades básicas, pero una es de eclosión inmediata y la otra es crónica? ¿Son los criterios temporales o el modo en que la necesidad se manifiesta relevantes para determinar se urgencia?

C-Situación:

- 1- X es un joven iraní que estudiaba arte en Estados Unidos. Actualmente se encuentra preso en Guantánamo desde hace 2 años y medio, sin saber de qué se le acusa, sin tener contacto con sus familiares, ni poder ejercer su derecho de defensa y sometido a un trato vejatorio. Necesita recursos económicos para ejercer su derecho a una tutela efectiva (un abogado y medios para el juicio) que le garantice su vida y le permita salir libre.
- 2- Y es una joven boliviana, del pueblo aymará. Vive en un entorno rural muy pobre. Hace unos años contrajo mal de chagas. Desde entonces ha tenido graves e importantes problemas de salud que complican su calidad de vida y comprometen seriamente su crecimiento. Necesita recursos económicos para realizarse un tratamiento médico adecuado y obtener las medicinas.

--Dificultad: ¿Cómo saber cuál necesidad es más urgente si ambas pueden ser entendidas como necesidades básicas pero de diferente entidad (garantías para la libertad, que pueden comprometer la vida/garantías para la salud, que pueden comprometer la vida)?

D- Situación:

- 1- X es un niño de 6 años, sin familia, que vive abandonado en las calles de una favela de Sao Paolo en Brasil. Es analfabeto, tiene dependencia del pegamento y presenta grado III de desnutrición. Necesita alimento y contexto adecuado de desarrollo.
- 2- Y y toda su familia compuesta por 17 miembros de los cuales 8 son menores de 10 años, viven en Níger en medio de la actual y desesperante hambruna,

sobreviven comiendo los granos que le arrebatan a las termitas. Necesitan alimento y contexto adecuado de desarrollo.

--Dificultad: ¿Cómo saber cuál necesidad es más urgente si el reclamo es similar pero una es de implicación individual y la otra colectiva? ¿Influye en la valoración como urgente el que haya más o menos personas implicadas en la necesidad?

Esta situaciones de necesidades escenifican opciones reales que deberían contemplarse en los análisis teóricos, ya que permiten cuestionarse qué significa e implica la urgencia de determinada necesidad, la confrontación y prevalencia de necesidades.

---FALTA DE CRITERIOS PARA DIFERENCIAR ORDEN JERÁRQUICO DE NECESIDADES

. El problema es que no contamos con ningún criterio adecuado para diferenciar con exactitud una preferencia caprichosa de una preferencia necesaria.

- EJEMPLO: una preferencia cara derivada de un obstáculo físico (por ejemplo, querer una silla de ruedas automática) y preferencias caras solamente por gustos caprichosos (cenar todos los viernes en el Hotel Ritz de Madrid).

- Algunos ricos están acostumbrados a cenar con champán y caviar, en cuanto los pobres adaptan sus gustos al arroz y la cerveza, la sociedad debería dar más recursos a los ricos – por ejemplo, el hijo de un aristócrata arruinado – con la intención de igualar la satisfacción que unos y otros obtienen de la cena?

----¿ORDEN JERARQUICO EN LAS NECESIDADES?

1.NECESIDADES BÁSICAS:

1. 1.Necesidades absolutas o estrictamente humanas:

-ámbito natural: escenario ecológicamente equilibrado

-ámbito social: paz

-ámbito personal. Salud

- 1.1.1.alimentación y nutrición
- 1.1.2.salud adecuada
- 1.1.3 hábitat adecuado
- 1.1.4.escenario ecológicamente equilibrado

1.2. Necesidades relacionales o sociales:

desarrollo del yo social en las diferentes esferas de relaciones: la educativa, la cultural, la política, la económica, la religiosa, la lúdica, la ideológica, la comunitaria, la relacional, la familiar, la laboral, otras.

1.3. Necesidades derivadas del satisfacer adecuado (pueden ser necesidades estrictamente humanas o sociales)

2. NECESIDADES DERIVADAS DEL SATISFACTOR PREFERIDO:

2.1. Gustos caros

2.2. Preferencias extravagantes

2.2.1. ciertas opciones ideológicas

2.2.2. ciertas manifestaciones religiosas

Habría que garantizar que todas las personas disfruten de un nivel mínimo de recursos, capacidades y oportunidades a través de la satisfacción de sus necesidades, mediante un criterio *leximin*, que permite ir satisfaciendo primero las necesidades básicas hasta lograr un reclamo de necesidades acorde a un nivel que pueda ser garantizado en igualdad a todas las personas, incluyendo una solidaridad no sólo en criterio sincrónico (para todos), sino también diacrónico (incluyendo generaciones futuras) permitiendo que la propuesta sea sostenible ecológicamente. Y ello, desde la garantía del cumplimiento del principio de precedencia de las necesidades sobre las preferencias, ya que los gustos caros y las preferencias extravagantes no gozan del reclamo de necesidad, salvo que pudieran ser garantizados igualitariamente para todas las personas.

La propuesta sería:

- igualdad de capacidades (A. Sen)
- necesidades básicas
- igualdad de oportunidades para el bienestar (Arneson)
- igualdad en el acceso a las ventajas (Cohen)



CASO PRÁCTICO 3

ESCLAVITUD EN LA INDUSTRIA DEL CHOCOLATE³⁶

Casi la mitad del chocolate del mundo se hace con granos de cacao de calidad y precio altos que crecen en los campos de Costa de Marfil y Ghana, una pequeña nación en el lado oeste de África. Sin embargo, los campesinos de estas naciones pobres se distinguen porque en ocasiones se apoyan con esclavos para cosechar los granos. Los esclavos son niños de entre 12 a 16 años –a veces hasta de nueve- que son secuestrados en las aldeas de naciones vecinas y luego se venden a los cultivadores del cacao, quienes usan látigos, golpes e inanición para forzar a los niños a realizar, en medio del calor, el difícil trabajo de limpiar los campos, recoger los granos y secarlos al sol. Los niños trabajan todo el día y por la noche se les encierra en cuartos sin ventanas donde duermen en tablones de madera. Sin saber dónde están, sin hablar el idioma de la región, aislados en áreas rurales y amenazados con duras palizas si tratan de escapar, los niños rara vez intentan huir de esta situación de pesadilla. Cada año se muere o mata a un número desconocido de niños en los campos de cacao de Costa de Marfil y Ghana.

El infortunio de los niños esclavizados fue dado a conocer a todo el mundo en septiembre de 2000 cuando Trae Vision, una compañía de TV inglesa, tomó videos de estos niños en los campos de Costa de Marfil y los transmitió en Estados Unidos. Anteriormente, algunos periodistas y Comisiones de Derechos humanos ya habían denunciado la situación de que muchos campesinos de Costa de marfil usaban esclavos. La OIT también había denunciado que la esclavitud de niños en Costa de marfil estaba generalizada. El 17 de junio de 1999, un año antes de que Trae Vision comenzara a publicar el infortunio de estos niños, la Organización Internacional de Trabajo había adoptado la “convención” que comprometía a todos los países a ratificar la convención para tomar medidas inmediatas y efectivas que eliminaran “todas las formas de esclavitud o prácticas similares, como la venta y el tráfico de niños”. Ochenta y nueve países -incluyendo Estados Unidos-, ratificaron la convención, pero Costa de Marfil no lo hizo.

Aunque la esclavitud en Costa de Marfil es ilegal, rara vez se aplica la ley. Fronteras abiertas, escasez de policías y la disposición de los oficiales del lugar a aceptar sobornos de los miembros que trafican con niños, todo contribuye al problema.

³⁶ Texto extraído de: COHEN, Martin, *101 Dilemas éticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2004.

Además, desde 1996, los precios del grano de cacao han bajado en los mercados globales. Afectados por los bajos precios, los ya de por sí pobres cultivadores de cacao recurrieron a la esclavitud para intentar disminuir sus costos de mano de obra para poder sobrevivir la bajada del precio de los granos de cacao en los mercados globales.

El chocolate es una industria de 13.000 millones de dólares en Estados Unidos. En 2000 este país importó un total de 627.000 toneladas de cacao. Los nombres de los cuatro fabricantes más grandes de chocolate –todos usan granos de cacao de Costa de marfil- son bien conocidos: Hershey Foods Corp. (que hace el chocolate de leche Hershey's Reeses y Almond Joy), Marris. Inc. (fabricante de Mars, Twix, Dove y Milky Way), Nestlé USA (que fabrica Nestlé Crunch, Kit Kat, Baby Ruth y Butterfingers), y Kraft Foods (que usa cococolate en su sproductos para hornear y para el desayuno).

Que muchos campesinos de Costa de Marfgil usan niño sesclavos para cultivar el cacao, ya era sabido por lo sfabricantes de chocolate en Estados unidos, como confirmó en 2001 la Cocolate Manufacturers Association, un grupo comercial de fabricantes de chocolate 8que incluye los nombres de Mars, Nestlé y otros). Presionada por diferentes grupos antiescalvitud, el 22 de junio de 2001 la Asociación declaró que “condenaba estas prácticas” y estuvo de acuerdo en financiar un “estudio” de la situación. En la continua mira de los medio sde comunicación, el 19 de septiembre de 2001, la Asociación firmó un plan titulado “Protocol for the Growing and Processing of Cocoa Beans and Their Derivative Products in a Maner that Complies with ILO Convention 182 Concerning the Prohibition and Inmediate Action for the elimination of the Worse Forms of Chile Labor”. En 2002, las primeras investigaciones financiadas por la Asociación concluyeron que cerca de 200.000 niños –no todo sesclavos- trabajaban en condiciones de peligro en los campos de cacao.

En mayo de 2002, después de una gran atención y bajo la presión de algunos senadores, los miembros de la Chocolate Manufacturesr association y la Wordl Cocoa Foundation, junto con varios grupos de derechos humanos y el gobierno de Costa de Marfil, firmaron un Memorando of Cooperation en el que acordaban trabajar para terminar con el uso de niños esclavos en la Costa de Marfil. Los miembros de la Asociación acordaron que financiarían programas de capacitación para los campesinos del cacao que les enseñarían técnicas de cultivo y les explicarían la importancia de evitar el trabajo de esclavos. También decidieron establecer un sistema de “certificación” que certificaría que los granos usados por los

miembros de la Asociación no fueran cosechados con trabajo de esclavos.

Para principios de 2005, el difícil problema de certificación todavía no se resolvía: ¿Cómo podrían los fabricantes y los distribuidores que compraban cacao de Costa de Marfil “certificar” que no se usaba la esclavitud para cosecharlo? El problema era difícil porque había más de un millón de plantaciones en el oeste de África (600.000 en Costa de Marfil y 400.000 en Ghana), y la mayoría de familias pequeñas se localizaban en regiones rurales de difícil acceso y sin infraestructura. Incluso, los campesinos pobres y maltratados por la baja en el precio del cacao, ocultaban cuidadosamente el uso de esclavos pues era ilegal. Los granos cosechados por niños esclavos se mezclan en contenedores y almacenes con los granos cosechados por trabajadores libres pagados, y son indistinguibles. En 2005, sin un sistema efectivo de certificación, virtualmente, todo el chocolate producido con granos de cacao del oeste de África (Costa de Marfil y Ghana) todavía contiene una porción desconocida de chocolate hecho con granos cosechados por niños esclavos.

CUESTIONES:

1.¿Cuáles son los aspectos éticos, jurídicos y económicos generados por este caso?

2.Desde su punto de vista, el tipo de esclavitud infantil analizada en este caso, ¿está absolutamente mal o está sólo relativamente mal, es decir, si uno vive en una sociedad (como la nuestra) que desapruueba la esclavitud?

3.¿Quién comparte la responsabilidad moral de la esclavitud que tiene lugar en la industria del chocolate: los campesinos africanos, los gobiernos africanos, las compañías estadounidenses como Mars y Nestlé, los distribuidores como Archer Daniels Midland Co., Barry Callebaut y Cargill Inc., los consumidores como usted y yo que conocemos esta situación pero continuamos comprando chocolate mancillado?

MONTESQUIEU (1689-1755)

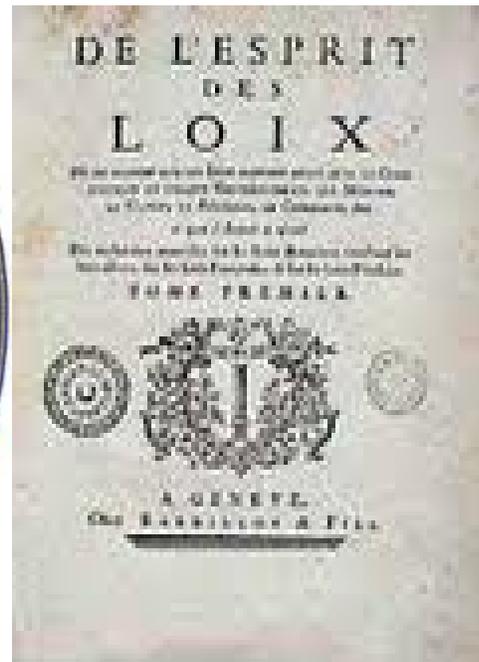
BIOGRAFÍA

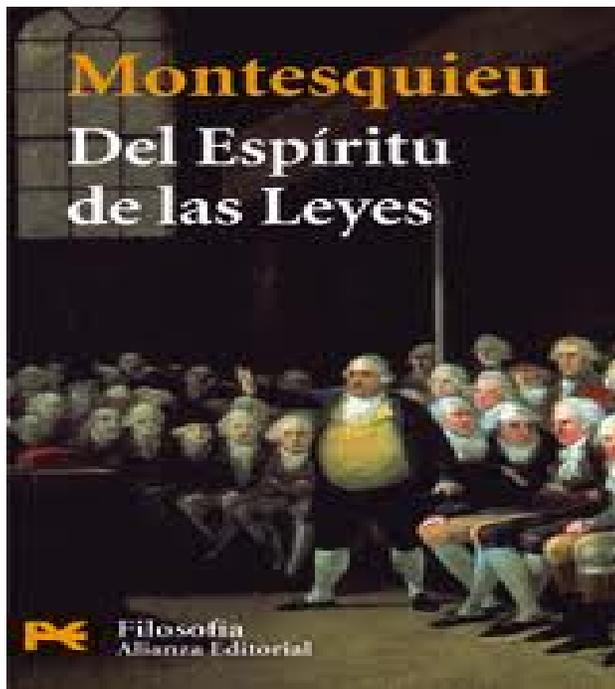
1. FORMAS DE GOBIERNO

2.- LA SEPARACIÓN DE PODERES

3.- EL GOBIERNO MODERADO

4.- INFLUENCIA DE ESTAS TEORÍAS POLÍTICAS





BIOGRAFÍA

Charles de Secondat, barón de la Brede y de Montesquieu (1689-1755), es considerado, después de Rousseau, como el segundo de los escritores políticos del siglo XVIII francés. También es considerado, por muchos, como el precursor de la sociología, al plantear la necesaria correlación entre las formas políticas y las variadas circunstancias físicas y sociales de cada país.

Estudió Derecho e ingresó en la judicatura. Después de ampliar estudios en París (1709-1713) fue Consejero del Parlamento de Burdeos (1714-46). Al fallecer su tío, barón de Montesquieu, presidente de Sala, sin hijos, le legó su cargo con la condición de que tomara su nombre. Sin embargo, después de los primeros años de actividad como magistrado, llevada a cabo escrupolosamente, Montesquieu dejó de ser muy asiduo en sus funciones, vendiendo, por último, su cargo, según costumbre de la época (1726). Le atraían más las ciencias y las letras (era miembro de la Academia de Ciencias de Burdeos desde 1716).

Sus obras más conocidas son *Lettres Persanes* y *L'Esprit des Lois* (*Letras Persas* y *El Espíritu de las Leyes*- 1748- tras veinte años de paciente elaboración-), sobre todo esta última, compuesta de 31 volúmenes.

En la cumbre de su prestigio profesional había publicado las *Lettres Persanes*, sin nombre de autor, en 1721, en Colonia. El éxito de la obra fue importante, aunque

suscitó algunas censuras por haber tocado críticamente puntos de religión, costumbres y gobierno. La identidad del autor fue pronto descubierta, llamando la atención el contraste entre el desenfado de la sátira social y política de la obra y el empaque del cargo de quien lo escribiera. Desde entonces, Montesquieu pasaba varios meses al año en París, donde pudo observar el fin de la Regencia y los resortes del gobierno durante la minoría de edad de Luis XV, comprobando la corrupción política reinante. Después de la venta de su cargo se estableció en París, dedicándose a las letras, a las amistades literarias y a los salones.

Montesquieu, que viajó y leyó mucho, pretendió deducir sus afirmaciones de la experiencia objetiva, lo que, en opinión de muchos, no consiguió, al quedarse en una visión muy superficial de la realidad, sesgada además por ideas ya formadas "a priori". Sus viajes le condujeron a Alemania, Austria, Hungría, Italia, Suecia, Holanda e Inglaterra.

Independientemente del mayor o menor valor científico de su obra, de la originalidad de sus planteamientos y de sus contradicciones y vacilaciones, Montesquieu ocupa un lugar destacado entre los autores de teoría política por el énfasis que, sobre todo después de su viaje a Inglaterra (1729), puso en el valor de la libertad y en la forma de asegurarla. Fue un hombre de horizonte europeo, para quien Europa era "un estado compuesto por varias provincias".

El Espíritu de las Leyes tiene una sistematización deficiente dada su dilatada génesis y el inevitable impacto de experiencias sucesivas (viajes) así como sus lecturas. Montesquieu adopta el análisis histórico, basado en la comparación. Le interesa comprender la infinita diversidad de leyes y costumbres existentes.

Considera que las leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. Todos los seres tienen sus leyes, desde la divinidad hasta el mundo material, pasando por el hombre y los animales. Todas estas relaciones juntas forman el "espíritu de las leyes", que hacen referencia no sólo a la naturaleza física (clima, calidad del suelo, población, etc.) sino también a las realidades históricas (costumbres, comercio, moneda, religión, etc.).

Desde el momento en que las leyes derivan de la naturaleza de las cosas sirven de pauta a las leyes positivas, por lo que cabe hablar de un iusnaturalismo. Pero se trata de un iusnaturalismo historicista, es decir, de una razón extraída de la historia. Es un sociólogo del derecho y del Estado.

1. FORMAS DE GOBIERNO

Altera, en cierta manera, el esquema tradicional. Hay tres clases de gobierno: el republicano, el monárquico y el despótico, pero en realidad son cuatro, pues la república puede ser democrática o aristocrática. Se definen según que el poder soberano corresponda al pueblo entero (democracia) o a parte del pueblo (aristocracia), o a uno solo que gobierna "con arreglo a leyes fijas y establecidas" (monarquía) o finalmente, a

uno solo que “sin ley y sin norma lo lleva todo según su voluntad y capricho”.

Se ha señalado con frecuencia, la imprecisión del criterio que aplica Montesquieu en su clasificación de las formas de gobierno. No es ni el número de los titulares del poder ni el carácter reglado o no de éste. Para Montesquieu, también al República puede ser despótica.

También Montesquieu asocia las tres formas de gobierno a la extensión del territorio estatal:

- la república es el gobierno propio de los pequeños Estados
- la monarquía, de los medianos
- el despotismo, de los grandes imperios (Rusia, Turquía, Persia, China).

CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO

FORMA DE GOBIERNO PRINCIPIO	NATURALEZA	
-República Democrática	soberano: todo el pueblo	virtud cívica
-República aristocrática moderación en	soberano: una parte del pueblo	la el uso de la desigualdad
- Gobierno despótico	soberano: uno solo, sin ley	el temor
- Gobierno monárquico	soberano: uno solo, mediante leyes y poderes intermedios	el honor

2.- LA SEPARACIÓN DE PODERES

Siguiendo a Locke, define la libertad como “el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”. La libertad política depende un contexto institucional adecuado, que es el de la división de poderes. Tras comprobar que “todo hombre que tiene poder tiene inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”, concluye que para evitar su abuso es preciso que el poder frene la poder.

Para Montesquieu, un Estado es libre cuando «el poder detiene al poder», lo cual únicamente puede conseguirse si éste está repartido, tanto en la administración del Estado como en la sociedad en general, y existe un **juego de frenos y contrapesos que eliminen la posibilidad de concentración de ese poder.**

Montesquieu se basa para exponer sus teorías sobre la separación de poderes en el gobierno inglés. Montesquieu, tomando de Locke el concepto de **división de poderes**, distingue entre **el legislativo, ejecutivo y judicial**, y en cuanto a la sociedad en general, considera que debe existir una amplia gama de entes intermedios entre el individuo y el Estado: nobleza, provincias, parlamentos, Iglesia... con poderes propios, no delegados, que actúen como frenos y contrapesos entre sí y con respecto a los poderes del Estado.

Debe haber **un equilibrio** entre los distintos poderes para el buen funcionamiento del Estado. Las fuerzas se deben unir de forma que estén bien delimitados los poderes de cada una. Si el legislativo se uniese al ejecutivo, se perdería esa libertad. Para que el ejecutivo no se adueñe y domine al legislativo se puso como obligatorio el que hubiese sesiones periódicas, al menos dos al año:

"Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar: (las resoluciones públicas) y el de juzgar los crímenes o las diferencias de los particulares". "Se puede temer que el mismo monarca o el mismo Senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente". "Si estuviese junto con el poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad los ciudadanos sería arbitrario; si estuviese junto con el poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor". De "El espíritu de las leyes", Libro XI, Capítulo VI.

Locke también nos presentó con anterioridad sus teorías sobre la separación de poderes. Montesquieu hará del judicial un poder distinto, el tercero, mientras que Locke lo englobaba en el ejecutivo. Y tampoco es que esta teoría fuese original de Locke, sino que es una de las más antiguas de la teoría política. El utilizar una forma mixta de gobierno fue ya estudiado por los filósofos griegos y utilizado en la Edad Media. Para Sabine, lo **original** de Montesquieu y lo que aportó a la cuestión de separación de poderes fue el **sistema de frenos y contrapesos jurídicos** entre las diversas partes de una constitución. Todas las funciones políticas tienen que ser por necesidad clasificables como legislativas, ejecutivas o judiciales.

Se limita a exigir que el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial no estén en las mismas manos, sin que pretenda que haya entre ellos una separación rigurosa. La separación no debía ser absoluta entre los tres poderes:

- el legislativo debía reunirse cuando lo convocase el ejecutivo;
- éste conserva un veto sobre la legislación;
- y el poder legislativo debía ejercer poderes judiciales extraordinarios.

Reduce la función **judicial** a un papel **pasivo**, en cuanto “instrumento que pronuncia las letras de la ley” y le sustrae las materias de mayor alcance político, confiándolas al legislativo, por lo que llega a reconocer que, de los tres poderes, “el de juzgar es en cierto modo nulo”.

3.- EL GOBIERNO MODERADO

Estas teorías ayudan a conseguir que el poder no caiga en el despotismo. Touchard la llama la teoría de los **contrapesos** y señala **cuatro fuerzas** que actúan como contrapesos:

- 1º) La primera, la **separación de poderes**, ya la hemos visto.
- 2º) En segundo lugar habla de los **cuerpos intermedios**, dando especial importancia al Parlamento y a la nobleza. Es comprensible que lo haga, ya que él fue miembro del Parlamento de Burdeos y su linaje es de nobles. Según esto, también se ve lógico que Montesquieu viese con especial interés el poder de la aristocracia, siendo el que sobresaldría entre los demás, según señala Althusser.
- 3º) El tercer contrapeso sería la **descentralización**, algo muy eficaz contra el despotismo.
- 4º) Y por último, **las costumbres**, explicando que las leyes deben ser una continuación de las costumbres de un país y deben ir acordes con ellas. Habla del gobierno moderado porque la virtud más típica de un Estado que marche bien ha de ser la moderación, especialmente en los gobernantes.

4.- INFLUENCIA DE ESTAS TEORÍAS POLÍTICAS

Montesquieu tenía intención de influir en primer lugar en el sistema político de Francia de su época. Vemos que no se proponía derribar la vieja monarquía francesa, sino reformarla y consolidarla con la división del poder legislativo, judicial y ejecutivo por medio de "*funcionarios ilustrados y de una clase de jueces independientes*". Si esta era su intención, nos resulta claro que su doctrina ha influido mucho más de lo que él esperaba.

Para algunos autores, Montesquieu tenía dos intenciones claras al escribir "*El espíritu de las leyes*". La primera, realizar una teoría sociológica del gobierno y del

derecho, enseñando que la estructura y funcionamiento de ambos dependen de las costumbres de un pueblo. La segunda, defender la libertad en Francia, ya que temía que la monarquía absoluta hubiera corrompido de tal forma el sistema que la libertad se hiciese imposible ya en su país.

Habíamos visto que Montesquieu se formó bajo la Regencia y que no sentía ningún aprecio hacia Richelieu ni hacia Luis XIV, por considerar que habían corrompido el gobierno monárquico. En su obra nos presentará formas de gobierno democráticas y aristocráticas, así como monárquicas, que serían una meta a alcanzar por muchos contemporáneos franceses suyos. Aquí vemos la influencia de Montesquieu, en que colaboró en que el pueblo despreciase a los déspotas y aspirase a formas de gobierno más justas. Tal vez por ello Francia será la cuna de las revoluciones y acabase, años más tarde, con los absolutismos.

Si en algún tema podemos afirmar que la influencia de Montesquieu es decisiva, es en lo relacionado a la separación de poderes y a la difusión del sistema de gobierno inglés por todo el mundo. Su influencia puede verse en las declaraciones de derechos de las constituciones norteamericanas y francesas. Ha establecido el principio de que la condición del respeto a las leyes y a la seguridad de los ciudadanos consiste en que ningún poder sea ilimitado. La Revolución francesa se inspiró en muchas de sus ideas y llegó a pasar como una persona con ideas racionalistas y revolucionarias.

Como pensador del siglo XVIII estuvo participando de las ideas ilustradas. En *"El espíritu de las leyes"* va a relacionar la Ilustración con el derecho y manifiesta el derecho que hay de reformar esa legislación. Es lógico que otras reformas del siglo XVIII tuviesen su origen también aquí. Su influjo cultural indirecto duró mucho más aún. Este se mantuvo activo a lo largo de la época liberal y sigue influyendo hoy todavía. Actualmente, son muchos los países, europeos o no, que cuentan con monarquías parlamentarias o repúblicas democráticas con una Constitución donde se recoge la separación de los poderes.

TEMA 7

EL IDEALISMO ALEMÁN - IDEALISMO TRASCENDENTAL KANTIANO

TEMA 7 - EL IDEALISMO ALEMÁN - IDEALISMO TRASCENDENTAL KANTIANO

1. TIPOS DE IDEALISMO : ESTRICTO, REALISTA, TRASCENDENTAL Y ABSOLUTO

2. DERECHO Y MORAL

2.1. Diversidad de planteamientos entre derecho y normas morales:

- 1) Total confusión entre derecho y moral**
- 2) Absorción del Derecho por la moral**
- 3) Absorción de la moral por el Derecho**
- 4) Separación entre moral y Derecho**
- 5) Distinción entre moral y Derecho**

2.1. Criterios de distinción entre normas morales y jurídicas:

- 1.1.1. criterio del contenido**
- 1.1.2. criterio de la coacción**
- 1.1.3. criterio de la finalidad**

3. Immanuel KANT

2.2. Biografía

2.3. Racionalismo y empirismo: su teoría del conocimiento

2.4. Moral: principio categórico

2.5. Derecho: principio hipotético

3.5. Filosofía política

1. TIPOS DE IDEALISMO

- REALISMO:

Las cosas son, existen, y yo las puedo conocer. A partir de las cosas, yo me hago una idea.

1º. Las cosas

2º. La idea que yo percibo de ellas

- IDEALISMO:

a) Idealismo estricto

- Es todo aquel sistema en el que la idea tiene una prevalencia o importancia superior a la realidad.

b) Idealismo realista

- Platón defiende que las ideas son el ser por antonomasia, la realidad auténtica. Lo que nosotros tenemos en este mundo es la sombra de la realidad (Vg. Mito de la caverna. Distinción entre mundo sensible y mundo supra-sensible).

- El idealismo es singular. Las ideas existen en la realidad. Las ideas son los tipos o modelos perfectos de lo que nosotros percibimos en este mundo como realidad.

c) Idealismo trascendental

- Su sistema parte de la existencia de las cosas. La cosa en sí es incognoscible. De ahí que mantenga Kant que la metafísica que trata de las cosas en sí es imposible. Es la conclusión de su obra *Crítica de la razón pura*. Kant es en cierta forma idealista porque admite unos “*a priori*” que son unas formas del conocimiento, “actitudes” por las que se hacen inteligibles todas las experiencias. Esas formas, según Kant, son antes de toda experiencia (es lo que quiere decir *a priori*) y en ese sentido podría ser calificado de idealista.

- El idealismo de Kant se denomina trascendental, lo que quiere decir que esa forma “a priori” trasciende a toda experiencia. Pero propiamente no es un idealista en el sentido clásico porque esas formas “a priori” son en efecto formas pero no ideas. Hay una frase al final de la segunda parte de la Crítica de la razón pura por la que explica esto: los conceptos (es decir, las formas *a priori*) son vacíos sin la experiencia; y la experiencia, sin los conceptos, es amorfa.

d) Idealismo absoluto

- Es un idealismo absoluto, donde la idea tiene una prevalencia sobre la realidad. A este tipo pertenecen el idealismo del siglo XIX que encarnan los tres discípulos de Kant: Fichte, Schelling y Hegel

-El idealismo absoluto de los continuadores de Kant, empieza justamente donde termina Kant. Se preguntan éstos porqué es incognoscible la cosa en sí, como dice Kant. Según Kant, de la cosa en sí se puede decir que existe ya que está ahí y que de alguna forma es el apoyo de los fenómenos que dan lugar a la experiencia. Luego la cosa en sí, que Kant llama *el noumenon*, es de alguna manera cognoscible.

-De ahí que concluyan estos continuadores de Kant, que por otra parte admiten la prevalencia de la razón sobre la experiencia, que esa cosa en sí es también una idea, conocida como las demás. De ahí pasan ya al idealismo absoluto.

-¿Dónde está la clave? En que por esa prevalencia de la razón sobre la experiencia, ellos dicen que todo ser es cognoscible, pero teniendo en cuenta que ser (en ellos) es igual a “ser pensado”.

2. DERECHO Y MORAL

I- DIVERSIDAD DE PLANTEAMIENTOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

Nos encontramos ante un tema de cierta dificultad donde se enfrentan las más opuestas posturas. Jocosamente se conoce este tema como el “cabo de las tormentas” por ser aquí donde suelen naufragar no pocas teorías.

Principales posturas que cabe adoptar en torno al problema de las relaciones entre moral y derecho:

1. Total confusión entre moral y derecho

El mundo de la moral y el mundo del derecho son entendidos como dos círculos que se superponen:

DERECHO
MORAL

- a. – habría una confusión total de estas normas
- b. – cuanto manda la moral es exigido por el derecho y viceversa
- c. – no hay posibilidad alguna de diferenciar las normas morales de las jurídicas

El prototipo de esta relación se da en los pueblos primitivos donde existe un grupo de normas de carácter consuetudinario que rigen la totalidad de la vida del individuo:

- no es posible deslindar lo público de lo privado; no hay vida individual fuera de la *polis* o de la ciudad.
- No hay distinción entre el individuo y la sociedad; ni entre la sociedad y el Estado;
- La justicia se administra en nombre de los dioses; los jueces son sacerdotes, las leyes normas sagradas.

Pero esta relación de total confusión se mantiene todavía en las sociedades actuales, como sucede en algunos países islámicos:

- el Islam no es sólo una religión sino también una comunidad política.
- No es posible separar aquí el poder político y el religioso, y los imanes inspiran directamente la legislación positiva.
- El propio Corán es, a la vez, texto religioso y moral, inspirado por Alá, y fuente de normas jurídicas.
- El incumplimiento de la norma jurídica implica así que cometerán pecado y la infracción de un deber religioso o moral implica una sanción coactiva

2. Absorción del Derecho por la moral

Esta postura se puede representar como dos círculos concéntricos donde el círculo más pequeño del derecho queda incluido dentro del círculo más amplio de la moral

MORAL

Derecho

- Se niega así toda independencia al derecho
- el derecho es sólo una parte de la moral; el ámbito de una de sus virtudes, la justicia

Se separa de la postura anterior en que no se reconoce un espacio estrictamente moral, pero coincide con ella en negar toda autonomía al derecho.

Históricamente se han plasmado estas ideas en la Ginebra de Calvino, en la Florencia de Savonarola y en no pocos países durante la Edad Media:

- se reconocían un campo de competencias estrictamente religioso y moral y regulado por la Iglesia
- pero el ámbito político-jurídico quedaba anulado o disuelto en el ámbito moral:
 - o el Papa coronaba así al Emperador, entendido como un funcionario de la iglesia
 - o El Papa podía deponer reyes por pecados de herejía
 - o El derecho se convierte en un instrumento de la religión
- el agustinismo político, desde un punto de vista doctrinal, sería una justificación de esta postura de absorción del derecho por la moral

3. Absorción de la moral por el derecho

Esta teoría es la contraria de la anterior, pues como vamos a ver hay una identidad importante entre ambas.

Su representación gráfica se puede hacer también con dos círculos concéntricos, sólo que aquí el más pequeño es el de la moral y es ésta la que queda englobada dentro del círculo más amplio del derecho.

DERECHO

Moral

- i. Ello quiere decir que se reconoce una autonomía al ámbito político, al que se le desliga de implicaciones morales
- ii. Y es, en cambio, la moral la que queda supeditada a los intereses más amplios de la política

Este es el modelo griego de la “República” de Platón, por ejemplo, donde la élite que

busca el bien individual queda englobada dentro de la política que busca el bien de la *polis*.

La plasmación de estas ideas se ha llevado a cabo en el Estado totalitario:

- iii. El Estado totalitario no sólo es el creador del derecho sino también de la moral
- iv. La voluntad de este Estado carece de límites; sus normas son también para las conciencias.
- v. El Estado totalitario no sólo controla la vida pública, sino también la privada.

Con la posición anterior comparte la creencia de estar en la posesión de la única verdad:

- vi. quiere así que todas las manifestaciones de la cultura, arte, literatura, moda, en la moral, en la ciencia y en la filosofía.
- vii. Y para lograrlo dispone del todo poderoso aparato estatal del control de los medios de publicidad y propaganda, del partido único, de la educación estatal y del monopolio ilimitado de la fuerza.
- viii. La moral queda relegada al papel de comparsa de la ideología del Estado: su misión es reforzar internamente los mandatos del Estado.

4. Separación entre moral y derecho

La postura de la separación entre moral y derecho queda gráficamente representada como dos círculos externos, uno representa el derecho y otro, la moral.

DERECHO MORAL

- entre moral y derecho no hay nada en común
- serían dos campos distintos, aislados, sin zonas comunes.



La obra de Christian Thomasius titulada “*Sobre si la herejía es un delito penal*”, de 1697, es un eslabón importante en este proceso de deslinde entre moral y derecho.

- i. Para Thomasius la religión y la moral pueden ser materia de convencimiento y para convencer hay que emplear los argumentos y no el aparato judicial.
- ii. Según Thomasius hay muchos vicios, incluso de la voluntad, que están exentos de toda pena humana.
 1. en especial, está exenta de toda pena la mera intención o planificación interna del delito.
 2. “Cogitationis poenam Nemo patitur”, según el adagio romano. “Nadie padece pena por penar, el pensamiento no delinque”.

La competencia de los gobernantes no se refiere más que a la seguridad externa, al orden público

- y el orden público no se altera por las diferencias de opinión en materia religiosa (o moral), ni por la propaganda de esas doctrina.
- su objetivo es claramente el de constituir una esfera de subjetividad sustraída a la coacción.

Thomasius distingue tres principios del obrar:

- 1) Ética o moral----- Principio de lo *honesto* (“hacer consigo mismo lo que quisiera que consigo hagan los demás”)
- 2) Política ----- Principio del *decoro* (“hacer con los demás lo que quisiéramos que los demás hagan con nosotros”)
- 3) Derecho ----- Principio de *justicia*, lo justo (“no hacer uno al otro lo que no quiere para sí”).

Se asocia a Thomasius con la atribución al Derecho de las acciones externas y a la moral de las acciones internas:

- el derecho sólo se ocuparía de las acciones exteriorizadas
- la moral, de los actos internos, de los pensamientos y creencias

A Thomasius se le ha reprochado que dá la impresión de que desconociera la proyección de la voluntad en los actos externos, o el reflejo de éstos en los sentimientos y afectos del hombre.

De ahí que, a la hora de acotar el campo de la moral y separarlo del jurídico, se puedan encontrar otras razones:

- a) Atendiendo a los fines:
 - la moral se orienta al bien de la paz interior, es decir, de las pasiones, dominando el egoísmo y en especial las diversiones, la avaricia y la ambición.
 - El Derecho, en cambio, se orienta al mantenimiento de la paz exterior, o a su restablecimiento si ha sido perturbado.
- b) -El derecho presupone, al menos, dos sujetos, dos individuos.
 - La moral, en contraste, podría darse con referencia a un solo sujeto, ya que puede implicar deberes y obligaciones para con uno mismo.
- c) Otra diferencia es que el derecho respondería a un criterio negativo: “No hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti”.
 - Mientras que la moral responde a una regla positiva: “Haz con respecto a ti lo que quieras que los demás hagan con respecto a ti mismo”
 - Parece claro que esta diferencia no es válida, dado que tanto el derecho como la moral incluyen deberes positivos y negativos.
- d) Pero la característica clave que separa la moral del derecho es la coacción:
 - El derecho es coercible y la moral no.

La teoría de la separación será la que se imponga en el siglo XIX con el positivismo.

La doctrina de la separación entre moral y derecho deja al derecho sin razones morales para ser obedecido; y la moral sin razones para establecerse ni siquiera mínimamente, de forma obligatoria.

Se ha de admitir, además, la posibilidad de conflictos entre lo que manda uno y otro sistema: las leyes permiten al acreedor ser despiadado con el deudor; las leyes permiten el desahucio de una familia en pleno invierno.

5. Distinción entre moral y derecho

- No hay que confundir esta postura con la anterior: una cosa es separar, aislar y otra, distinguir, diferenciar.

Continuando con el ejemplo de los círculos secantes: habría una zona estrictamente moral, una zona estrictamente jurídica y una zona de confluencia mixta de ambas regulaciones.

MORAL

DERECHO

Esta es la postura que se mantiene en el mundo moderno de forma mayoritaria y dando más o menos profundidad a esa zona común de moral y derecho.

- Francisco Suárez, exponente del pensamiento español, distingue entre moral y derecho:

a) atendiendo al fin:

- el fin del derecho es el bien común; el fin del derecho no es la salvación de las almas, sino sólo lograr la paz externa, mantener la coexistencia y la cooperación social.

- En cambio, el fin de la moral es el perfeccionamiento personal por eso tiene en cuenta la honestidad intrínseca de los actos humanos.

- Pero no son fines contradictorios ni incompatibles ya que es posible organizar la vida social de tal modo que se permita el perfeccionamiento del individuo.

b) por la extensión:

-Para Suárez, el derecho positivo no puede regular directamente los comportamientos que hacen referencia al perfeccionamiento personal.

- No puede prohibir aquellos vicios, por detestables que sean, que no tengan inmediata y directa repercusión sobre el bien común. Vg. No puede obligarnos a ser constantes y generosos.

- La moral sería una esfera de actividad libre de las intromisiones coercitivas del derecho.

c) Por el carácter:

- El derecho es coercible, puede imponer por la fuerza sus mandatos

- La moral es incompatible con la fuerza

1. imponer por la fuerza el cumplimiento de un deber moral es un atentado contra la dignidad moral del hombre; el acto pierde todo su valor moral al ser obligado por la fuerza:

2. pero el derecho puede crear las condiciones que permitan la realización de la moral. Vg. prohibir el escándalo público, la corrupción de menores, etc.

d) Por el contenido:

-El derecho positivo no puede entrar en el ámbito de lo puramente interno: no se puede legislar sobre el pensamiento, sobre las creencias, sobre los afectos. La regulación de las conductas que se agotan en la intimidad de la persona es exclusiva de la moral.

- La doctrina de la distinción hace uso, como hemos visto, de parecidos criterios que la doctrina de la separación:

- en ambas se alude a la diversidad de fines, a la posibilidad o no de coerción, a las acciones puramente internas, etc.
- Y, sin embargo, entienden de modo tan distinto estos criterios que llegan a conclusiones muy diferentes.

Para la doctrina de la distinción no es posible, por ejemplo, una contradicción entre lo mandado por la moral y lo establecido por el derecho:

- es cierto que el derecho permite muchas acciones que la moral prohíbe. Vg. El derecho permite juegos inmorales, adulterio, prostitución, etc.
- Pero sólo habría contradicción si el derecho mandase hacer algo que estuviera prohibido por la moral; o si se prohibiese algo mandado por la moral; por ejemplo, si una ley mandara suicidarse; practicar abortos los médicos obligatoriamente: esto sería separación no distinción sin posibilidad de acogerse a la objeción de conciencia.
- Pero el derecho no manda eso; sino que lo que hace es permitir, tolerar determinados comportamientos que pese a ser inmorales no atentan directamente contra el bien común.
- El derecho establece así una gama amplia de posibilidades, una de las cuales es la moral. Vg. El derecho permite el desalojo del inquilino que no paga en un día de frío invierno, pero no nos impide tener un comportamiento más humanitario.

II- CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE NORMAS MORALES Y JURÍDICAS

De entre las cinco teorías expuestas respecto a las relaciones entre moral y derecho sólo la de la distinción nos parece defendible en la actualidad:

- La doctrina de la total confusión choca contra la marcha de la historia que parece avanzar, a marchas forzadas, hacia una mayor diversificación de las normas.
- La doctrina de la absorción del derecho por la moral supone un recorte inadmisibles de la libertad política, puesto que la moral no puede imponer una forma determinada de gobierno.
- La absorción de la moral por el derecho desemboca en formas totalitarias de gobierno con la consiguiente negación de toda posibilidad de disentir, de toda pluralidad de ideas, cuando no de la represión de toda opinión.
- La teoría de la separación, movida, ciertamente, por el ideal de la tolerancia y de la separación del poder del ámbito de la persona, no se ha realizado nunca históricamente, probablemente porque parte de un error de base, como es el de reconocer que no estamos ante un único sujeto, el ser humano, sobre el cual pesan los deberes morales y jurídicos.
- El hombre, aunque sólo sea para no caer en la división de su vida necesita una ordenación de sus deberes, cosa que con la teoría de la separación es imposible garantizar.

Como decíamos anteriormente, los criterios que se emplean para la distinción entre moral y derecho son susceptibles de distintas interpretaciones. Vamos a prestar especial atención a los tres principales: el criterio del contenido, de la coacción y de la finalidad.

1- Criterio del contenido

Este criterio pretende diferenciar las normas en función de aquello que mandan, de las diversas acciones que preceptúan:

-así por ejemplo, se podrían incluir una serie de cuestiones como lo personal, lo familiar y otras, que corresponderían a la regulación por normas morales. Vg. lo estatal, lo contractual, lo sucesorio, que estarían regladas por normas jurídicas.

Pero este criterio es bastante impreciso:

-hay múltiples normas con un mismo contenido, así la prescripción de “no matar” está comprendida tanto por la moral como por el derecho.

- por otra parte, son palpables los cambios de contenido que sufren las normas jurídicas. Vg. La despenalización del adulterio, o del aborto en ciertos supuestos.

- y también de los contenidos morales, por lo que a la moral se refiere al menos.

- Este criterio del contenido fue dotado de una mayor precisión durante la Ilustración, al señalar como contenido del derecho las acciones externas, y

como contenido de la moral, las acciones internas.

- Pero se ha objetado que también la moral se ocupa de los actos externos, ya que condena el asesinato o el robo: es moralmente más grave matar a una persona que desear su muerte.
- Y para el derecho tampoco son indiferentes los actos internos ya que toma en consideración el dolo o la culpa para establecer una u otra pena.

-Según este criterio del contenido, queda así una amplia zona, común a derecho y moral, y es la de los actos humanos externos:

- éstos no son nunca puramente externos, puesto que cualquier acción externa, si es realmente humana presupone un sujeto que la ha pensado y la ha querido realizar.
- Para la correcta interpretación de estos actos exteriorizados, es preciso tener en cuenta determinados factores internos:
 - o Así, el derecho penal sanciona los delitos o faltas con distinta pena según haya mediado o no el dolo; la premeditación, la alevosía, la mala fe.
 - o Pero en todo caso, el derecho sólo investiga esos factores internos en función de lo que se ha exteriorizado: por ejemplo, la premeditación se deducirá de si habían realizado preparativos de la fecha en que compró el veneno; de si disparó por la espalda, etc.
 - o Una investigación directa de esos factores, bien sea a través del psicoanálisis o de la máquina de la verdad, etc., apartaría al derecho de su finalidad propia: mantener el orden social (por razones morales, por la dignidad de la persona, aunque se absuelva a culpables).

Este criterio es demasiado impreciso, deja una zona mixta muy amplia que es posible diferenciar mejor.

2- Criterio de la coacción

Las normas morales y las normas jurídicas se pueden diferenciar también en función del tipo de sanciones que imponen.

La diferencia no reside tanto en la gravedad de las sanciones como en la forma de imponerse:

- ya que aunque es cierto que, en general, las sanciones del derecho son fuertes (multas, privación de libertad) y las sanciones típicas de la moral son el remordimiento o la desaprobación de la conciencia

- también es cierto que hay sanciones jurídicas menos graves como la nulidad de lo efectuado contra derecho; y otras morales de gran gravedad para el sujeto. Vg. La pena de excomunión para un católico practicante, o la exclusión de un club para un traidor al mismo.

Por ello, lo definitivo es la posibilidad que tienen las normas jurídicas de hacer uso de la *fuerza pública*; lo que está vedado a las normas morales.

El derecho es, pues, coercible. La moral, no.

Una vez más, aparece aquí la polémica entre positivistas e iusnaturalistas, a la hora de valorar las posibilidades de coacción del derecho:

- para el positivismo, la coacción es esencial al derecho
- para el iusnaturalismo, en cambio, la coacción no pertenece a la esencia del derecho; el objeto del derecho no es la fuerza sino la justicia.

3. Criterio de la finalidad

Este es el criterio considerado como definitivo por el iusnaturalismo:

- se parte de una consideración del hombre como ser social por naturaleza
- su natural tendencia a perfeccionar le llevaría a vivir en sociedad, como el único hábitat en el que puede lograr su pleno desarrollo
- así, mientras que las normas morales regulan aquellas acciones dirigidas a la realización del hombre como persona
- las normas jurídicas tendrían como finalidad la ordenación de la vida social

No son fines contrapuestos, puesto que de lo que se trata es de distinguir y no de separar entre moral y derecho:

- por ello, aunque la norma jurídica lo que pretende es hacer posible la vida en sociedad
- la ordenación que se establece sirve para proporcionar al hombre aquellos medios que necesita para que éste pueda desarrollar todas sus facultades: entre los medios que proporciona el derecho destaca el bien común., esto es, la creación de un clima de estabilidad, de paz, de libertad, de justicia.

Para el iusnaturalismo, la clave de cualquier acción humana se halla en su finalidad:

- Así, del mismo modo que la medicina deja de ser medicina cuando lo que busca es la muerte de los enfermos en lugar de su curación
- el derecho deja de ser derecho si se aparta de la justicia

3. INMANUEL KANT

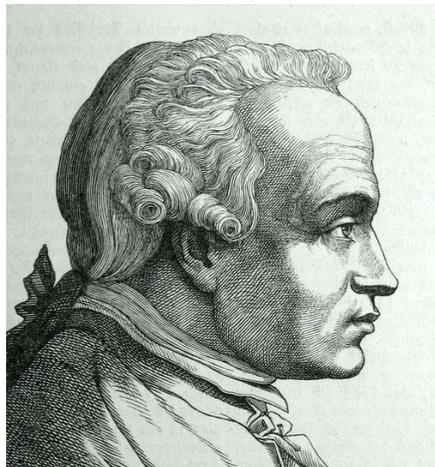
3.1. Biografía

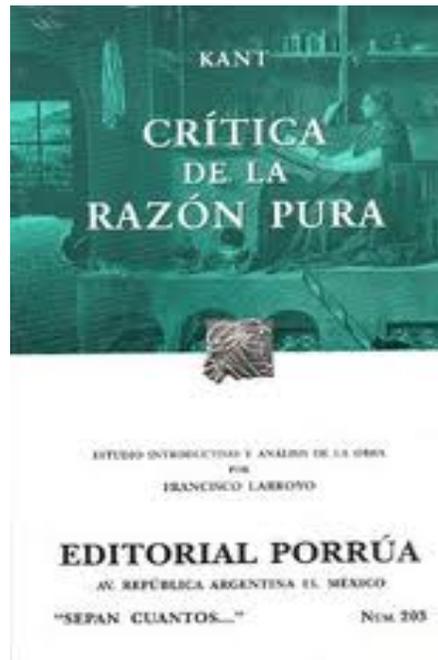
3.2. Racionalismo y empirismo: su teoría del conocimiento

3.3. El principio de la Moral: principio categórico

3.4. El principio del Derecho: principio hipotético

3.5. Filosofía política y del Estado





3.1. BIOGRAFÍA

Manuel kant (1724-1804) recogió todas las grandes direcciones de la filosofía moderna, especialmente el del siglo de las Luces: el racionalismo, el empirismo de Locke y Hume, la filosofía del sentimiento de Rousseau. Entre tantas influencias fue elaborando su pensamiento con características propias, a lo largo de años de meditación solitaria.

Sus obras fundamentales se suceden durante dos décadas de gran creatividad: *Crítica de la razón pura* (1781, modificada por Kant en 1787); *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785); *Crítica de la razón práctica* (1788); *Crítica del juicio* (1790); la *Metafísica de las costumbres* (1797); *Sobre la paz perpetua* (1795); *La religión dentro de los límites de la mera razón*, que reúne artículos varios de Kant, uno de los cuales le había creado a Kant dificultades con la censura, motivó el que la superioridad le prohibiera en adelante enseñar o escribir sobre esa materia.

Tal vez esta lucha desigual con la administración prusiana sea la nota más llamativa de su existencia, por lo demás carente de relieve.

Pocas grandes personalidades históricas habrán tenido una vida tan extremadamente sencilla. Fue una vida de universitario, dedicado al estudio, y sedentario. Nació en Königsberg (hoy Kaliningrado). Estudió teología, filosofía y ciencias naturales en su ciudad natal, dio clases privadas y después fue profesor en la Universidad, a partir de 1755. No llegó a catedrático hasta la lectura de su disertación sobre el mundo sensible y el mundo inteligible, en 1770.

Kant murió en su ciudad natal, siete años después de haberse visto obligado a abandonar su función docente, en 1797, a causa de su estado de debilidad. No tuvo que franquear los límites de su región para poder llegar a ser considerado el “provinciano universal”.

3.2. Racionalismo y empirismo: su teoría del conocimiento

El enfoque del problema gnoseológico fue el rasgo más innovador de la filosofía kantiana. Entre el racionalismo, que ve en la razón la fuente del conocimiento, y el empirismo, que ve esta fuente en la experiencia, Kant buscó una mediación, y la encontró distinguiendo en el conocimiento un elemento material y un elemento formal.

La materia del conocimiento viene dada por las sensaciones, producto de la experiencia; pero estas sensaciones carecen de conexión entre sí, son un caos; en este caos, nuestro pensamiento introduce un orden, enlazando unos con otros los contenidos de las sensaciones, y lo hace mediante elementos *a priori*:

- de un lado, mediante las formas de intuición sensible, que son el espacio y el tiempo (hacen posible la experiencia: no podemos pensar objeto alguno sin situarlo a la vez en el espacio y en el tiempo);
- de otro, mediante las formas del intelecto o categorías (que son doce, entre las que se puede destacar la causalidad).

CONOCIMIENTO	Material: sensaciones
tiempo)	Formal (<i>a priori</i>) : - intuición sensible (espacio, - formas del intelecto (categorías)

Si bien la materia de nuestro conocimiento viene dada desde fuera, nuestro pensamiento tiene sin embargo, una intervención activa propiamente creadora en el acto de conocimiento, configurando la materia dada a través de formas previas a la experiencia. El mundo en el que vivimos es un mundo construido por nosotros; nunca podemos conocer cómo está constituido en sí, es decir, prescindiendo de nuestra conciencia y de las formas *a priori*. Por ello, ya no tenemos la cosa en sí –*noumenon*– sino la cosa tal como se nos aparece –*phaenomenon*–. Nuestro conocimiento es un conocimiento de fenómenos u objetos sensibles.

Aquí es donde aparece el elemento idealista de Kant. Y precisamente la transferencia del centro de gravedad del objeto al sujeto en el acto del conocimiento significó, frente al realismo tradicional, lo que llamó el “giro copernicano”.

La consecuencia de esta doctrina es que negaba la posibilidad de la metafísica como ciencia especulativa. El alma, el mundo, Dios, que habían constituido los tres grandes ejes de la metafísica tradicional, no eran susceptibles de un conocimiento científico, por trascender la posibilidad de toda experiencia.

3.3. El principio de moralidad

Kant observa que, junto a la facultad cognoscitiva hay en el hombre una facultad racional encaminada a la acción. Y con ella dispone un dato *a priori* de valor absoluto: la existencia del deber.

Este deber no es una máxima valedera para un caso determinado, ni un imperativo hipotético que subordine el acto imperado a la obtención de algún bien conocido en la experiencia; es un imperativo categórico, es decir, un orden inmune a todo móvil utilitario, valedera siempre, y cuya fórmula es: “Obra de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”. Sólo el que obra por puro deber, obra moralmente.

Como se ve, el imperativo categórico es un imperativo formal pues sólo prescribe la forma y no el contenido de la acción: obrar por respeto al deber.

3.4. El principio del derecho

El concepto del derecho no puede, según Kant, extraerse de la experiencia, pues ésta sólo nos indica lo que en cada momento es derecho, es decir, lo que prescriben las leyes en un tiempo y en un lugar dado, pero nada dice acerca de si responde o no al criterio universal con arreglo a lo cual algo es justo o injusto.

Kant toma como punto de partida la distinción de Tomasio, a la hora de diferenciar entre derecho y moral, aunque profundizándola.

Distingue Kant una doble legislación: la legislación interna, ética, que hace del deber el móvil mismo de la acción (“¡Obra con arreglo al deber por el deber!”); y la legislación externa, jurídica, que no incluye en la ley el móvil, sino que permite otros móviles que el deber.

Ambas legislaciones se diferencian por su objeto:

- el derecho se ocupa de la “legislación práctica externa de una persona respecto de otra en tanto que sus actos puedan, como hechos, ejercer influencia (directa o indirecta) sobre otros”.

- La ética, en cambio, abarca todos los deberes del hombre, sean externos o internos. La legislación moral tiene un objeto más amplio que la jurídica, a la vez que ésta sólo prescribe actos externos, mientras que aquella prescribe además el móvil de los actos. Por ello, el derecho se conforma con una mera legalidad, es decir, con la concordancia del acto externo con la ley sin tener en cuenta su móvil, mientras que la ética requiere moralidad, es decir, el cumplimiento del acto por deber.

Mientras que para Tomasio el criterio de la interioridad o exterioridad de la acción era el fundamento de la distinción, en la doctrina de Kant el verdadero criterio de distinción es el del motivo por el que se obedece a la legislación, el motivo absoluto del deber por el puro deber en el caso de la legislación moral (que por tanto no puede ser sino interna), y un motivo empírico en el caso de la legislación jurídica (que por tanto es externa).

Sin embargo, a pesar de las diferencias que separan moral y derecho, ambos persiguen el mismo fin último, pues pretenden asegurar la libertad del hombre, impidiendo que éste pueda ser rebajado al rango de un simple medio.

- Mientras la moral persigue la libertad interior, la independencia del sujeto con respecto a todo móvil que no sea el deber autónomo
- El derecho realiza la libertad del obrar externo en la convivencia con los demás.

De ahí la célebre definición kantiana del derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”.

De ello cabe deducir que Kant no establece entre derecho y moral una separación tajante, y menos una contraposición, porque en definitiva, el derecho tiene el mismo fundamento que la moral.

Como Tomasio, Kant considera la coercibilidad como nota esencial del derecho: “derecho y facultad de constreñir significan lo mismo”.

3.5. Filosofía política y del Estado

En la filosofía política kantiana se manifiesta con intensidad la influencia de Rousseau. El Estado es para Kant, “la unión de una multitud de hombres bajo leyes jurídicas”. La necesidad del Estado y de una ley exterior dotada de coacción no es una simple necesidad empírica, sugerida por la experiencia de que los hombres, cuando no están sujetos a una freno exterior, obran con violencia y contra la ley moral: es una necesidad racional que se daría también aunque los hombres fueran

buenos. El estado civil se contrapone así al estado de naturaleza, no en el sentido de un estado dotado de leyes con respecto a un estado sin leyes, sino en el sentido de un Estado dotado de un poder coercitivo capaz de garantizar la integridad de los derechos de todos con respecto a un Estado que carece de él.

En el estado de naturaleza, tal como lo concibe Kant, hay sociedad y existen ya derechos, como el de propiedad y los que nacen de convenios entre individuos; pero no hay sociedad civil y falta la sanción de una autoridad pública con fuerza suficiente para imponer su respeto: de ahí que tales derechos sean sólo “provisionales” y no “perentorios”. Salir del estado de naturaleza para constituir el estado civil es, pues, un imperativo de la razón, un deber. En virtud del contrato originario todos, en el pueblo, renuncian a su libertad externa para recuperarla después inmediatamente como miembros del pueblo considerado como Estado.

El fin del Estado, para Kant, no es única y exclusivamente hacer posible y garantizar el derecho: el Estado no tiene porqué preocuparse por la felicidad de los ciudadanos: buscar la felicidad incumbe a cada uno de la manera que mejor le parezca, ofreciendo el Estado tan sólo el marco (el derecho) dentro del cual pueda hacerse. El propio Kant contrapuso esta doctrina a la entonces dominante del Estado “paternal”, propia del absolutismo ilustrado que, considerando a los súbditos como hijos menores que no saben distinguir lo que les conviene, hace que el soberano determine graciosamente de qué modo deben ser felices, y equivale, según Kant, al mayor despotismo que pueda imaginarse. El estado kantiano es de perfil liberal, que deja en lo esencial margen a la espontaneidad de los individuos que se determinan libremente.

CASO PRÁCTICO 1

EL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS³⁷ (AÑO 4.300)



En este caso hipotético, un grupo de cinco exploradores quedan atrapados en el interior de una caverna. Éstos habían llevado escasas provisiones, y la caverna carecía de sustancia animal o vegetal que les permitiera subsistir. Tras un mes de esfuerzos por parte de las fuerzas de rescate, finalmente se logró remover los escombros que habían sellado el acceso. Una vez que los espeleólogos fueron rescatados, se supo que uno de ellos había sido asesinado y comido por sus compañeros.

-- Procesados y condenados a muerte, los acusados RECURRIERON LA DECISIÓN de la Audiencia Provincial a Tribunal Superior de Justicia. Los hechos que llevaron a la sentencia condenatoria fueron los siguientes.

³⁷ Tomamos como ejemplo lo expuesto por FULLER, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002. Vid. también, *The Case of the Speluncean Explorers: Nine New Opinions*, un libro de Meter Suber que detalla nueve alternativas adicionales sobre el caso.

-- Los cuatro acusados son miembros de la Sociedad Espeleológica –una organización amateur dedicada a la exploración de cavernas-. A principios del año 4299, penetraron, en compañía de Roberto Casal, en la época también miembro de la Sociedad, en el interior de una caverna de roca calcárea. Bien distantes de la entrada de la caverna se produce un derrumbamiento de tierra. Pesados bloques de piedra fueron proyectados de manera que bloquearon completamente su abertura. Cuando los hombres se dieron cuenta de la situación se concentraron en la proximidad de la salida obstruida, con la esperanza de un equipo de socorro removiera las piedras que cubrían la salida y les impedía dejar la prisión subterránea.

Cuando la familia de Roberto y de los demás integrantes del equipo se dieron cuenta de la demora en volver a casa, se pusieron en contacto con el Secretario de la Sociedad espeleológica. Los exploradores habían dejado indicaciones a esta Sociedad concernientes a la localización de la caverna que se proponían visitar. El equipo de socorro fue enviado rápidamente al lugar de los hechos.

La tarea de salvamento resultó muy complicada. Fue necesario pedir ayuda suplementaria para que colaboraran en el rescate así como máquinas, a lo que había que sumar que la caverna se encontraba en una zona de muy difícil acceso, y ello significó también grandes gastos. Un enorme campo de trabajadores, ingenieros, geólogos y otros técnicos se instaló allí. El trabajo de quitar las piedras que tapaban la entrada fue muchas veces frustrado porque se producían nuevos deslizamientos de tierra. En una de estas avalanchas de piedras y tierra, murieron 10 operarios contratados. Los fondos de la Sociedad de Espeleología acabaron, a pesar de que se había abierto también una suscripción popular para ayudar y que había una subvención legislativa. Todo se gastó antes de que los hombres pudiesen ser liberados, lo cual se produjo a los 32 DÍAS de su entrada en la caverna.

Desde que se supo que los exploradores habían llevado consigo escasas provisiones y se conoció que en la citada caverna no había sustancia vegetal ni animal para alimentarse y subsistir, se temió que los cautivos murieran de inanición.

--A los 20 DÍAS de encierro, se supo que los exploradores habían llevado consigo una radio walki-talkie capaz de recibir o enviar mensajes. Rápidamente se instaló una radio fuera para intentar entrar en contacto con los exploradores. Estos pidieron saber cuánto tiempo sería necesario para liberarlos. Los ingenieros responsables respondieron que al menos 10 días más, siempre y cuando no se produjeran nuevos deslizamientos.

Los exploradores preguntaron si había algún médico en el campamento, solicitando su opinión acerca de la posibilidad de subsistir sin alimento al menos 10 días más, hasta que les rescataran. Se les respondió que había muy pocas posibilidades de que sobrevivieran por tal lapso de tiempo.

La radio permaneció en silencio durante 8 horas. Después, los exploradores pidieron hablar entonces de nuevo con el médico y preguntarle sobre si serían capaces de

sobrevivir durante 10 días más si se alimentaran de la carne de uno de ellos. El médico les contestó en sentido afirmativo. Roberto inquirió si sería aconsejable que lo echasen a suertes para determinar quién de entre ellos sería sacrificado. Ninguno de los médicos se atrevió a responder a esta pregunta.

Entonces Roberto quiso saber si había algún juez u otra autoridad gubernamental que le pudiese responder a la pregunta. Ninguna de las personas del campamento se mostró dispuesta a asumir tal respuesta.

Roberto insistió en si algún sacerdote podría responderle, pero no se encontró ninguno que quisiera hacerlo.

Después de esto, no se recibieron más mensajes desde dentro de la caverna suponiéndose, erróneamente, que las pilas de la radio se habrían terminado.

--A los 32 días, cuando los hombres fueron finalmente liberados, se supo que en el DÍA 23 después de su entrada en la caverna, Roberto había sido asesinado y servido de alimento a sus compañeros.

--De las declaraciones de los compañeros se sabía que Roberto había sido el primero en proponer que buscaran alimento en la carne de uno de ellos para poder sobrevivir. Fue también él quien propuso que la forma de elección será por el azar, utilizando unos dados que casualmente tenía. Los acusados inicialmente se mostraron disconformes de tal propuesto pero tras dialogar entre ellos, se aceptó el plan propuesto.

-- Justo antes de que empezaran a lanzar los dados, Roberto declaró que desistía del acuerdo pues había pensado que convenía intentar esperar una semana antes de realizar un acto tan odioso y terrible. Cuando llegó el turno de Roberto, uno de los acusados tiró por él en su lugar. La suerte le fue adversa y fue matado.

--Después del rescate de los acusados y tras haber permanecido un tiempo en el hospital para someterse a un tratamiento de desnutrición fueron acusados y denunciados por el homicidio de Roberto.

--El tribunal aplicó el artículo del Código Penal: “*Quien intencionalmente prive a otro de la vida será castigado con la muerte*”. Esta disposición legal no admite excepciones a pesar de la situación trágica que vivieron estos hombres.

--ARGUMENTOS A FAVOR DE SU ABSOLUCIÓN:

. La clemencia ejecutiva parece lo aconsejable para mitigar la dureza de la ley. Por tanto, habría que condenar y esperar si el ejecutivo tenía clemencia.

. La ley no debe llevarnos a ver a estos hombres como asesinos. Al contrario, les

debería declarar inocentes de cualquier práctica de crimen.

. El Derecho positivo no debería de aplicarse en este caso pues los exploradores se encontraban regidos por la ley de la naturaleza (derecho natural).

. También por la aplicación del principio territorial de todo Derecho, tanto por razones de orden moral como geográfica. Cuando tomaron su trágica decisión estaban tan alejados de nuestro orden jurídico como si estuvieran a miles de kilómetros. Los exploradores no se encontraban en un estado de sociedad civil sino en un estado de naturaleza, por lo que no son culpables del crimen. Lo que estos hombres hicieron fue en cumplimiento de un contrato y el primero en proponerlo fue precisamente la propia víctima.

. Es más, se han sacrificado las vidas de 10 operarios que trabajaban en el rescate, y no puede ser un sacrificio inútil.

Es cierto que han violado la letra de la ley pero no el espíritu de la ley. Un hombre puede violar la letra de la ley sin violar la ley misma. Todo debe ser interpretado de un modo racional.

--ARGUMENTOS EN CONTRA:

. Estos hombres se encontraban en un estado de naturaleza: qué criterio lo determina: ¿el espesor de las rocas que cubrían la entrada? ¿Por qué tenían hambre? ¿porqué habían establecido una nueva constitución para que se rigieran, según la cual las reglas de derecho eran sustituidas por sus acuerdos y el lanzamiento de dados? ¿En qué momento empiezan a regirse por la ley de la naturaleza? ¿cuándo se cerró la caverna? ¿Cuando se celebró el contrato para el lanzamiento de dados?

. Aunque se aceptara tal contrato, Roberto decidió después anularlo, no participar y en cambio se le impuso por la fuerza. ¿Y si Roberto hubiera tenido un arma y cuando sus compañeros se lanzaron sobre él les hubiera disparado? ¿Era legítima defensa? Según las opiniones a favor no, pues sus atacantes estaban actuando legalmente y él no podría argumentar que estaba defendiendo su propia vida, de igual manera que un condenado a muerte no puede lanzarse contra el verdugo que le va a ajusticiar.

. La vida humana es un valor absoluto, que bajo ninguna condición debe sacrificarse.

. Los objetivos de la norma penal son la prevención, la necesidad de retribución y la rehabilitación del delincuente. La ley del homicidio requiere una muerte intencionada, que es lo que aquí hubo, con mucha resolución y tras horas de discusión

. Y si la excusa es morir por inanición, porqué se pena a un ladrón que roba porque tiene hambre? ¿qué diferencia hay entre ese acto y el que nos ocupa?

.Y que pasaría si Roberto se hubiera negado desde el principio a este acuerdo?
 ¿Debería decidir la mayoría contra su voluntad?

. ¿Y si no hubiera habido acuerdo y los demás hubieran conspirado para matar a Roberto? ¿Y si hubieran justificado su acto diciendo que él estaba más débil que los demás y no resistiría? ¿y si siendo los demás ateos hubieran conspirado contra él porque Roberto creía en una vida más allá?

.Ojala tuviéramos una disposición en nuestro Derecho positivo que declarara que es un crimen comer carne humana, ya que esta hubiera constituido una acusación más apropiada que la que ha presentado el Fiscal de asesinato, pero no es así.

. Hay que dejar a un lado la consideración de si lo que hicieron estos hombres es algo “justo” o “injusto”, “bueno” o “malo”, ya que para el desempeño del cargo de juez hay que dejar a un lado las concepciones personales de moralidad y aplicar el Derecho vigente. Hay que distinguir los aspectos jurídicos de los morales en este caso. Al juez no le incumbe la cuestión de si el principio que prohíbe al Poder Judicial la revisión de las leyes es adecuado o equivocado, deseable o indeseable.

. Aquí tampoco se trata de que haya una laguna legal, de que las leyes tengan “agujeros”. Hay una ley clara al respecto.

. No puede resolverse esto acudiendo a distinciones entre derecho positivo y derecho natural, entre letra y espíritu de la ley, entre funciones legislativas y judiciales. Aquí no se ha tratado de la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato celebrado en la caverna, si era unilateral o bilateral, y si no se podía considerar que Roberto retiró su consentimiento antes de que se hubiera actuado con fundamento en ella.

. Es posible que si se pregunta a la opinión pública acerca de qué se debería hacer con los exploradores de las cavernas, cerca de un 90% expresaran la opinión de que los acusados deberían ser perdonados o puestos en libertad con una pena simbólica. Pero la opinión pública es emocional y caprichosa, que se basa en medias verdades.

--Hay CUATRO MODOS mediante los cuales se puede conseguir escapar del castigo:

- 1) Por la decisión del juez, de acuerdo con la ley aplicable, que entienda que no se ha cometido un crimen.
- 2) Por la decisión del Fiscal, no solicitando la instauración del proceso;
- 3) Absolución por un tribunal del jurado;
- 4) Por el indulto o conmutación de la pena del Poder Ejecutivo

. Hay que evitar cometer una injusticia y al mismo tiempo preservar la ley. Por ello, el tribunal deberá condenar a estos hombres y confiar en que otro poder del Estado les

absolviera. Claro que hay el inconveniente de que el Poder Ejecutivo no quisiera perdonar estos hombres y conmutar su sentencia porque realmente entiende que estos hombres transgredieron la ley.

--CUESTIONES: ¿Qué sentencia debería adoptar aquí el Tribunal de Apelación?

- 1) ¿Absolutoria? ¿por qué?
 - 2) ¿Condenatoria? ¿por qué?
- Antecedentes de Hecho
Fundamentos de Derecho
Fallo

. La elección de la fecha del año 4.300 no es casual. Son aproximadamente los mismos años que nos separan de la época de Platón, Aristóteles y vemos que las posturas actuales (ley natural, ley positiva, criterio de la justicia, leyes no escritas, contractualismo, función del Poder judicial...) son las mismas que las de aquellos años de los inicios de la Filosofía Jurídica en el mundo griego y las de otras corrientes que se han venido sucediendo a lo largo de la Historia de la Filosofía Jurídica.

El artículo escrito representa el examen que hacen los cinco ministros integrantes de la Suprema Corte al conocer el caso. Lo interesante consiste en que cada uno de los ministros personifica a una de las distintas perspectivas acerca de lo que es el derecho, cuestión que repercute en la opinión sobre si los acusados son o no culpables y, en consecuencia, si deben o no ser ejecutados como culpables por el delito de homicidio.

El punto de vista del juez

Ministro	Escuela o principio que decide el caso	Voto
Keen	Iuspositivismo	Culpables
Truepenney	Textualismo <i>[cita requerida]</i>	Culpables
Tatting	Doctrina del razonamiento con la moral <i>[cita requerida]</i>	Abstención
Foster	Derecho Natural	Inocentes
Handy	Realismo jurídico	Inocentes

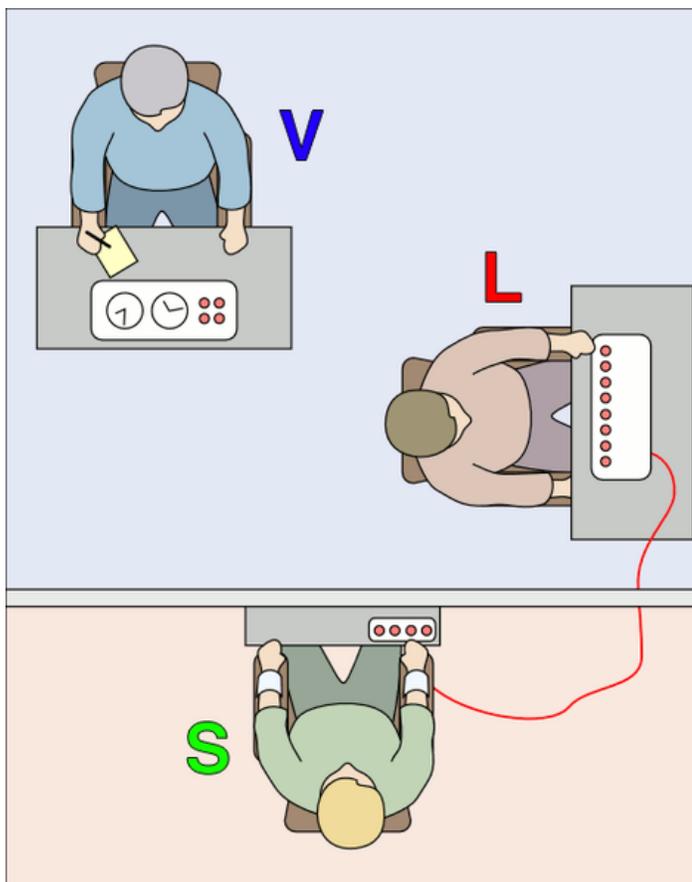
EXPERIMENTO DE MILGRAM

En realidad no fue un experimento, sino una serie de varios de ellos llevados a cabo por el psicólogo **Stanley Milgram**, de la Universidad de Yale.

Los experimentos comenzaron en 1961, después de que Adolf Eichmann fuera juzgado y condenado a muerte en Jerusalén por crímenes contra la humanidad durante el régimen nazi alemán.

Milgram ideó una serie de experimentos para responder a la pregunta: ¿Es posible que Eichmann y su millón de cómplices sólo siguieran órdenes?

Milgram puso anuncios en la prensa en el que se demandaban voluntarios para un experimento de memoria y aprendizaje en Yale, por los que se pagaba 4 dólares más dietas. Los participantes escogidos eran personas entre 20 y 50 años de edad con todo tipo de niveles educacionales.



El experimento requiere de tres personas: El investigador, el “maestro” y el “alumno”. El alumno es un cómplice del experimento, por lo que cuando se sortean los papeles de maestro y alumno, el cómplice siempre dirá ser alumno mientras que al

sujeto de estudio le tocará ser el maestro (se escogen dos papeles de una urna, ambos tenían escrito “maestro”, por lo que el voluntario siempre acababa siendo maestro).

Separado por un módulo de vidrio del maestro, el alumno se sienta en una especie de silla eléctrica y se le ata para impedir su movimiento. Se le colocan unos electrodos en su cuerpo, y se menciona que las descargas pueden ser muy dolorosas, pero sin crear daños irreversibles en el alumno. Todo esto observado por el participante.

Tras esto, se le da una descarga de 45 voltios, tanto al alumno como al maestro, con el fin de que el maestro compruebe la sensación desagradable y dolorosa que recibirá el alumno.

Tras esto, se le explica al maestro que deberá enseñarle al alumno pares de palabras, y que en caso de que éste falle deberá pulsar un botón que producirá una descarga. Además, las descargas irán creciendo en intensidad desde los 15 iniciales hasta 450 voltios.

El maestro cree que esas descargas son reales, pero en realidad el alumno ha sido aleccionado para simular los efectos de cada descarga, incluidos gritos de dolor inhumanos, pérdidas de conciencia, etc.

Por lo general, llegados a los 75 voltios, el maestro se ponía nervioso y querían parar, pero la autoridad del investigador les hacía continuar. Al llegar a los 135 voltios los participantes se preguntaban cuál era el propósito del experimento. Algunos se eximían de posibles responsabilidades con los posibles daños ocasionados al alumno. Otros reían de forma nerviosa al oír los gritos del dolor del alumno.

Si el maestro se negaba a continuar con el experimento el investigador le indicaba imperativamente y según el grado:

- Continúe, por favor
- El experimento requiere que usted continúe.
- Es absolutamente esencial que usted continúe.
- Usted no tiene opción alguna. Debe continuar.

Si después de la última frase el maestro se negaba, se paraba el experimento. Si no, se detenía después de que realizara tres veces seguidas el máximo de voltaje permitido, 450 voltios.

¿Cuál cree que fue el resultado? ¿Qué porcentaje llegó a descargar los 450 voltios, que era lo máximo? ¿Ninguno? ¿Alguno?

Pues bien, el 65% de los participantes aplicaron la descarga máxima de 450 voltios, aunque muchos se sentían incómodos al hacerlo. Todo el mundo paró en cierto punto y cuestionó el experimento, algunos incluso dijeron de devolver el dinero pagado, pero ningún participante se negó rotundamente a realizar el experimento antes de los 300 voltios, donde el alumno dejaba de dar muestras de señales de vida.

También se demostró que si los maestros tenían un contexto social y educativo similar al alumno paraban mucho antes.

Es curioso además que todos los que habían llegado a los 450 voltios no preguntaran ni fueran a la otra habitación para ver el estado de la víctima.

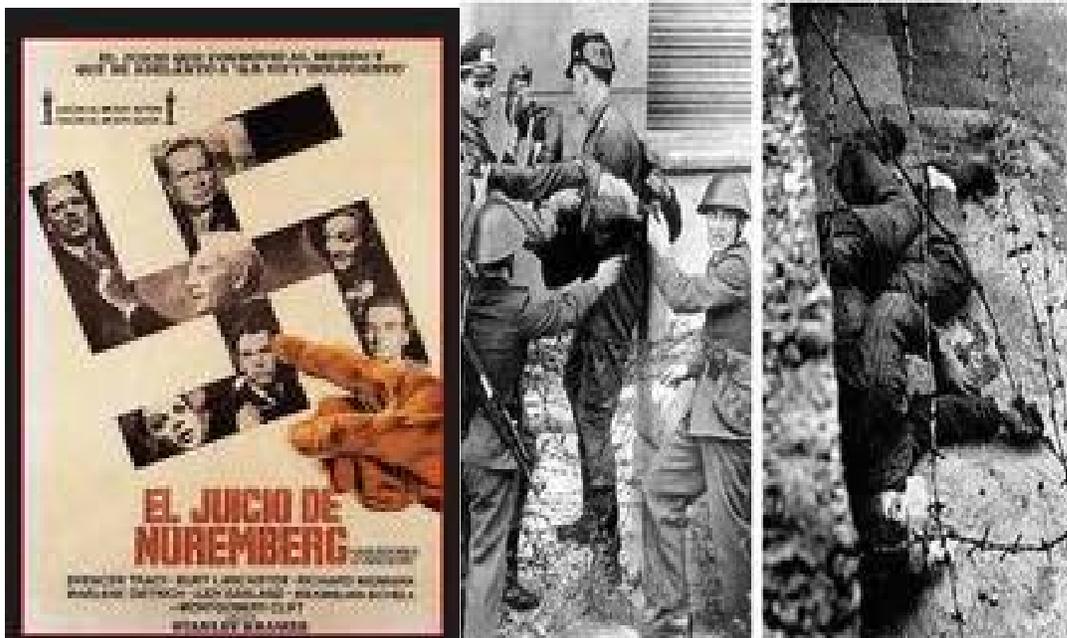
Estos resultados dieron lugar a dos importantes teorías:

Teoría del Conformismo *: Un sujeto sin la habilidad ni el conocimiento para tomar decisiones, particularmente en una crisis, tomará las decisiones con respecto al grupo y su jerarquía. El grupo es el modelo de comportamiento de la persona.

Teoría de la Cosificación: La esencia de la obediencia se encuentra en que la persona se ve como un simple instrumento que realiza los deseos de otra persona y, por lo tanto, no se considera responsable de sus actos. Esta teoría explica perfectamente la obediencia que existe, por ejemplo, en el ejército. El soldado hará todo lo que se le ordene ya que la responsabilidad de dichas decisiones recae en el mando superior y no en ellos.

CASO PRÁCTICO 2

LOS TIRADORES DEL MURO DE BERLÍN



LEGISLACIÓN:

--“El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo, que tenga la apariencia de delito según las circunstancias” (Ley de Fronteras de la RDA del año 1982, parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1).

--“Al hacer uso de armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas” (Parágrafo 27, apartado”).

CASO:

La noche del 2 de febrero de 1972, dos Mauerchützen descubrieron a un joven que, con la intención de alcanzar el sector occidental de Berlín, estaba cruzando a nado el río Spree, que separa las dos zonas de la ciudad. Tras proferir la voz de alto y efectuar algunos disparos de advertencia que fueron desatendidos, los guardias dispararon varias ráfagas de fusil automático contra el fugitivo desde una distancia de unos 40 metros. Una de las balas alcanzó en la cabeza de la víctima, que acabó muriendo ahogada en el río.

Los soldados fueron relevados esa misma noche y, con posterioridad, fueron condecorados y recompensados económicamente. Unos meses más tarde, se le comunicó a la viuda que su marido se había suicidado y que su cuerpo había sido incinerado.

Dos décadas después, tras la caída de la RDA, ambos guardias fueron condenados, en calidad de coautores de homicidio, a una pena de un año y diez meses de prisión,

dejándose en suspensión condicional la ejecución de la misma.



PRECEDENTES:

1. Juicios de Nuremberg, tras la Alemania Nazi (Polémica Kelsen vs Radbruch): ¿cómo condenar a aquellos que dirigían y obedecían para realizar acciones que seguían las disposiciones del Derecho válido y aplicado en un tiempo y lugar determinado?

Radbruch se alejó de las posiciones que había mantenido anteriormente y formuló una visión crítica con el positivismo jurídico, encarnada en la posición de Kelsen. Concretamente, critica dos tesis: a) *Tesis causal*: la teoría del positivismo jurídico jugó un papel en preparar el terreno para la toma nazi del poder; b) *Tesis de la exoneración*: el positivismo jurídico, en virtud de la aparente vinculación de los jueces en los tribunales nazis, puede servir para exonerarlos³⁸.

³⁸ Dice Radbruch: “El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula ‘la ley es la ley’, dejó a la judicatura y a la jurisprudencia alemana inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley. Y no sólo eso, sino que esa mentalidad positivista superviviente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales”. Y continúa: “El derrumbamiento del Estado nazi, basado en la negación del Derecho, coloca continuamente a la judicatura alemana ante las preguntas que el caduco, pero aun vivo positivismo no sabrá nunca contestar. He aquí algunas de ellas: ¿deben mantenerse en vigor las medidas adoptadas en cumplimiento de las leyes raciales de

2. El caso del delator rencoroso –Grundge informer-: Durante la Alemania nazi existían unas leyes de delación para los enemigos del régimen que consideraban delito escuchar una emisora extranjera. La cuestión polémica, a posteriori, es si el comportamiento de la mujer debería ser sancionado y en base a qué concepción del Derecho.

Caben tres alternativas:

- a) No castigar a la mujer
- b) B) Una justificación iusnaturalista, apelando a la conciencia y el sentido de justicia de todos los seres humanos que no consideraría propiamente Derecho el delito nazi de delación;
- c) C) Aplicar una legislación penal de forma retroactiva para castigar a la mujer (para Hart, este sería el argumento de la honradez).
- d)

El Tribunal decidió en el sentido de que el precepto “era contrario a la sólida conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes”. Es una argumentación iusnaturalista

3.- Tiradores del muro de Berlín. Posiciones:

KELSEN: a) El Derecho de la RDA era derecho válido y esto no implica una valoración moral, ni tampoco su legitimación; b) Las interpretaciones científico objetivas de estas disposiciones jurídicas son múltiples y existe no una única respuesta correcta; c) Existe una legalidad internacional de los derechos humanos, que puede aplicarse al caso; d) Se debería aplicar de forma retroactiva las leyes de la RDA como mal menor.

RADBRUCH: a) El Derecho extremadamente injusto no es derecho, es un falso derecho. El Tribunal adoptó la fórmula de la intolerancia; b) La clave del caso es determinar si se trata de un caso extremadamente injusto y Alexy da argumentos a favor; c) Se podría aplicar la Fórmula del repudio al Derecho de la RDA; d) La retroactividad funciona de forma diferente para los defensores del derecho Natural, a costa de la certeza sobre la lista de delitos naturales.

Nuremberg? ¿Siguen teniendo validez jurídica hoy, los actos de confiscación de las propiedades de los judíos, realizados en su día al amparo del que era Derecho, vigente en el Estado nazi? ¿Debemos considerar firme y jurídicamente válida la sentencia por la que la judicatura del Estado nazi, condenó a muerte, como delito de alta traición, el simple hecho de escuchar una emisora de radio enemiga? [...] ¿Merece la calificación de Estado, en el sentido jurídico de la palabra, un Estado que equivale a la dominación de un solo partido, que condena a la muerte a todos los demás y que representa, en general, la negación del Derecho mismo? (RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp.178-179).

CUESTIÓN:

El Tribunal Constitucional Federal Alemán:

- ¿Debía seguir, en su *ratio decidendi*, la argumentación iusnaturalista con la aplicación de una versión de la fórmula Radbruch?³⁹ R. Alexy sostiene que el TCF habla del “derecho extremadamente injusto” BVerfG EuGRZ 1996 538(549), e incluso de la “inaplicabilidad o “inatendibilidad” de la causas de justificación por tratarse de “derecho extremadamente injusto”⁴⁰?

- O por el contrario, ¿debía seguir la fórmula positivista, del tipo kelseniano?

-En definitiva, ¿debía condenar por homicidio a los soldados centinelas del Muro de Berlín que, amparados en la regulación legal de la RDA, dispararon contra aquellos que querían traspasar las fronteras entre las dos Alemanias?

³⁹ Esta fórmula tiene dos versiones:

- a) La conocida como Fórmula de la intolerancia –*intolerability*–: “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede ser bien resuelto de esta forma: el Derecho positivo, asegurado por la legislación y el poder, tiene prioridad incluso si su contenido es injusto y falla por beneficiar a la gente, a no ser que el conflicto entre la ley y la justicia llegue a tan intolerable grado que la ley, como “falso derecho”, debe ceder a la justicia:
- b) B) La conocida como Fórmula del repudio –*disavowal*–: “Donde no hay incluso un intento de justicia, donde la igualdad, la base e la justicia, es deliberadamente traicionada en la creación del Derecho positivo, entonces el precepto no es meramente un “falso derecho”, falla completamente la auténtica naturaleza del Derecho. Para el Derecho, incluido el Derecho positivo, no puede ser definido de otra forma como un sistema y una institución que su auténtico significado es servir a la justicia”.

⁴⁰ Vid. ALEXY, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, 23, 2000, pp.197-230 y, espec. P.221.

Alguien que fuera un escéptico moral difícilmente podría invocar esta fórmula y generar consensos en su aplicación. Precisamente uno de los debates acerca de la utilización de la fórmula Radbruch en este caso era que, al contrario que en el exterminio de los judíos en el Tercer Reich, en la muerte de la frontera interior alemana se discute con seriedad si representa injusticia extrema. Alexy da algunos argumentos a favor: a) No sólo se trata de la muerte de un ser humano en la frontera; b) Se abandona a un país en el que, por voluntad del poder político, debían permanecer toda su vida bajo circunstancias que no querían y probablemente detestaban; c) En ese sistema político no existía la posibilidad de modificar las circunstancias mediante una discusión pública libre y una oposición política.

TEMA 8

POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO

TEMA 8 - POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO

1. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Polémica F.C. Savigny (no codificación) y C. Thibaut (sí a la codificación)

2. POSITIVISMO

- Filosófico
- Jurídico

3.-POSITIVISMO JURÍDICO y FORMALISMO

- En Francia: Escuela de la Exégesis
- En Alemania: a- Teoría General del Derecho
b- Derecho Comparado
c- Jurisprudencia de conceptos (R. Von Ihering, Windscheid)
- En Inglaterra: a - Utilitarismo (J. Bentham)
b-Escuela Analítica (J. Austin)

4---TEORÍAS JURÍDICAS ANTIFORMALISTAS

- a-Jurisprudencia de intereses (Heck, Von Kirchmann)
- b-El “movimiento del Derecho libre” (O. Bülow, E. Ehrlich, Hermann Kantorowicz)

5----JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA Y EL REALISMO JURÍDICO

- 5.1.-En Estados Unidos: a- Jurisprudencia sociológica (Oliver Wendel Holmes)
b - Realismo Jurídico Norte-Americano (K. Llewellyn, Jerome Frank)
- 5.2.-Escuela Escandinava: Realismo Jurídico Escandinavo (Alf Ross, Axel Hägerstrom, Karl Olivecrona, Wilhem Lundstedt)

1. ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO: polémica F.C. Savigny y C. Thibaut



El fundador de la Escuela Histórica del Derecho es Federico Carlos de Savigny (1779-1861). Presenta, en 1814, un breve escrito titulado *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*.

Este escrito contestaba a otro publicado anteriormente en el mismo año de 1814, de un profesor de la Universidad de Heilderberg, A Thibaut, con el título *Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania*. Para Thibaut, la realidad no podía comprenderse si no era relacionándola con la razón. Inspirado todavía por los racionalistas, se hacía eco, no sin contradicciones, de la pretensión iluminista de una codificación general, sobre la base de la universalidad del derecho, fundada más en la razón del hombre.

En 1804 se había promulgado en Francia el Código Civil francés o Código de Napoleón. Napoleón había conquistado después Alemania (1806) e instaurado allí su poder durante varios años, de forma que hizo aplicar, con carácter general, el Código francés. En 1813 Alemania queda de nuevo liberada de Napoleón, y se piensa en hacer otro Código, a semejanza del francés, válido para todo el territorio. Frente a estas propuestas, que apoya Thibaut, reacciona sin embargo Savigny.

Para Savigny, el Derecho no se debe codificar, porque nace del espíritu del pueblo, del espíritu popular. El derecho es similar a las costumbres, al arte, al idioma y que, por tanto, no tiene sentido su codificación, es decir, que se intente encerrarlo íntegramente en unas fórmulas universalmente aplicables. En contraste, Savigny alude a la evolución histórica para conocer lo que verdaderamente es el derecho.

El derecho no siempre surge para atender las necesidades o impulsos de tipo general. Puede obedecer a las necesidades o requerimientos de un determinado grupo.

El derecho no se ha de entender, pues, primordialmente como un producto que surge racionalmente en la mente de los juristas, sino como un resultado de la situación, las

necesidades y la conciencia del pueblo.

Esto no quiere decir que se haya de excluir toda intervención legislativa en la vida del Derecho. Pero la legislación propiamente dicha cumple, para Savigny, dos tipos de funciones:

1. Modificar el Derecho existente, “por exigirlo así fines políticos elevados”
2. Aclarar los puntos oscuros o precisar los límites a los que se extiende la validez de la costumbre.

La codificación es algo distinto, que tiene dos ventajas: certeza y seguridad jurídica. Pero estas dos ventajas no se pueden conseguir más que cuando la codificación está perfectamente hecha, lo cual le parece a Savigny imposible para su época en Alemania.

La codificación se podría llevar a cabo mediante dos procedimientos:

1. Determinando racionalmente lo que se debe imponer como Derecho; esta solución le parece disparatada a Savigny.
2. Recopilando el Derecho vigente.

¿Cómo podría llevarse a cabo esta recopilación? Hay dos soluciones:

1. Recoger todos los casos que se presentan en la práctica y resolverlos como de hecho se viene resolviendo. Pero le parece imposible abarcar todos los sistemas imaginables, e incluso la realidad presenta una diversidad de casos superior a todo lo imaginable.
2. Encontrar unos principios básicos a partir de los cuales se puedan derivar, por coherencia con ellos, las soluciones para los diversos casos que se presenten. Pero este es un cometido muy difícil.

Por consiguiente, es muy difícil que la codificación se libere de ser notablemente imperfecta. No se lograrían así las ventajas y los inconvenientes serían muchos porque surgiría la ilusión de que el Derecho que se aplica es el del Código y, sin embargo, de hecho, se aplicarían otras fuentes.

Al convertir el “espíritu del pueblo” en la última instancia, en la instancia inapelable para juzgar el derecho, la Escuela Histórica hacía imposible la crítica exterior o trascendente propia del derecho natural en general. Aun cuando podría decirse que la referencia a esa instancia constituía una nueva especie, versión o modalidad del derecho natural.

2. POSITIVISMO: filosófico y jurídico

A lo largo del siglo XIX podemos ver varias manifestaciones del llamado positivismo jurídico. Pero no hay que confundir el positivismo filosófico con el jurídico.

- El positivismo filosófico se caracteriza por el rechazo de las cuestiones fundamentales y abstractas, que constituyen el objeto de la metafísica, y de los conceptos generales y abstractos con que se pretende darles solución; se limita al estudio de los hechos, de lo que acontece, de los fenómenos, y se conforma con formular leyes que expresen la regularidad con que acontecen esos fenómenos.

-El positivismo jurídico se fija en las manifestaciones más inmediatas, obvias y aparentes del derecho, tales como las contenidas en los textos legales. La base de sustentación que la favoreció fue la codificación.

Conforme la definición de N. Bobbio, “el positivismo jurídico es la doctrina según la que no existe más derecho que el positivo” (entendiendo éste como “derecho puesto por el poder soberano del Estado mediante normas generales y abstractas, es decir, como ley”).

Para entender mejor su significado, podemos acudir a las CUATRO vertientes del Positivismo jurídico: la ontológica, la epistemológica, la metodológica y la ideológica:

1) En la vertiente ontológica, los principales rasgos del positivismo jurídico son:

- El *convencionalismo*: afirmación de que el Derecho no es una realidad natural, sino una simple convención social
- El *estatalismo*: definición del Derecho como un conjunto de normas puestas por el Estado e impuestas con el respaldo de la fuerza coactiva
- El *legalismo*: subordinación de todas las demás fuentes del Derecho a la ley
- El imperativismo: caracterización de las normas legales como mandatos del legislador estatal
- El *sistematismo*: conceptualización del Derecho como ordenamiento, es decir, como conjunto coherente, completo y autosuficiente (sistema de normas).

2) En la vertiente epistemológica, el positivismo jurídico se define por:

- El *racionalismo*: proclamación de la razón como ‘órgano’ adecuado de conocimiento de la realidad
- El *cientismo*: pretensión de convertir el estudio del Derecho en una ciencia que se desarrolle como las ciencias lógicas, físicas o matemáticas

- El *idealismo*: reducción del Derecho en cuanto objeto de análisis científico a simples principios, relaciones y conceptos lógicos abstractos.

3)En la vertiente metodológica, se destaca:

- El *descriptivismo*: reducción de los análisis científicos del Derecho a los límites de las descripciones explicativas
- El *inductivismo*: formulación de categorías lógicas abstractas a partir del análisis de los ordenamientos jurídicos positivos
- El *formalismo*: construcción de la ciencia jurídica sobre los elementos formales del Derecho, sin tomar en consideración su contenido normativo
- El *mecanicismo*: reducción del proceso de interpretación-aplicación del derecho a una actividad lógica de carácter deductivo ajustada al paradigma silogístico

4)En la vertiente ideológica, el positivismo jurídico se ha acompañado de:

- *Antiusnaturalismo*: oposición a la doctrina de la subordinación del “Derecho positivo” respecto del “Derecho natural”
- *Amoralismo*: eliminación de cualquier dependencia del Derecho respecto de la moral
- *Escepticismo axiológico*: exclusión de todo elemento valorativo del campo del Derecho y de la ciencia jurídica
- *Monismo ético*: afirmación de la obligatoriedad incondicionada del Derecho –según el conocido *slogan* ideológico “la ley es la ley”-

La codificación adquirió su máxima significación en Francia, sobre todo a partir de la promulgación del Código de Napoleón, en 1804. En Francia, el positivismo jurídico reviste ante todo la forma que se conoce con el nombre de Escuela de la Exégesis.

3. POSITIVISMO JURÍDICO y FORMALISMO (en Francia, en Alemania, en Inglaterra)

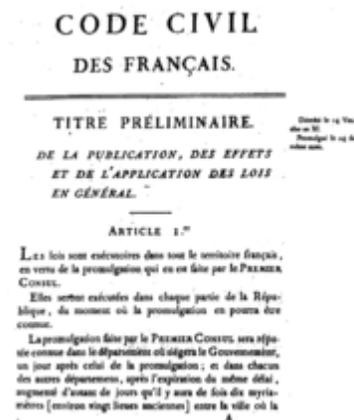
El FORMALISMO JURÍDICO

Lo que viene siendo llamado “positivismo jurídico” es formalismo. Se contempla la aspiración a hacer del conocimiento del Derecho un sistema, poniendo en una conexión lógica lo más rigurosa posible sus elementos.

3.1. EN FRANCIA

Podemos destacar cinco características de la Escuela de la Exégesis:

1. Tributan una especie de culto al texto legal, es decir, miran con el máximo respeto el texto de la ley, en cuanto se lo considera como manifestación o expresión del Derecho
2. Orientación a la interpretación subjetiva del derecho. En la distinción entre letra y espíritu de la ley identifican éste con el “espíritu del legislador”, es decir, con su intención o voluntad. Hay que querer lo que quiere el que ha dado la ley. Cuando se separa esa voluntad, vale esa voluntad real; cuando no se sepa, habrá que buscar la voluntad supuesta o presunta, para lo que habrá que acudir a la historia de la redacción de la ley o a los preámbulos.
3. Estatalización del derecho: reducción de éste a un producto del Estado.
4. Predominio del derecho positivo sobre el derecho natural: no se atreve a negar directamente el derecho natural pero deja a un lado su aplicación, porque considera que sus principios son demasiado generales y abstractos, que son difíciles de aplicar directamente en la práctica.
5. Atribuyen gran valor al criterio de autoridad, referido no al legislador sino a los intérpretes de la ley y, en especial, a los grandes comentaristas del Código de Napoleón.



Primera página de la edición original del Código Civil Francés de 1804

3.2. EN ALEMANIA

Dado el influjo de Savigny, tardó más en llevarse a cabo la codificación, aunque Prusia (anterior al de Napoleón) y Austria (1811) ya tenían su Código. Lo que aplicaban los alemanes como Derecho común era fundamentalmente el derecho romano. Tras la primera generación de la Escuela Histórica, los autores de la segunda se van a interesar por destacar los elementos propiamente germánicos.

a)-La “**Teoría general del Derecho**” que consistía en la determinación y sistematización de los “conceptos jurídicos fundamentales” obtenidos mediante el análisis de los principios generales de las distintas ramas del ordenamiento jurídico positivo. Se basaba sólo en el Derecho vigente y en el del propio país.

b)--**Derecho Comparado**: se basa en la experiencia jurídica de diversos países y de épocas anteriores, con la intención de conocer el modo de producción del derecho en general.

c)--**Jurisprudencia de conceptos**: se trataba de elaborar los conceptos (como el “negocio jurídico”) que eran fundamentales para el estudio del Derecho, determinando lo que se consideraban eran los “caracteres diferenciales del derecho”. Destacan figuras como Windscheid y Rudolf Von Ihering (aunque experimenta una evolución, acercándose después a la Jurisprudencia de Intereses, con su obra *La lucha por el derecho*).

(General) LEY

Método deductivo

(Particular) CASO

--Características:

- 1) Aplicación de la ley al caso
- 2) Poca autonomía de la decisión jurídica
- 3) Mayor respaldo normativo, pues no se va a decir que la decisión está “equivocada”, ya que se utilizó lo que estaba en la ley (lo cual no significa que haya más seguridad)
- 4) Obligación de obedecer posiblemente leyes “injustas”.

3.3. En INGLATERRA

a) Utilitarismo (felicidad/libertad)

. Es una doctrina ética que defiende la mayor felicidad para la mayoría. Defiende que son moralemnte exigibles aquellas conductas o acciones cuyas consecuencias son óptimas para la mayor felicidad (o utilidad) del mayor número de personas implicadas.

-Fundamento teórico: Jeremias Bentham, David Hume y Jhon Stuart Mill

La vocación de Bentham no siguió el camino que su padre, empresario, había previsto para él como lord Canciller. Escritor y corrector solitario, de carácter meditativo y reservado, no había resultado adecuado para la “vida social” que su padre esperaba de él. Sin embargo, tenía ambiciones. Después de leer al filósofo francés Helvetius en 1769, e intentando dar respuesta a la pregunta que planteaba: ¿para qué sirve un genio? Respondió que para “legislar” y a ello dedicó su vida. Se carteo con Voltaire y con D’Alembert. Buscó la protección de estadistas de la Ilustración como James Madison, Catalina la Grande y William Pitt. Siempre se había sentido orgulloso de reconocer sus deudas intelectuales para con Locke, Hume y Helvetius.

---JEREMIAS BENTHAM (1748-1832)

Bentham sustituye la doctrina del derecho natural y del contrato social por el más descarnado «**utilitarismo**». Según él, la Naturaleza ha dotado al hombre de dos soberanos: el placer y el dolor, que le indican tanto lo que debe hacer como lo que, de hecho, hará, siendo ambas cosas equivalentes.

El principio de utilidad o de mayor felicidad lo había presentado en *The Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en un célebre pasaje⁴¹. Puesto que los hombres desean, y deben desear, el placer (que Bentham identifica con la felicidad), la **función de gobierno** consistirá en **promover la maximización del placer y minimización del dolor para el máximo número posible de individuos**. Para Bentham la sociedad no

⁴¹ “La naturaleza ha situado al hombre bajo el gobierno de dos señores soberanos, el sufrimiento y el placer. Es por ellos sólo que anunciamos lo que debemos hacer, así como determinamos lo que haremos. Por un lado, el criterio de lo correcto y erróneo, por el otro, la cadena de causas y efectos, están ceñidas a su trono [...] Por principio de utilidad se entiende aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia que muestre de haber de aumentar o de disminuir la felicidad de aquella parte cuyos intereses están en cuestión; o, dicho con otras palabras, aquello que fomenta o se opone a esa felicidad” (pp.11-12).

es más que la suma de individuos, y el bien común, la suma de los intereses particulares.

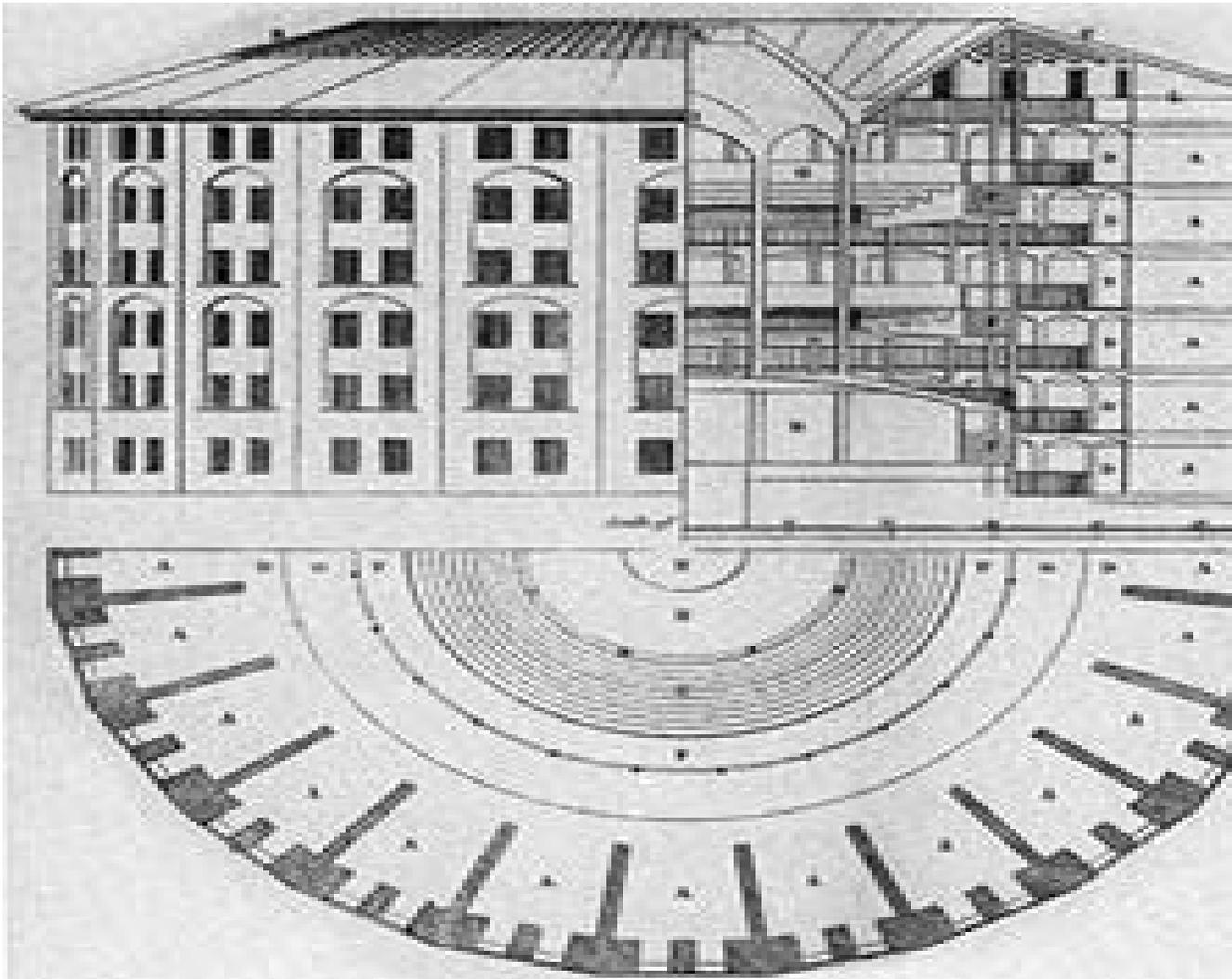
--La tesis central del utilitarismo es que cada vez que se debe tomar una decisión es necesario que se establezcan las consecuencias asociadas a las diferentes opciones posibles. Estas deben evaluarse según su utilidad y finalmente elegir aquella acción que mayor utilidad provoca al mayor número de personas afectadas.

--Las ventajas del utilitarismo son:

- Atiende a aspectos que los seres humanos valoran especialmente: deseos, placeres, felicidad, bienestar, etc. la razón final por la que se debe elegir un curso de acción o una determinada directriz política es que provoque esas sensaciones en la mayor cantidad posible. Es decir, que se asiente sobre hechos propios de la naturaleza humana, de cómo somos los seres humanos, y no de postulados difíciles de contrastar.
- Es igualitarista e imparcial: cada persona cuenta como uno y valora los intereses, deseos y preferencias, con una misma medida.
- Persigue que el curso de acción elegido favorezca a todos los afectados y no sólo al que lo lleva a cabo, lo que le distingue de posiciones egoístas.
- Parece una concepción adecuada para las sociedades complejas y pluralistas, pues no entra a enjuiciar los planes de vida de los individuos, sino que valora las acciones en la medida en que satisfacen dichos planes.

Su clasificación de los placeres y sufrimientos estaba pensada para ayudar a los legisladores a valorar el castigo apropiado necesario para impedir ciertas formas de crímenes o, en realidad, para decidir si eran en absoluto temas adecuados al castigo. Lo había hecho sugiriendo las dimensiones mediante las cuales un *quantum* de placer o de dolor se podía evaluar, y por esta razón se podía agregar y comparar. Sí había reconocido un problema que afectaba a la supuesta objetividad de los sufrimientos y placeres como una base del cálculo, y que también ha sufrido la economía del bienestar.

Con ocasión de su viaje por Europa (1785-88) con ocasión de una visita a su hermano Samuel, que trabajaba por encargo del príncipe Potemkin en un establecimiento de Krichev (Ucrania), tuvo la idea de su *Panopticon*, proyecto de vigilancia de una cárcel inspirado por el método de su hermano de vigilar a sus operarios), que sostuvo durante largos años y que, a propuesta del gobierno inglés, sería finalmente rechazado.



---Críticas al Utilitarismo:

-El problema de las comparaciones interpersonales, es decir, la imposibilidad de medir en una misma escala la utilidad del individuo con preferencias distintas: Vg. En un contexto de sequía, se plantea qué opción tomar: trasvase de los ríos, con opiniones a favor y en contra. Se trata de la dificultad de comprar la “utilidad” de diferentes placeres en personas diferentes: “la felicidad de un hombre nunca será la felicidad de otro hombre: una ganancia para un hombre nunca será la felicidad de otro hombre: una ganancia para un hombre no es ninguna ganancia para otro: podría querer sumar también veinte manzanas con veinte peras”.

- La precariedad de las preferencias individuales, ya que las preferencias personales pueden estar viciadas o ser el fruto de prejuicios irracionales.
- El utilitarismo sólo es sensible al bienestar como agregado, y no se preocupa por la manera en que está repartido entre los individuos. Aquí habría una clara despreocupación por la distribución igualitaria.
- Indiferencia respecto de la distribución de la utilidad: al utilitarismo sólo le preocupa la cifra total de bienestar neto en una sociedad PERO NO cómo ese bienestar se distribuye entre la población. Significaría:- considerar más justas sociedades opulentas en las que quienes menos tienen vivan en la miseria más absoluta que otras sociedades un poco menos ricas pero que cuenten con una distribución de la riqueza más igualitaria. Para el utilitarismo: el bienestar social más alto es siempre el más justo, sin importar cómo esté distribuida la riqueza.
- El método agregativo (sumar ventajas individuales, restar perjuicios individuales y obtener resultado neto) puede llevar a justificar la imposición de numerosos sacrificios individuales en aras del bien común. Vg. Justificará imponer grandes costes a algún grupo social, siempre y cuando la suma de pequeños beneficios individuales que obtuviese el resto de la población fuera superior a la suma de los graves perjuicios individuales que sufrirían las personas perjudicadas por la medida. Hay una gran diferencia entre hacer sacrificios que redundan en beneficio de la persona que los realiza y hacer sacrificios para que otros obtengan sus frutos. Vg. Resulta racional que hoy decida pasar por una dolorosa operación para disfrutar de una vida más sana en el futuro: el sacrificio personal de hoy redundará en un beneficio personal mañana ... para la misma persona, pero sacrificar a una parte de la población para que el conjunto mejore es algo distinto: los beneficiarios del sacrificio no son los mismos que quienes lo sufren. El utilitarismo, con sus cálculos agregativos, trata a la sociedad como si fuese un solo individuo.
- Los que salen perdiendo en el Utilitarismo son los que no producen utilidad para el bien común, sólo la consumen. “No sólo debemos producir utilidad, sino también seres utilitaristas capaces de producir cada vez más utilidad, y capaces de consumirla de forma eficiente...”

b) Escuela Analítica

En Inglaterra adquiere especial importancia, como manifestación del positivismo jurídico, la llamada Escuela Analítica cuyo fundador es John Austin (1790-1895). Esta escuela pretende estudiar los conceptos y principios fundamentales del derecho, pero no como la Teoría General del Derecho, con referencia al derecho vigente en el propio país, sino como válidos en general, dondequiera que se den los fenómenos o realidades jurídicas correspondientes.

La Escuela Analítica entiende que el derecho puede caracterizarse como “un mandato general abstracto proveniente del soberano o superior supremo en una comunidad política”. Este mandato, a su vez, se caracteriza por ser una manifestación de deseo acompañada de la posibilidad de imponer una sanción. Por tanto, para que sea un mandato es necesario que provenga de un superior, de alguien que pueda imponer su deseo, porque en caso de incumplimiento podría imponer una sanción.

La teoría de Austin es claramente positivista porque no reconoce como derecho más que el que provenga del Estado.

Además, Austin advierte que estudia el derecho, no como debe ser, no desde el punto de vista del derecho natural, sino tal como es.

TESIS FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO

Siguiendo la triple clasificación del positivismo según N. Bobbio (positivismo como metodología, positivismo teórico y positivismo como ideología), conviene detenerse en el examen de cada una de estas tres tesis (seguiremos la teoría de Hoerster):

- 1) La Tesis central del **Positivismo como metodología** es la neutralidad. Neutralidad significa una aproximación avalorativa al concepto de Derecho, entendiendo que éste puede ser definido como un hecho, no como un valor y, por tanto, con independencia de la valoración que merezca su contenido. De aquí derivan al menos tres consecuencias importantes:
 - a) que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos;
 - b) que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del Derecho;
 - c) Que, por tanto, la definición del Derecho no dice nada, ni a favor ni en contra, acerca de los motivos que puedan fundamentar una obligación moral de obediencia.
 - d) En definitiva, el contenido mínimo del positivismo metodológico se compone de estas dos ideas: que la existencia de las normas no depende de que satisfagan algún particular valor moral, y que el Derecho es siempre obra de decisiones humanas o, como suele decirse, que tiene un origen social⁴²

- 2) Bajo la tesis del **positivismo teórico** se pueden agrupar varias tesis independientes:

⁴² PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelski), en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XIII, Madrid: BOE-Ministerio de Justicia, 1996, p.128.

- a) la vinculación del Derecho con la fuerza, bien en el sentido de que las normas necesitan el respaldo de la fuerza, bien en el sentido de que regulan y organizan dicha fuerza.
 - b) Una concepción rigurosamente estatalista del Derecho que atribuye a la ley el cuasi monopolio de la producción jurídica (legalismo);
 - c) Una teoría imperativista de la norma jurídica, que concibe principalmente a ésta como norma de conducta dirigida a los ciudadanos;
 - d) La idea del derecho como sistema, es decir, como conjunto ordenado de normas que forman una unidad plena y carente de contradicciones;
 - e) Finalmente, una teoría mecanicista de la interpretación, según la cual la aplicación del Derecho se ajusta al método de la subsunción, según la cual la aplicación del Derecho se ajusta al método de la subsunción donde el juez desempeña una función “neutra” o de simple autómatas.
- 2) Finalmente, el **positivismo como ideología** suele presentarse en dos versiones:
- a) En una primera, más radical, viene a decir que el Derecho representa el criterio inapelable de lo justo y de lo injusto, de donde se deduce una obligación moral incondicionada de obediencia al Derecho (parece que ésta es una de las tesis insostenibles que han sido “reiteradamente imputadas a los iuspositivistas por sus adversarios pero nunca han sido sostenidas por los propios iuspositivistas”).
 - b) Según la versión más moderada, el Derecho, por el mero hecho de ser un orden regular de convivencia, garantiza ciertos valores morales, como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, etc.

Con todo, el positivismo ético resulta ser una tesis muy poco positivista, pues traiciona uno de sus postulados básicos, que es la aproximación neutral al Derecho en la que no tienen cabida planteamientos de obligatoriedad moral.

4. TEORÍAS JURÍDICAS ANTIFORMALISTAS

A finales del siglo XIX, fueron muchas las manifestaciones de reacción frente al positivismo jurídico formalista, sustituidas ahora por las llamadas a un Derecho que reflejara la concreta histórica realidad de la sociedad.

a)--La “**Jurisprudencia de intereses**”: se ha observado como es característico del positivismo jurídico el principio de que el ordenamiento no tiene lagunas, en cuanto que, por simple fuerza de la lógica, se encuentra necesariamente la norma que pueda regular el caso no explícitamente previsto por el legislador. Ahora se sostiene que, en caso de laguna, en cambio, debe realizarse un “desarrollo axiológico del mandato del legislador, teniendo presentes los intereses que se encuentran en juego y valorándolos de forma autónoma para integrarlos en base a juicios de valor, juicios que deben ser,

como regla general, aquellos en que se ha inspirado el legislador, pero que, en caso de que estos no puedan ser identificados, podrán ser formulados por el juez por medio de su valoración autónoma” (Heck).

(General) LEY

Método inductivo

(Particular) CASO

--Características:

- 2) Adecuar el caso a la ley
- 3) Más autonomía de la decisión jurídica
- 4) Se podrá decir que se tomó una decisión “equivocada”
- 5) Nadie queda obligado a obedecer “leyes injustas”

También hay que destacar a J.H. Von Kirchmann, muy crítico con basar todo en el derecho legislado y positivo, quien llegó a sostener, en su obra “*La Jurisprudencia no es ciencia*” que “*Tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura*”.

b)- La “jurisprudencia de intereses” forma parte de un más amplio fenómeno, al que se ha dado el nombre del “**Movimiento del Derecho libre**”. No se trata de una escuela como tal, sino precisamente de un movimiento, de una tendencia, que asume formas diversas. Se puede encuadrar dentro de un fenómeno histórico más amplio, que entre los siglos XIX y XX se manifestó en muchos campos, desde el arte a la religión, y cuya característica sustancial es la sublevación contra la tradición y el conformismo.

Oscar Bülow (1837-1907) es considerado su precursor, a partir del opúsculo *Ley y oficio del juez* (1885), en el que se sostenía la tesis de que la ley no produce por sí misma el Derecho, sino solamente lo prepara, al paso que creadora del Derecho es solamente al sentencia del juez.

Con todo, el verdadero representante del movimiento fue Eugenio Ehrlich quien, a partir de la impartición de una conferencia en Alemania, en 1903, sobre la “libre ciencia del Derecho”, afirmó el valor de una “libre investigación del Derecho” por el contrario del principio de aplicación mecánica del mandato del legislador a los hechos concretos. No llega a confiar al juez la labor de crear el derecho pero entiende que no se puede excluir la personalidad del mismo en la decisión judicial.

Pero la tesis verdaderamente innovadora y atrevida fue la sostenida por Hermann Kantorowicz (1877-1940), un joven historiador del Derecho, nacido en Polonia, que

escribió en 1906 un belicoso manifiesto, “*La lucha por la ciencia del Derecho*”, ocultándose bajo el pseudónimo de Gnaeus Flavius, nombre del jurista romano a quien se atribuye gran parte de la redacción de las XII Tablas. En esta obra sostiene que, junto al Derecho estatal, e incluso antes que él, existe, en igualdad de valor, el “Derecho libre”, producido por la opinión jurídica de los miembros de la sociedad, por las sentencias de los jueces y por la ciencia jurídica, que vive independientemente del derecho estatal y constituye incluso el terreno del que este último nace.

Muchos juristas alemanes de los primeros años del siglo XX se adhirieron a este movimiento. Se rechaza la norma legalista de las escuelas llamadas clásicas del siglo XIX, para las cuales el derecho era solamente la norma constituida por la ley o extraída mediante procedimientos puramente lógico-formales del sistema de las leyes.

No llega a sostener que el juez pueda juzgar en oposición a la ley, o que el derecho legislativo tenga que ser suplantado por el Derecho jurisprudencial. Si la idea central es que cualquier ordenamiento legislativo, aun cuando se declare completo, existe un espacio vacío que incumbe al intérprete llenar. Ello significa que, contrariamente a cuanto había sostenido el positivismo jurídico, las lagunas del Derecho existen, y no pueden dejar de existir.

5. JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA Y EL REALISMO JURÍDICO (Americano y Escandinavo)

Se pueden diferenciar dos grandes sistemas jurídicos dentro del mundo occidental:

- *la continental europea*: el legislador es el promotor del Derecho//// *la anglosajona*: la magistratura es la promotora del Derecho.

Entre las circunstancias que influyeron en la postura de los teóricos norteamericanos del Derecho podemos destacar dos. La filosofía pragmatista y el sistema del *comon law*. La expresión *comon law* quiere decir derecho común o general en Inglaterra. Pero como en estos países hay también derecho legislado, quiere significar, frente a éste, el Derecho constituido por la costumbre y transmitido por la tradición, que recibe su configuración definitiva a través de las decisiones judiciales. Queda así caracterizado este sistema como un Derecho eminentemente judicial y del caso concreto (*case law*).

Un Derecho así caracterizado, como Derecho judicial y Derecho del caso, representaría ante todo los ideales de flexibilidad, renovación y humanización del Derecho. Pero esa doctrina debe ser contrapesada por la doctrina del precedente (*stare decisis*) que liga al juez anglosajón de una manera que no es fácil decir si es menos estricta que la que vendría determinada por el sometimiento a la ley. De

hecho, la mayoría de los juristas ingleses ponderan la rigidez del sistema y, en lo que se refiere a Inglaterra, se podría decir que aun cuando “la judicatura como conjunto es creadora, el juez individual, sin embargo, está más trabado que en la administración continental de justicia”.

En cuanto a los procedimientos técnicos de que dispone el juez anglosajón para la adaptación del Derecho a las nuevas necesidades, figura en primer lugar la regla que le autoriza a romper con el precedente, cuando lo considere imprescindible.

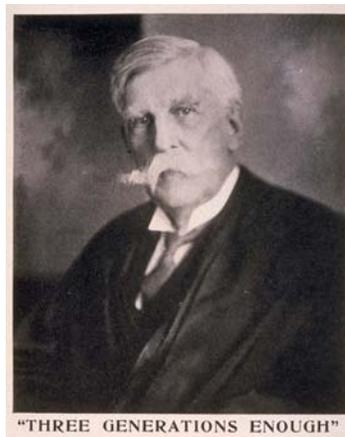
En el sistema anglosajón:

- no hay identificación entre ley y derecho
- supremacía del Derecho y del poder judicial sobre los otros poderes

5.1. EN ESTADOS UNIDOS

a) JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA

El juez Oliver Wendell Holmes (1841-1935) pronunció una conferencia dirigida a los estudiantes de la universidad de Boston (1897), titulada *La senda del Derecho (The path of the Law)*, que tuvo gran repercusión.



Oliver Wendell Holmes en 1894

- a) Con frecuencia se ve el derecho como una serie de deberes u obligaciones. Pero esta visión viene determinada por una confusión: entre Derecho y moral. Para evitarla conviene advertir que el Derecho no sólo lo cumplen los que son

buenas personas, sino también los que no lo son pero desean librarse de las malas consecuencias que les acarrearía no cumplir con el derecho. Desde este punto de vista del “mal hombre” podemos comprender lo que verdaderamente es el Derecho, a diferencia de otras nociones afines, como la ética o moral: el cálculo de las consecuencias de determinados comportamientos o, más en concreto, “las profecías acerca de lo que harán los tribunales de justicia”.

- b) Pero conviene evitar también otra tentación: la de pensar que el derecho pueda articularse con la exactitud propia de las ciencias matemáticas y que, por consiguiente, pueda encontrarse en él una solución segura y exacta. Esta confusión proviene de la forma lógica con que se revisten las sentencias y en general todo el lenguaje jurídico, y se ve favorecida por el ansia humana de seguridad y certidumbre. Pero no se puede negar que, tras cualquier razonamiento jurídico irreprochable lógicamente, hay un punto de partida que depende de una valoración, de un juicio de valor, y a ese punto de partida, a la preferencia de uno u otro de los diversos fundamentos posibles de las disposiciones o de las resoluciones jurídicas, no se le puede aplicar la matemática ni la lógica.

Hay que tener presente que la historia es útil para interpretar el sentido de las reglas vigentes; pero más importante es la sociología, la economía, para saber adaptarlas a las necesidades del presente y del porvenir.

Sólo con la ayuda de estos conocimientos básicos se puede realmente llegar a conocer qué es el Derecho, más allá de la maraña de los incidentes y de las disposiciones concretas, y “acertar con las verdaderas bases de la profecía”.

b) REALISMO JURÍDICO AMERICANO

El pensamiento jurídico norteamericano del siglo XIX tenía una fuerte animadversión por las construcciones sistemáticas. Sin embargo, el gran número de precedentes que había que tener en cuenta hacía difícil su conocimiento, así como el propio estudio del Derecho. Estas dificultades facilitaron la aparición de un nuevo método llamado "*case method*" que se parecía a las aportaciones de la ciencia jurídica europea. ¿En qué sentido?

Para estudiar el Derecho se estudiaban casos especialmente relevantes que eran tratados como si fueran normas jurídicas. Es decir, algunos casos se trataban como normas jurídicas con independencia de los valores que tales casos pudieran contener. Esto se parecía a la ciencia jurídica positivista y dio lugar al desarrollo de una doctrina jurídica formalista. Este formalismo produjo una reacción antiformalista parecida a la que se produjo en Europa. Es decir, la llamada "revuelta antiformalista" es un fenómeno que aparece no sólo en Francia y Alemania sino en Estados Unidos, en las últimas décadas del siglo XIX. Recordemos que el formalismo de la

Jurisprudencia de Conceptos, que adoptó una actitud ahistórica y abstracta, propició esta revuelta.

Características y tendencias del Realismo Jurídico Norteamericano

Las principales características del Realismo jurídico americano son:

1. *Escepticismo hacia las normas jurídicas*, entendidas como medios suficientes para alcanzar decisiones judiciales. De ahí que los realistas digan que del conjunto de factores que contribuyen a la decisión judicial, las normas jurídicas son un elemento más a tener en cuenta, pero no el único.
2. *Fuerte valoración de los aspectos extrajurídicos*, como los morales, políticos, económicos, en el análisis de las decisiones judiciales.
3. *Énfasis en los aspectos no lógicos*, en los factores inconscientes y en los prejuicios de jueces, jurados y testigos, a la hora de determinar lo que es el Derecho, es decir, en la medida en que estos factores influyen en las decisiones judiciales. A este respecto es interesante recordar que el juez Oliver Wendel Holmes (1841-1935) escribió, en su libro *Common Law*, que la vida del derecho no ha sido lógica sino experiencia.
4. *Actitud relativista frente a la certeza del Derecho*. Para los realistas americanos el Derecho es básicamente incierto, incertidumbre que se debe tanto a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico, como a la dificultad de verificar los hechos alegados en el proceso.
5. *Necesidad de conocer los datos reales de la vida jurídica*. De ahí que realicen investigaciones sociológicas sobre jueces, testigos y jurados.
6. *Estrecha vinculación del realismo jurídico americano con la actividad jurídica práctica*. En consecuencia, centran casi todo su interés en la actividad judicial.

--En cuanto a las tendencias del Realismo jurídico americano, son las siguientes:

-La de los escépticos frente a los hechos, y la de los escépticos frente a las reglas.

a) Por una parte, los **escépticos frente a las reglas** creen que las auténticas reglas que configuran el Derecho no están en los boletines oficiales, ya que para ellos el Derecho es un gran tejido social configurado por la conducta de funcionarios, expertos jurídicos, empresarios y otras muchas personas. Hasta ahora, dicen, se ha dado una importancia excesiva a las reglas jurídicas.

No se trata de que desprecien el rol que desempeñan las reglas jurídicas (el llamado "*law in books*") sino que centran su atención en el estudio de los demás factores extra-normativos que intervienen en la decisión judicial y que constituyen la genuina regla jurídica (el llamado "*law in action*"). Son las "normas de papel" frente a las "normas reales". Los realistas americanos, en general, trataron de buscar una certeza científica y para lograrlo abandonaron la primacía tradicionalmente concedida a las reglas jurídicas. Además, la sustituyeron por un estudio empírico (psicológico y sociológico) de los factores que influyen en la decisión judicial.

El principal representante de esta tendencia, Karl Lewellyn, dijo: "*Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Aparte de esto, no son sino juguetes vistosos*".

b) Por otra parte, tenemos a la tendencia de los **escépticos frente a los hechos**. Su principal representante, Jerome Frank, cree que el condicionante definitivo de las decisiones judiciales está en los hechos, ya que en la gran mayoría de los pleitos se plantean problemas 'fácticos' más que problemas acerca de la interpretación de las reglas jurídicas.

Dice Frank que, a pesar de la existencia de recursos, la mayoría de los hechos jurídicos quedan perfilados en los tribunales de instancia. Pero, por desgracia, nadie puede saber con antelación, y total certeza, lo que un tribunal tomará como los hechos del caso, o qué precedente utilizará, ya que ninguna regla puede fijarse completamente frente a los falsos testimonios creídos por el juez.

Opina Frank, que para representar un panorama realista, las fuentes del Derecho deberían incluir:

- el favoritismo,
- los prejuicios de los jueces y jurados,
- así como la importancia de testigos ignorantes y olvidadizos, dada su repercusión en las decisiones judiciales.

Como dice el procesalista M. Taruffo, "En otros términos, se trata de establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente inciertos, pero que sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa. O, todavía en otros términos, se trata de establecer cómo puede realizarse racionalmente una selección entre hipótesis distintas acerca de esos hechos en la situación problemática pero normal en que cada una de esas hipótesis tiene un cierto grado de aceptabilidad pero ninguna es cierta o absolutamente verdadera".

5.2. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

El punto de partida del Realismo escandinavo es menos práctico que el americano, ya que este último se centra en la actividad judicial, mientras que el primero también se interesa por la fundamentación del sistema jurídico. En este sentido, afirman que la aceptación de las reglas jurídicas como obligatorias o vinculantes, se debe a un proceso de condicionamiento psíquico colectivo. Al mismo tiempo rechazan el iusnaturalismo y el positivismo jurídico formalista, como el Kelseniano.

Todo esto se debe a que el Realismo jurídico escandinavo se fundamenta en el Empirismo lógico (o positivismo lógico) que postula que la única realidad es aquella que puede situarse en el espacio-tiempo. Esto quiere decir que esta mesa existe porque está situada en el espacio-tiempo pero el "deber jurídico" no existe porque no está situado en el espacio-tiempo. Por tanto, los derechos y deberes no existen realmente sino que son el resultado de condicionamientos psicológicos y sociales. Es decir, la mente humana responde de ciertas maneras a ciertos tipos de condicionamiento psico-social.

Según el fundador del R.J.E., A. Hågerstrom, la ciencia jurídica, si quiere ser realmente una ciencia, tiene que prescindir de elementos emocionales y valorativos, como "derecho subjetivo" o "deber jurídico". El R.J.E. debe limitarse a la descripción y análisis de hechos sociales, entendidos como fenómenos espacio-temporales. Por tanto, la ciencia jurídica realista no puede aceptar las categorías jurídicas tradicionales. En el mismo sentido, frente a la idea tradicional de que los sistemas jurídicos tienen "validez", el realismo estudiará los sistemas jurídicos como sistemas efectivos de control social y organización de la fuerza. Otro destacado realista escandinavo, K. Olivecrona, dice:

"El término derecho subjetivo no se utiliza para designar objeto alguno. Si la palabra tiene referencia semántica, puede referirse únicamente a algún tipo de relación entre personas o entre personas y cosas ... La palabra 'derecho' no significa nada, no designa nada. Pero la palabra en sí, pasa, visual o auditivamente a nuestra mente. Y estas dos representaciones—le la palabra y del objeto—son los componentes de la idea del "derecho subjetivo".

También rechaza la idea de "obligatoriedad" de las reglas jurídicas porque la "obligatoriedad" no está situada en el espacio-tiempo, y la sustituye por la capacidad causal de las reglas jurídicas para influir en el comportamiento de los jueces, en particular, y en los destinatarios, en general.

Otro destacado realista escandinavo es Alf Ross. Para este autor, el derecho válido

es un conjunto de ideas normativas que sirve de esquema de interpretación para el derecho en la práctica. Lo que los realistas americanos llamaban "law in action" frente al "law in books". Estas ideas normativas son seguidas efectivamente porque se sienten como socialmente vinculantes. Pero estas ideas normativas (directivas) se dirigen principalmente a los jueces porque son ellos los que, influidos por estas directivas, emiten juicios que forman la base de la acción ejecutiva. Con otras palabras, nos dicen cuando puede ser utilizada la fuerza institucional.

De ahí su definición de sistema jurídico. Un sistema jurídico nacional puede definirse como las normas o directivas que son operativas en la mente de los jueces, dado que las sienten como socialmente vinculantes. Curiosamente, cuando una norma es generalmente obedecida por los ciudadanos, es más difícil averiguar si tiene validez, ya que los jueces tienen menos oportunidades de mostrar su reacción. Recordemos que el Derecho se conoce a través de la actuación judicial. Para el Realismo escandinavo, el Derecho no es aplicado porque es Derecho sino que es Derecho porque es aplicado.

Cree Ross, que los límites entre la ciencia jurídica y la sociología jurídica no son claros. En todo caso, una ciencia jurídica realista no puede prescindir de la realidad social, o puede ser exclusivamente normativa.

Finalmente, Lloyd hace una crítica a la idea de que el Derecho es un fenómeno psíquico colectivo, dada la no-realidad de los conceptos jurídicos, por no estar situados en el espacio-tiempo:

"Los escritores como Olivecrona parecen haber querido extraer excesivas deducciones del descubrimiento de que conceptos como 'Derecho' no corresponden a entidades físicamente perceptibles. Sin duda es cierto ya que el Derecho o la obligación jurídica no son sino construcciones mentales, pero ello no debe significar, claro está, que el Derecho, en ninguna mayor medida que la lógica, la matemática o las leyes de la ciencia física pueda reducirse a psicología (...) El Derecho no es un mero ejercicio de lingüística, ni una mera serie de reflejos psicológicos, ni tampoco un mero conjunto de modelos sociales. Es una amalgama *sui generis* de todo ello, y algo más, ya que simboliza uno de estos conceptos fundamentales o idea clave centrales a la naturaleza social del hombre, y sin las cuales éste sería una criatura muy diferente".

CASO PRÁCTICO UNA HABITACIÓN CON VISTAS⁴³



Imaginemos que tengo la intención de abrir una ventana al exterior en el comedor de mi casa. Si tengo vecinos muy cerca, entonces no estará de más que antes de contratar a los albañiles, consulte a algún abogado de confianza por lo que pueda pasar. Así que, como tengo la fortuna de contar con muchos amigos juristas, me aventuro a plantearles mi problema e incluso, otros semejantes, para contrastar pareceres e intentar elevar algunas conclusiones generales. Vamos a suponer que recabo dos opiniones diversas:

1) En primer lugar, me dirijo a un amigo abogado, Luciano, al que podríamos calificar de **POSITIVISTA-FORMALISTA**. Estuvo preparando oposiciones a Registros, de las que, transcurridos cinco años de estudio sin éxito en las pruebas, abandonó, pero que le facilitaron una óptima formación jurídica. Era capaz de recitar, totalmente de memoria y sin pestañear, artículos varios del Código Civil, Ley de Propiedad Horizontal, Código Mercantil...

Luciano, una vez formulada mi consulta, lo primero que hace es concentrarse unos segundos y, seguidamente, me recita de corrido el artículo 582 del C.C., que dice así:

“No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones, ni otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad”.

Sin apenas darle tiempo a concluir el recital del artículo, le replico alarmado: “Pero si es

⁴³ Texto inspirado en el ejemplo que presenta en su obra García Figueroa, Alfonso (2009): *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta. A su vez, Figueroa se ha inspirado en el ejemplo de L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos* (Madrid, Dickinson y Universidad Carlos III, 1998), p.63 y ss.), quien, por su parte, lo ha recibido del civilista A. Carrasco, “La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica” (en *Revista de Derecho Privado*, 1996, p.886 y ss).

la única ventana al exterior a la que puedo aspirar; Además, recuerda que mi casa no es más que un agujero inmundo de treinta metros cuadrados y ...; A lo que amigo replica con cierta frialdad: “Mira. Todo esto es muy sencillo. Si la finca del vecino está a menos de dos metros no puedes abrir esa ventana. Si la finca del vecino está a dos metros o más, sí puedes hacerlo. Límitate, pues, a medir la distancia y olvídate de lo demás. Toma: un metro”. Mi amigo formalista me alcanza una cinta métrica y da por zanjada la conversación.

El ideario formalista tiende a proporcionar respuestas como la indicada:

- 1.Creencia en el sistema jurídico como algo esencialmente completo y omnicomprendivo
- 2.Creencia en la separación de poderes y en la distinción creación/aplicación del Derecho como algo inherente a todo Derecho.
- 3.Creencia en que el legislador debe armonizar el nuevo Derecho con el preexistente.
- 4.Creencia en el derecho en los libros (frente al Derecho en acción)
- 5.Creencia en que la abstracción y generalidad son virtudes del Derecho
- 6.Creencia en una lógica interna del Derecho
- 7.Creencia en la teoría de la subsunción o del silogismo en la aplicación del Derecho
- 8.Creencia en la certeza y predecibilidad como ideales jurídicos

A los formalistas les encantan las reglas que puedan aplicar a plena satisfacción de la séptima de las creencias formalistas indicadas. Las reglas tiene naturaleza binaria: prohibición de abrir ventanas a menos de dos metros y permisión de hacerlo a más de dos metros”.

¿Qué considera que yo podría hacer finalmente? ¿Abrir la ventana o no?

CONTINUANDO CON LA VENTANA

Finalmente, desistí de abrir una venta en el anterior caso. Pero la fortuna me acabó sonriendo, me tocó la lotería, pude mudarme a otra vivienda un poco más grande y, como había hecho una promesa si mi situación económica mejoraba un poco y conseguía salir del agujero en el que vivía, que me empezaba a perjudicar incluso a mi salud (tanto físicamente como mentalmente), había prometido dar algo de lo mío a los más necesitados.

Ahora, la vivienda de treinta metros la destino a dar cobijo a una familia de inmigrantes rumanos, una pareja con sus 6 hijos pequeños. La situación actual es de una vivienda A, cuyo propietario –yo de nuevo- pretendo abrir una ventana, en un diminuto cubículo que se halla a 1,98 metros de la finca vecina, la vivienda B, y que carece de ninguna otra posibilidad de captar la luz natural y ventilación suficiente para la familia que allí se hacina. Además, la vivienda B, disfruta de amplísimas vistas por todos sus costados salvo por el que da a la vivienda A y ello no sólo por impedimentos legales. En realidad la vivienda B acumula allí contadores y conducciones de agua a los que el dueño jamás prestó atención.

2) Desisto de acudir a Luciano. Me dirijo a otro amigo jurista, Miguel, que se caracteriza por apoyar con entusiasmo la defensa del Estado constitucional y todo lo que el texto constitucional ha aportado, con los derechos fundamentales, con los principios, con los valores, todo ello –en su opinión- para dibujar un resultado más justo en los diversos conflictos jurídicos que se plantean. Es un defensor de la teoría del “**NEO-CONSTITUCIONALISMO**”. ¿Será capaz Miguel de “ver más allá” de la ventana que quiero abrir, que “necesito abrir”?

Miguel comienza admitiendo que, según el art. 582 C.C., parece claro que en la vivienda A no cabe abrir ninguna ventana sobre la finca vecina. Ahora bien, se cuestiona si existe, ante un caso como éste, alguna alternativa o al menos debe haber, con independencia de la solución que adoptemos, la posibilidad de interrogarse sobre otras alternativas

Defiende que la mera posibilidad de poder plantear esta cuestión debería ser un rasgo propio del Derecho en un Estado constitucional, al menos si nos tomamos en serio lo que significa un Estado constitucional. Éste suele estar comprometido con valores como la “igualdad, la justicia, la libertad y el pluralismo político” (art. 1.1. CE) y eso debería significar al menos, al posibilidad de cuestionar ciertas normas y decisiones.

- a) No comparte los postulados del **formalismo**, que suele considerar que no debemos prestar atención a los casos extremos o difíciles. La situación que estoy presentando sé que es extrema y demagógica (niños pequeños, infravivienda sombría frente a mansión soleada..) lo que hace que sea un caso de situación excepcional frente a la teoría, frente a lo que sucede normalmente.

Miguel me recuerda el interrogante que cuando Primo Levi ingresó en el campo de concentración de Auschwitz, preguntó a su carcelero simplemente “¿Por qué?”, a lo que éste respondió igualmente conciso: “Aquí no hay ‘por qué’” (lo cual es una afirmación rotunda de “*lex dura sed lex*”) No se trata de recurrir a la estrategia fácil y suficientemente desacreditada de la conocida *reductio ad Hitlerum* padecida injustamente por el positivismo jurídico. Pero sí hay que subrayar que los Estados actuales reclaman una legitimidad que va mucho más allá de la que pueda invocar un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas.

A Miguel no le convence la ciega aplicación del Derecho del formalismo que no sitúa ante el dilema de: “o todo o nada”. Ahí aprovecho yo para intentar darle un argumento que Miguel pueda utilizar: “Es que no se puede aceptar como justificada una justificación injustificada, como es la de no poder abrir una ventana porque haya una distancia tan sólo de 1,98 metros y no de 2 metros. Es que no es justo,.. las consecuencias son hasta inmorales para esta familia”. Sin embargo, Miguel me advierte que no se puede acudir a la moral para buscar la justificación última de toda controversia jurídica porque sino, el Derecho se transformaría en una sombra de la moral.

Ahora bien, ante el actual panorama, todo parece indicar que la dialéctica Positivismo/no-Positivismo ha dejado de ser interesante y necesita ser sustituida por otro marco de discusión que nos permita estudiar sin ciertas ataduras este nuevo Derecho más estático pero vinculado a una moral más dinámica.

b) El **neoconstitucionalismo** está impulsando un a nueva Teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes podrían ser los cinco siguientes:

- 1) Más principios que reglas;
- 2) Más ponderación que subsunción;
- 3) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos meramente relevantes, en lugar de espacio dejados a la opción legislativa o reglamentaria;
- 4) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador o reglamentaria;
- 5) Y, por último, coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, principalmente, a las sucesivas opciones legislativas.

Desde su perspectiva de neoconstitucionalista, Miguel destaca tres aspectos:

- 1) Recordemos la importancia que para cualquier jurista tiene la distinción entre *letra de la ley* (aquí, el art. 582 C.C.) y *lo que puede llegar a decir la ley*. Quizá no podamos saber si un caso es claro o difícil hasta el momento en que acontezca un caso particular o excepcional.
- 2) Además, la propia calificación de un caso como fácil o difícil presupone haber concluido un juicio previo sobre el encaje de la regla en el entramado constitucional.

- 3) Los casos que resultan ser efectivamente difíciles son cuantitativamente menos, pero nos dicen cualitativamente más sobre el Derecho que los casos rutinarios y ello porque los casos difíciles nos conducen a los verdaderos confines del ordenamiento jurídico y nos llevan a preguntarnos por las premisas últimas de nuestros razonamientos jurídicos.

Con todo, Miguel advierte que, sin embargo, su posición ha sido objeto de algunas críticas. Algunos iusfilósofos denuncian lo que consideran los excesos de las posiciones constitucionalistas y neoconstitucionalistas (lo que podría calificarse como la bajamar de la ley), destacando que entre Constitución y ley, entre principios y reglas, se produce un movimiento análogo al de las mareas. A más Constitución con sus principios, menos ley con forma de reglas y a la inversa.

En el Estado constitucional la fuente estrella ya no es la ley sino la Constitución. El sistema jurídico no sólo está compuesto fundamentalmente por reglas abstractas y generales aplicables mediante subsunción, sino que también está compuesto por “principios”, que incorporan una necesidad de balance o ponderación de razones en el caso concreto. Hoy se ha difundido una más clara conciencia de ello en la cultura jurídica continental.

Recuerda Miguel que la articulación de los Poderes legislativo y Judicial en el Estado de Derecho no puede reducirse al mero simplismo de considerar que el Legislativo crea normas y el juez se limita a aplicarlas. ¿Cuál es el papel que desempeñan los jueces? Distingamos cuatro respuestas básicas:

- 1) La Realista niega, cuando se la lleva al extremo, toda relevancia al legislador. El Derecho de los libros es papel mojado. No existen normas que preexistan a las decisiones del juez. A falta de un sistema jurídico vinculante, el juez crea Derecho *siempre*.
- 2) La Formalista (la del positivismo teórico) se opone a la anterior. Presupone que el Derecho es un conjunto de reglas lingüísticamente precisas, coherentes y completas. Dada la infalibilidad técnica del Derecho, el juez, reducido a un autómata, aplica el ordenamiento, no crea Derecho *nunca*.
- 3) El Positivismo jurídico metodológico, más sofisticado, considera que el Derecho no es técnicamente infalible y puede requerir, de acuerdo con la llamada “tesis de la discreción judicial”, la intervención del juez en los “casos difíciles”. El juez crea derecho *marginalmente*.
- 4) El neoconstitucionalismo afirma que el Derecho, particularmente el Derecho constitucionalizado, presenta principios sujetos a ponderación que además irradian su contenido sobre todo el ordenamiento, de modo que todo el ordenamiento se ve “impregnado” por la Constitución y el juez, particularmente el constitucional, debe estar dispuesto a argumentar activamente en cualquier caso y habrá de hacerlo preventivamente (en la

configuración de la controversia) en todo caso. De ese modo, puede afirmarse que los órganos jurisdiccionales crean Derecho *centralmente* (entre otras cosas, porque el Derecho es contemplado como un conjunto de argumentos).

El neoconstitucionalismo impulsa mayor *actividad judicial*, pero no mayor *activismo judicial*. Al juez le corresponde un papel más importante, pero no por ello se halla menos vinculado al Derecho. El neocosntitucionalismo resulta intrínsecamente anti-legalista, puesto que para el legalismo, el legislador goza de legitimidad democrática, mientras que el juez goza de, por así decir, legitimidad técnica. A la pregunta de “Porqué ha tomado usted su decisión?” el legislador respondería: “porque así lo quiero”. El juez, en cambio, diría: “porque así lo ha querido el legislador para el caso en abstracto y así se aplica lógicamente a este caso concreto”⁴⁴.

El razonamiento constitucional no suele funcionar de acuerdo con el esquema de la subsunción. Más bien es posible, invocando un ejemplo típico, que dada la norma *N* (para todo *x*, si *x* tiene derecho –constitucional a la intimidad, entonces es obligatorio que le compense quien lo vulnere) y el hecho de que *A* haya vulnerado mi derecho a la intimidad (tomándome unas fotos comprometidas), *A* no tenga obligación de indemnizarme porque se ampare en su derecho (también constitucional) a defender información. Aquí el esquema de la subsunción ya no funciona con fluidez. Por eso, muchos autores sostienen que el esquema de la aplicación de los derechos fundamentales (de los principios en general) no es la subsunción, sino la ponderación.

Contra ello cabría replicar que todo se podría resolver incorporando al antecedente de la norma *NI*, el conjunto de excepciones pertinente y reformular así: “Para todo *x*, si *x* tiene derecho a la intimidad y no hay un derecho constitucional más importante en conflicto, entonces es obligatorio que le indemnice quien lo viole”. Con ello, el conjunto de excepciones a la norma habría dejado de ser preciso porque dependería de circunstancias que no podemos conocer todavía. Lo que es relevante hoy no lo será mañana y por tanto, no podemos resolver igual los casos de hoy de los de mañana.

En el caso de nuestra ventana es necesario tener en cuenta otras consideraciones aparte del tenor del artículo 582 C.C., para resolver el caso. Parece natural que ante tal situación el aplicador pudiera al menos invocar una norma constitucional, más propiamente un principio constitucional, como el artículo 47 de nuestra Constitución que dice así:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo

⁴⁴ A su vez, esta división de su legitimidad supone la escisión severa de dos juegos de lenguaje, de dos esferas consideradas incompatibles entre sí porque están regidas por principios divergentes: el mundo de la política, sometido a la ideología, la retórica y los sentimientos, frente al mundo del Derecho, regido por la objetividad, la neutralidad y la racionalidad.

con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

Es más. La posibilidad de la exhaustiva enumeración *ex ante* del conjunto de excepciones de una norma es el presupuesto necesario del concepto de regla. Así, podríamos aspirar a reconstruir:

“No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, salvo cuando ello conculque el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada....”.

CUESTIONES:

¿Qué puedo hacer? Si acudiera a los Tribunales, ¿Cree que la sentencia me sería favorable y podré abrir, finalmente, la ventana? ¿Por qué?

CASO PRÁCTICO 2

LOS GRANDES FABRICANTES DE ARMAS Y LA RESPONSABILIDAD⁴⁵

Durante 2002, John Muhammad y John Lee Malvo dispararon y mataron a 13 personas en Alabama, Georgia, Louisiana, Maryland, Virginia y Washington, D.C. Usaron rifles de asalto fabricados por Bushmaster Firearms, Inc. Los dos homicidas compraron el rifle en Bull's Eye Shooter Suply, una tienda de armas en Tacoma, Washington, aun cuando la ley federal prohibía a la tienda vender armas tanto a Muhammad, que tenía un registro de violencia doméstica, como a Malvo, que era menor de edad.

Las víctimas sobrevivientes han alegado que si bien ambos fueron directamente responsables de las muertes, tanto Bushmaster Firearms, Inc. Como Bull's Eye Shooter Suply (y sus propietarios) también “debían considerarse responsables”. Las auditorías realizadas por el Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms mostraron que Bull's Eye Shooter Suply tenía armas (238 en un periodo de tres años) o documentos perdidos – incluyendo sus registros de la venta a John Muhammad y John Lee Malvo- y aún así, Bushmaster Firearms continuó vendiéndole armas.

Los sobrevivientes alegaron que Bushmaster Firearms tenía la obligación de no crear un riesgo poco razonable de daños previsto con la distribución de sus armas. Ellos argumentan que la compañía falló en la investigación adecuada o en la revisión del registro del manejo de armas de este distribuidor, que falló en supervisar adecuadamente la venta de armas del distribuidor y que falló al no proporcionar capacitación o incentivos para que el distribuidor cumpliera con las leyes de armas.

Si Bull's Eye y Bushmaster Firearms hubieran actuado como tenían la obligación de hacerlo, hubieran podido prevenir que Muhammad y Lee Malvo obtuvieran el rifle de asalto que necesitaban para matar a sus víctimas, ya que la ley federal había vedado a ambos la compra de armas. Bull's Eye y Bushmaster Firearms ayudaron a provocar las muertes –asegura la esposa de una víctima-, y por ello “comparten la responsabilidad de la muerte de mi esposo y de muchos otros”.

CUESTIONES:

- 1. ¿Son jurídicamente responsables Bull's Eye y Bushmaster Firearms por las muertes de las víctimas de Washington, D.C? ¿Y moralmente? ¿Por qué sí o por qué no?**
- 2.¿En alguna ocasión son responsables los fabricantes o distribuidores de armas por las muertes ocasionadas por el uso de las mismas? Explique.**
- 3. Los fabricantes, ¿son alguna vez moralmente responsables por las muertes causadas debido al uso de sus productos? ¿Por qué sí o por qué no?**

⁴⁵ Texto extraído de COHEN, Martín, *101 dilemas éticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2005.

APÉNDICE

UN MODELO DE INTERVENCIÓN PARA LA GESTIÓN POSITIVA DE LOS CONFLICTOS EN LA EMPRESA FAMILIAR

CUESTIONES A TRATAR

I- AUTOCOMPOSICIÓN Y HETEROCOMPOSICIÓN

II-PANORÁMICA LEGISLATIVA SOBRE MEDIACIÓN EN ESPAÑA

III-LEYES DE MEDIACIÓN FAMILIAR QUE CONTEMPLAN LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA MEDIACIÓN A LA EMPRESA FAMILIAR

IV-EMPRESA FAMILIAR Y CONFLICTOS

I- FORMAS DE GESTIONAR LOS CONFLICTOS: AUTO/HETEROCOMPOSICIÓN

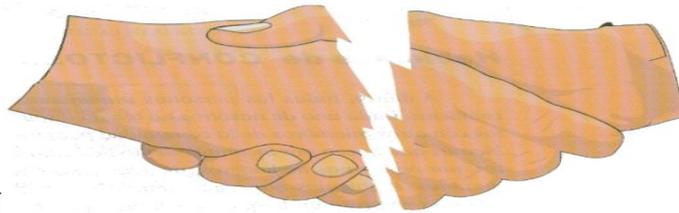
- 1) Las vías AUTOCOMPOSITIVAS: son las propias partes, auxiliadas, ayudadas o motivadas o no por un tercero, las que protagonizan el acuerdo. No se someten a un tercero para que éste resuelva sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto,
- 2) Las vías HETEROCOMPOSITIVAS: sistemas de solución de conflictos, sean de carácter público (jurisdicción) o sean de carácter privado (arbitraje), en los que un tercero da la solución a las partes, las cuales se limitan a realizar las alegaciones que consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones.

1) LA AUTOCOMPOSICIÓN

- La solución nace de la intervención negociadora de las partes en conflicto, orientadas por la intervención de una persona imparcial y profesional hacia la consecución de soluciones satisfactorias para ambas,
- dentro de un marco de neutralidad, confidencialidad y voluntariedad.

- La solución no es impuesta
- y pretende obtener un mayor nivel de cumplimiento al ser asumida voluntariamente por ambas partes dentro de la filosofía del “yo gano, tu ganas”.

TÉCNICAS DE ADR



NEGOCIACIÓN

CONCILIACIÓN

MEDIACIÓN

MÉTODOS ADVERSARIALES Y NO ADVERSARIALES

RESOLUCIÓN DE DISPUTAS
OPCIONES

No adversariales

- 1) Mediación
- 2) Negociación
- 3) Conciliación

Adversariales

- 4) Arbitraje
- 5) Juicio

Métodos de resolución	Intervienen	Deciden
1) Mediación	Mediador - Partes - Abogados	Partes
2) Negociación	Partes - Abogados	Partes
3) Conciliación	Juez - Partes - Abogados	Juez
4) Arbitraje	Arbitro - Partes	Arbitro
5) Juicio	Juez - Partes - Abogados	Juez

Que los ciudadanos acudan NORMALMENTE a los TRIBUNALES puede OBEDECER a los MOTIVOS

- a) Ausencia de cultura de la transacción: los conflictos pretenden dirimirse por vía heterocompositiva y no por vía autocompositiva
- a) Tendencia a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por los poderes públicos
- a) Complejidad cada vez mayor de la vida social, especialmente en el ámbito mercantil
- a) Exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos
- a) Creciente protagonismo social, político, jurídico y económico del Poder Judicial
- a) Excesivo protagonismo del Estado y ausencia de regulación jurídica que invite a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de conflictos
- a) Utilización del proceso como forma de ‘venganza social’

EL MEDIADOR

- No actúa como juez, ya que no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de conflicto y a investigar las posibles vías de solución, subrayando las consecuencias de no llegar a un acuerdo.
- Facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses.
- La relación entre las partes es planteada en términos de cooperación, con una proyección en el futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio judicial -en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde-.
- En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se llega a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse “perdedor” al tener que cumplir lo decidido por el juez
- Técnica jurídica de resolución no “adversarial” de disputas.

SU OBJETIVO NO ES SÓLO LLEGAR A UN ACUERDO

- Facilitar que se establezca una nueva relación entre las partes en conflicto. El objetivo será pues el de cambiar el marco de relación entre las partes implicadas.
- Aumentar el respeto y la confianza entre éstas, fomentando por una parte que el respeto sea mutuo entre las partes en conflicto y por otra la seguridad, la fiabilidad y la fe en las personas con las que negociamos.
- Corregir percepciones e informaciones falsas que se puedan tener respecto al conflicto y/o entre los implicados en éste. Se trataría de aclarar y subsanar las ambigüedades que hayan podido surgir durante el conflicto.
- Crear un marco que facilite la comunicación entre las partes y la transformación del conflicto. Preparar un entorno comunicativo y de interacción adecuado para que la negociación llegue a buen término.

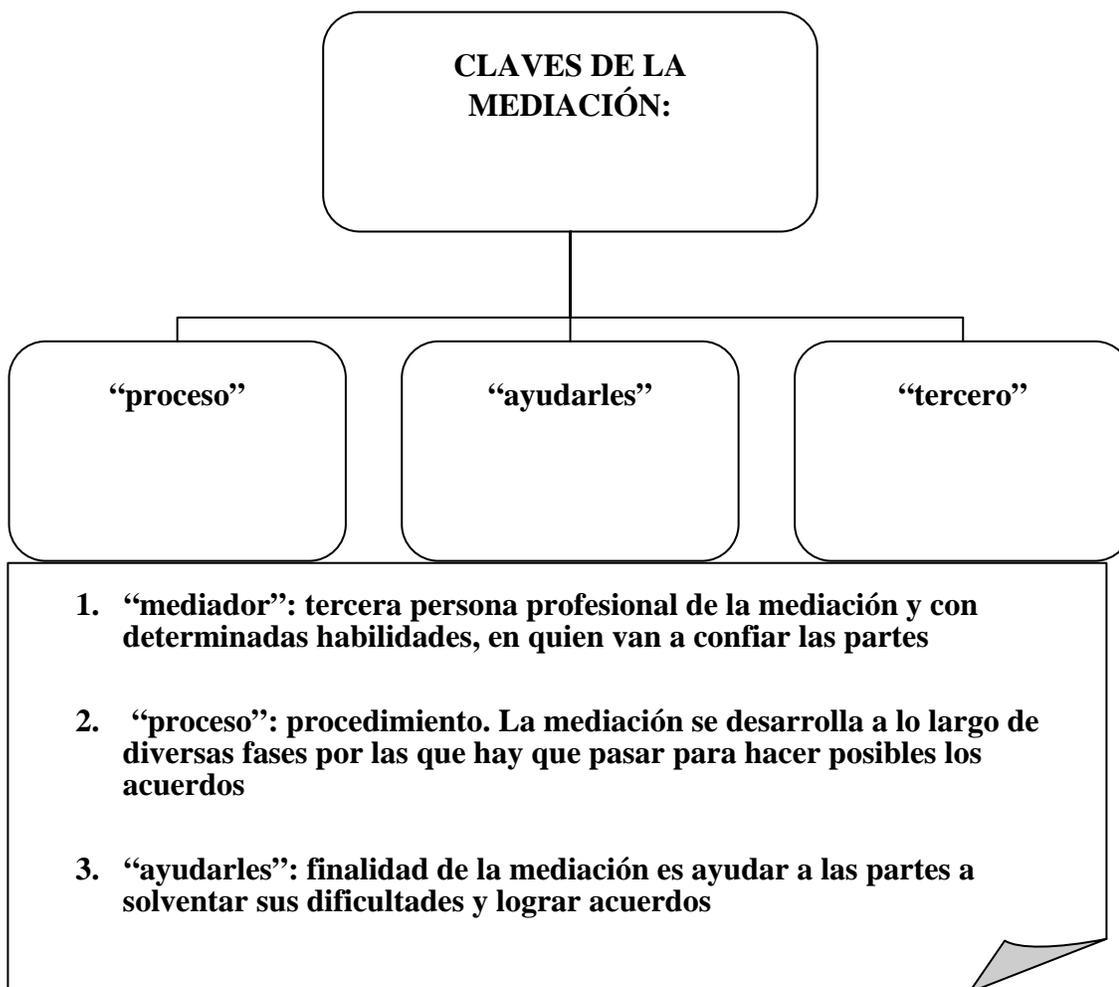
MEDIACIÓN	ARBITRAJE	JUICIO
Voluntaria	Voluntario	No voluntario
Se elige al mediador	Se elige al arbitro	No se elige al juez
Privada	Privado	Público
Cooperativa	Adversarial	Adversarial
Conocimientos del mediador	Conocimientos del arbitro	El juez no siempre es experto en el tema
Reuniones programadas por las partes	Reuniones programadas por las partes	Reuniones fijadas por el Juzgado
Informal	Semi formal	Formal
Acuerdo mutuo	Final y obligatorio	Apelable
Sin ganadores ni perdedores Sin culpables	Ganadores y perdedores	Ganadores y perdedores
80% de éxito		

CLAVES DE LA MEDIACIÓN

1)“proceso”: procedimiento. La mediación se desarrolla a lo largo de diversas fases por las que hay que pasar para hacer posible los acuerdos.

2)“ayudarles”: SU finalidad es ayudar a las partes a solventar sus dificultades y lograr acuerdos

3)“mediador”: tercera persona profesional de la mediación y con determinadas habilidades, en quien van a confiar las partes



II- COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESPAÑA CON LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR:

- ❑ La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña; y su Reglamento, el Decreto 139/2002, de 14 de mayo— NUEVA Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en ámbito de D. Privado.
- ❑ La Ley 4/2001 de 31 de mayo, de Normas reguladoras sobre Mediación Familiar en Galicia; y su Reglamento, el Decreto 159/2003, de 31 de enero.
- ❑ La Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Normas reguladoras de la Mediación Familiar en la Comunidad Valenciana; y su Reglamento, el Decreto 41/2007, de 13 de abril.
- ❑ La Ley 15/2003, de 8 de abril de Canarias, completada mediante Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar.
- ❑ Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla La-Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado en Mediación Familiar.
- ❑ Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; Reglamento 50/2007, de 17 de mayo; Orden FAM/1495/2007, de 14 de septiembre, desarrollando la Mediación Familiar gratuita.
- ❑ Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.
- ❑ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- ❑ Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.
- ❑ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco.
- ❑ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación familiar en la Comunidad de Andalucía.

NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MEDIACIÓN

1)- En Cataluña, PROMULGACIÓN de una Ley de “segunda generación” de Mediación:

- *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de Derecho Privado en Cataluña.*
- Conveniencia de extender la mediación a otros conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y de las organizaciones.
- Esta Ley viene a colmar las aspiraciones que, con ocasión de la redacción de nuestra Ley de Mediación Familiar para Castilla y León, se plantearon desde algunos sectores: que su ámbito de aplicación pudiera exceder de los conflictos propiamente del ámbito familiar.
- La mediación comunitaria, social o ciudadana son ejemplos evidentes de los conflictos derivados de compartir un espacio común, así como las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa.

2) EL ANTEPROYECTO ESTATAL DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA:

- a) La trasposición, en España, de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* (el plazo máximo con el que se cuenta es hasta el día 21 de mayo de 2011).
- b) Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de ámbito nacional, elevada al Consejo de ministros el 19 de febrero de 2010.

OBJECIONES:

- 1) Estatuto del mediador
- 2) Formación del mediador
- 3) Eficacia jurídica del acuerdo

III- LEYES QUE CONTEMPLAN LA POSIBILIDAD DE LA MEDIACIÓN ENTRE PARIENTES EN LA EMPRESA FAMILIAR

- LEY DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
- LEY DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN
- LEY 7/2001, DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

- Regulación muy acertada ya que la mediación es un instrumento muy eficaz para la gestión positiva de cualquier conflicto y en especial los que se desarrollan en el seno de la familia y de la empresa familiar.
- el art. 3a): la mediación se utilizará “en la solución de aquellos conflictos contemplados en el art. 13 de esta ley” .
- el art. 13 en su apartado 1.a).6 indica que: “podrán solicitar la mediación familiar que regula esta ley personas unidas con vínculo conyugal, o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad...en los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar”.

LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE CASTILLA Y LEÓN

Ley 1/2006, de 6 de abril de Mediación Familiar de Castilla y León

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS (I, II y III)
- TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES
- TÍTULO II DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES
- TÍTULO III MEDIADORES FAMILIARES Y EQUIPOS DE PERSONAS MEDIADORAS
- TÍTULO IV GRATUIDAD DE LA MEDIACIÓN
- TÍTULO V PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR
- TÍTULO VI DEL REGISTRO DE MEDIADORES FAMILIARES
- TÍTULO VII RÉGIMEN SANCIONADOR
 - -Capítulo I Infracciones
 - -Capítulo II Sanciones
 - -Capítulo III Procedimiento sancionador
- DISPOSICIONES ADICIONALES (cuatro)
- DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA
- DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA
- DISPOSICIONES FINALES

- LEY 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.
- REGLAMENTO de desarrollo de esta Ley: Decreto 50/2007, de 17 de mayo.
- ORDEN FAM/1495/2007, de 14 de septiembre, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar respecto a la Mediación Familiar Gratuita.

Las situaciones en las que CABE LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR SON CUATRO:

- a) Personas unidas por vínculo matrimonial.
- a) Personas que forman una unión de hecho.
- a) Personas con hijos no incluidas en los apartados anteriores, para promover que encuentren soluciones satisfactorias a los conflictos familiares que surjan respecto a sus hijos.
- a) Otros conflictos familiares surgidos entre las personas incluidas en los apartados anteriores o entre cualesquiera otras personas con capacidad de obrar que tengan entre sí cualquier relación de parentesco, en los que el procedimiento de mediación sirva para prevenir, simplificar o poner fin a un litigio judicial.

IV- EMPRESA FAMILIAR Y CONFLICTOS



LOS CONFLICTOS SURGIDOS EN EL SENO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

- La empresa familiar juega un importante papel en el conjunto de la economía española.
- Sólo un 10-15% de las empresas familiares llegan a la tercera generación
- ¿Cuáles son las causas que llevan a que este tipo de empresas, que generan empleo y riqueza, no perduren en el tiempo y dejen de tener continuidad?

EVOLUCIÓN EN EL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO DEPENDE DE DIVERSOS FACTORES:

- La propia naturaleza de la relación existente entre los sujetos implicados en el conflicto
- Los sentimientos y percepciones subjetivos de éstos
- La búsqueda de ayuda de terceros que conozcan las técnicas negociadoras y de colaboración en la gestión de conflictos
- La propia voluntad que se tenga de continuar con las relaciones existentes
- No mantener firmemente la voluntad de venganza y destrucción del contrario

VARIABLES CONFLICTUALES EN EL SECTOR EMPRESARIAL



I. CONFLICTOS INTERNOS DE NATURALEZA EMPRESARIAL (CONFLICTOS PROVOCADOS *AD INTRA*):

- Pueden suscitarse del empresario con los trabajadores
- Pueden plantearse entre los trabajadores entre sí
- Como consecuencia de las acciones desplegadas entre los integrantes de los órganos de administración de la empresa
- Los que se producen en las relaciones entre empresas filiales o entre éstas con la empresa matriz

II. CONFLICTOS EXTERNOS DE NATURALEZA EMPRESARIAL

a)- Consecuencia de las relaciones existentes entre la empresa con determinadas entidades, públicas o privadas, ajenas a la misma

b)- Desavenencias de la empresa con la Administración pública en relación a obligaciones recíprocas

- con la Hacienda pública

- con la Administración, sea local, autonómica o estatal

c)-Situaciones en las que pueda encontrarse la empresa como consecuencia de la comisión de hechos delictivos

d)- Conflictos consecuencia de desavenencias con terceros (suministradores, proveedores, compradores, etc.).

A Estos conflictos se pueden sumar los que derivan fundamentalmente de la SUPERPOSICIÓN DE DOS SISTEMAS que, teniendo diferentes estilos, tienen sin embargo que actuar conjuntamente

- el sistema FAMILIA, por un lado,
- y el sistema EMPRESA, por otro

Se produce una situación compleja derivada de la existencia de tres sistemas interrelacionados:

- la propiedad
- la gestión
- la familia: una misma persona es familia, propietario y gestor

DOS TIPOS DE JUSTICIA que priman respectivamente en cada uno de estos sistemas



a) En la EMPRESA se da una justicia contributiva: se da más a quien más aporta, más poder al más capaz, más remuneración al que más valor genera. Hay un sistema de contraprestación

Sin embargo

b) En la FAMILIA existe una justicia retributiva: todos los miembros son iguales por el hecho de haber nacido en el seno de la misma

Sistemas de gobierno y de poder

- ❑ En la FAMILIA: el gobierno y el poder reside en los padres

- ❑ En la EMPRESA: se dota de más poder al más capaz.

Las principales FUENTES DE CONFLICTOS:

- ❑ El reparto de dividendos: en la empresa familiar normalmente se da prioridad a la reinversión de beneficios frente a la bonificación de la propiedad por el temor al endeudamiento. Esto genera conflicto entre los accionistas activos (que ocupan altos cargos)
- ❑ Las relaciones internas: que van desde las relaciones con los parientes políticos hasta las diferencias entre los empleados familiares y no familiares. O el papel de la mujer en la empresa familiar.
- ❑ Situaciones de nepotismo: hay que tratar de evitarlas. El ofrecer puestos de trabajo a miembros de la familia propietaria, por una simple cuestión de parentesco, sin tener en cuenta la capacitación o formación para el puesto.
- ❑ Sueldos y remuneraciones: otorgar sueldos por encima del valor de mercado a los empleados familiares u otorgarles la capacidad de disfrutar de los llamados “dividendos encubiertos” (dietas, coche, vivienda...)
- ❑ Fuga de accionistas: cuando uno de los miembros de la familia quiere abandonar el negocio y decide vender sus acciones. ¿Cómo evitar que esa ruptura familiar afecte a la empresa?
- ❑ Sucesión o relevo generacional: Fundador, jubilación, primera sucesión, hermanos accionistas, tercera generación, consorcio de primos, relevo generacional: quién y cuándo

SOLUCIONES:

- 1) El PROTOCOLO: sucesión del líder en cada generación, el papel de la familia en la empresa y de la empresa en la familia, el reparto accionario, el reparto de responsabilidades, el diseño de estilo de dirección, etc.,
- 1) La MEDIACIÓN FAMILIAR: prevención y resolución de conflictos es una de las claves para la continuidad de la empresa en manos de la familia a lo largo de sucesivas generaciones.



LA FINALIDAD DE LA MEDIACIÓN

- ✓ EVITAR la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso
- ✓ PONER FIN A LOS YA INICIADOS O REDUCIR SU ALCANCE, pudiendo tener lugar:
 - ✓ con carácter previo al proceso judicial,
 - ✓ en el curso del mismo
 - ✓ o una vez concluido éste

A MODO DE CONCLUSIÓN

- ✓ OBJETIVO: evitar la confrontación externa y evitar acudir a los tribunales
- ✓ consiguiente perjuicio económico para la Empresa Familiar
- El consenso es el mecanismo que prevalece:
 - el mutuo acuerdo,
 - la elaboración por lotes
 - la compensación
 - la adjudicación de negocios diferentes a cada familiar en conflicto y
 - la compraventa entre unos y otros.
- A los consultores externos les utilizan para obtener información y asesoramiento técnico de las soluciones ya negociadas en el seno familiar
- sólo consultan a los externos la viabilidad legal de la misma o sus consecuencias fiscales, laborales o jurídicas
-

RETOS FUTUROS

- 1) Continuar con las estrategias de difusión de la mediación, tarea aún por desarrollar más ampliamente. Gran parte de la ciudadanía, de los potenciales usuarios, continúa sin saber qué es la mediación.
- 2) Fomentar la colaboración entre la Administración de Justicia, los Juzgados, y los mediadores. Búsqueda de fórmulas para desarrollar, de forma ágil y eficaz, esa colaboración. *Vid.* Servicios Públicos de mediación de Cataluña y del País Vasco.
- 2) Impulsar la mediación en el seno de la Empresa Familiar, como un procedimiento para evitar o mitigar el doble tipo de conflictos (familiares y empresariales) que puedan surgir.



TEMA 9

EL NEO-POSITIVISMO

TEMA 9 - EL NEO-POSITIVISMO

PREFACIO

A. CORRIENTES

I---EL IUSNATURALISMO

II---EL POSITIVISMO JURÍDICO // NEO-POSITIVISMO se debate entre dos posturas:

- 1)-El *Positivismos débil inclusivo o incluyente*
- 2)-El *positivismo exclusivo* (Joseph Raz)

III--- EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO

IV- EL NEO-CONSTITUCIONALISMO

---Relaciones entre IUSNATURALISMO y POSITIVISMO

B. PRINCIPIOS, NORMAS Y VALORES

- 1. Normativista**
- 2. Valorativa**
- 3. Principialista**

I. PREFACIO

A. CORRIENTES

Los que en otra época eran tildados de iusnaturalistas, hoy se identifican como “principalistas”, “neoconstitucionalistas”, “postpositivistas” o “no positivistas”. A todos les une la defensa de la tesis de la conexión identificativa entre Derecho y moral, para lo cual recurren sistemáticamente a la figura de los principios y valores morales incorporados en las modernas Constituciones⁴⁶.

I---EL IUSNATURALISMO

La tesis fundamental de las teorías del derecho natural en su estado más puro consiste en que cierto tipo de bondad, la corrección moral, es una propiedad necesaria del concepto de Derecho.

- 1) *Clásico* (Antígona)
- 2) *Cristiano-Medieval* (S. Agustín, St. Tomás).
- 3) *Racionalista* (J. Locke, I. Kant)

II---EL POSITIVISMO JURÍDICO // NEO-POSITIVISMO se debate entre dos posturas básicas:

1)-El *Positivismo débil inclusivo o incluyente* (también conocido como incorporacionismo): afirma que es posible que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico presente un carácter sustantivo, moral. el Derecho contemporáneo, con sus declaraciones de principios y valores morales contenidas en textos constitucionales, sólo puede explicarse adecuadamente admitiendo que en esos casos

⁴⁶ En el famoso *Postscript* a la segunda edición de *The Concept of Law* (hay edición castellana en Rodríguez, C., *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp.89-141), el propio Hart utilizó la expresión de *soft positivism* para referirse a esta posibilidad teórica: la existencia y el contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (por ejemplo, legislación, resoluciones judiciales, costumbre social). (Cfr. Escudero Alday, Rafael, “Estudio preliminar. Guía para realistas analíticos: la teoría del derecho de Paolo Comanducci”, en Comanducci, Paolo, *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos*. Estudio preliminar, de R. Escudero Alday. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p.XII).

el Derecho recurre a la moralidad, es decir, que la moral puede determinar la existencia y el contenido del Derecho.

L.A. Hart se opuso no sólo a las doctrinas del derecho natural, sino también al imperativismo de J. Austin, al trascendentalismo de H. Kelsen y al empirismo de Alf Ross, al desvelarnos la importancia del “punto de vista interno” a la hora de estudiar el derecho. Con su distinción entre “verse obligado” a hacer algo y “tener la obligación” de hacerlo, Hart separa la filosofía jurídica de “ayer” de la de “hoy”.

2)-*El positivismo exclusivo* (Joseph Raz): los llamados positivistas excluyentes mantienen que en ningún caso es condición de la validez jurídica de una norma su adecuación a la moralidad.

III--- EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO

Según las corrientes anti-positivistas, los diversos sistemas jurídicos no sólo comparten rasgos formales, sino también ciertos rasgos sustantivos, singularmente, cierta adecuación a la moral racional. Con ello, el antipositivismo pretende ir más allá de un planteamiento positivista. Intenta dar respuesta a la intuición de que el Derecho parece responder a alguna dimensión moral

R. Dworkin se ha presentado como un claro no positivista (quizá en anti-positivista por antonomasia de las últimas décadas), sin asumir el aspecto de un iusnaturalista clásico.

Nos encontramos con un no-positivista que no es iusnaturalista.

IV---De ahí que el **NEO-CONSTITUCIONALISMO** bien podría ser un instrumento de superación del paradigma tradicional Iusnaturalismo/Positivismo (Luis Prieto)

Existen algunos indicios de que considerar el neoconstitucionalismo como una revancha de “Grecia contra Roma” podría reflejar el clima espiritual en que viven los juristas. Y ello si identificamos a Roma con la patria de los juristas y del Derecho; y a Grecia con la patria de los filósofos, de la virtud bajo un contexto indiferenciado de leyes naturales, religiosas, políticas, jurídicas y morales.

Los representantes del Neoconstitucionalismo han tomado el Derecho de los Estados constitucionales (el Derecho constitucionalizado) como el modelo central de su reconstrucción teórica.

El Neoconstitucionalismo consume dos giros sucesivos: 1) un giro neorrealista, que sitúa en la dinámica *aplicación* del Derecho el momento decisivo de análisis para la teoría del Derecho; 2) un giro iusnaturalista, que sitúa en la justificación de las decisiones judiciales la cuestión *decisiva* para la teoría del Derecho.

---Relaciones entre IUSNATURALISMO y POSITIVISMO

Son relaciones semejantes a las que guardan los jugadores de ajedrez entre sí. En efecto, los ajedrecistas son adversarios, pero al mismo tiempo comparten cosas importantes. Comparten su sometimiento a ciertas reglas que son las que hacen de ellos, constitutivamente, jugadores de ajedrez. El jugador de ajedrez juega *contra* alguien, pero ante todo juega *con* alguien. Podemos apoyarnos en estas imágenes para subrayar que el Iusnaturalismo y el Positivismo son *contricantes*, pero también *comparten* aspectos profundos que determinan el estatus de la disciplina conocida como Filosofía del Derecho. El Positivismo juega *contra* el Iusnaturalismo, pero sobre todo, juega *con* el Iusnaturalismo.

Esta profunda interrelación entre corrientes se puede poner de manifiesto, con mayor claridad, en los derechos fundamentales de la Constitución de 1978, que presentan tres características que a veces han sido consideradas de algún modo incompatibles entre sí: los derechos fundamentales son derechos positivos, son derechos naturales y se concretan jurisprudencialmente:

- 1) *Los derechos fundamentales son derechos positivos, plenamente aprehensibles por el Positivismo.* Vg. Gustavo Zagrebelsky (un autor no precisamente positivista) nos recuerda que, a pesar de la filiación iusnaturalista de estos derechos:

“La Constitución no es derecho natural sino, antes bien, la manifestación más alta de derecho positivo”.
- 2) *Los derechos fundamentales son derechos naturales o derechos morales, plenamente aprehensibles por el iusnaturalismo tradicional.* G. Peces Barba, carente de inclinaciones iusnaturalistas, escribe:

“Todo Derecho es un punto de vista sobre la Justicia (...) pero en ningún campo está tan presente, tan inmediato ese mundo de la ética, de los valores; ese mundo del hombre y de sus necesidades, referencia ineludible de todo Derecho que pretenda ser justo, como en este campo de los derechos fundamentales”.
- 3) *Finalmente, los derechos fundamentales se concretan”jurisprudencialmente”, son plenamente aprehensibles por el Realismo jurídico.* En este sentido, nos dice un autor nada sospechoso de realismo jurídico como Robert Alexy:

“Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (alemán) que hasta la fecha ha registrado su actividad desde 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”.

B. PRINCIPIOS, NORMAS Y VALORES

El estudio del derecho puede llevarse a cabo desde diversas perspectivas: normativista, valorativa y principialista:

1) **NORMATIVISTA**: Entiende que la experiencia jurídica es una experiencia normativa. Se parte de la idea de que nos movemos en un mundo normativizado. Todas nuestras actividades están reguladas por reglas de conducta. Todos nosotros pertenecemos a diversos grupos dentro de la sociedad y cada uno de ellos se rige por un conjunto de normas, desde comprar pan hasta viajar en taxi, desde la mañana a la noche nuestra vida se organiza por normas. Este concepto también puede ser visto desde un punto de vista formalista, entendiendo la norma jurídica como aquella regla de conducta que cumple unos requisitos determinados (estructurada de una determinada manera y dictada por el órgano competente, promulgada, sancionada y publicada).

2) **VALORATIVA**: También a diario tenemos una experiencia valorativa, hacemos valoraciones de hechos, conductas, etc. calificándolos como malos-buenos, bonitos-feos, justos-injustos. De ahí que los valores también estén presentes en nuestra vida cotidiana. Incluso la norma jurídica los recoge y se remite a ellos.

3) **PRINCIPIALISTA**: De igual modo, tanto desde el campo de la Moral como desde el del Derecho estamos aludiendo con frecuencia a los principios. Hablamos de los principios jurídicos y nos referimos a ellos en el articulado de una ley o dentro de una norma. Podemos decir que nuestra experiencia es también principialista.

Como apunta Paolo Comaducci⁴⁷, aunque presentes en las viejas Constituciones y también en textos normativos de rango legal, resulta innegable que en los últimos tiempos se asiste a una sobreabundancia en los propios textos constitucionales de disposiciones que expresan principios. Principios cuyo contenido se pretende que, dada la eficacia directa de la Constitución, irradie al resto del sistema jurídico. Como es sabido, la aparición estelar de los principios y su relación con las reglas ha dado lugar a uno de los debates centrales en la Filosofía del Derecho de los últimos años. “Se trata de una nueva reedición de la eterna polémica entre iusnaturalistas y positivistas, aunque los primeros adopten ahora etiquetas diferentes como las de “no positivistas”, “principialistas” o “constitucionalistas”, entre otras”.

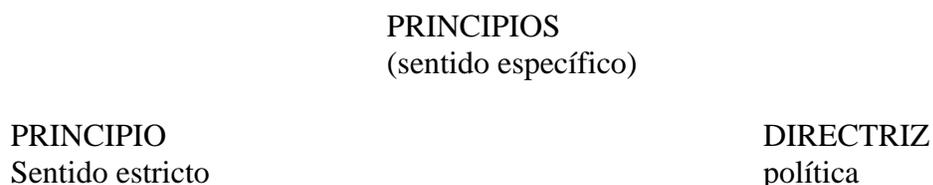
⁴⁷ Escudero Alday, Rafael, “Estudio preliminar. Guía para realistas analíticos: la teoría del derecho de Paolo Comanducci”, en Comanducci, Paolo, *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos*. Estudio preliminar, de R. Escudero Alday. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p.XVIII.

El hecho de que en una misma Constitución puedan coexistir principios jurídicos en alguna manera contrarios o contradictorios entre sí, lo que hace que en algún caso pueda prevalecer uno y en otro su contrario, sumado a que frecuentemente las disposiciones de principio se enuncian en un lenguaje vago, abierto e indeterminado, hace que sea necesario recurrir a criterios distintos a los “clásicos” criterios de resolución de antinomias. R. Escudero deduce de ahí la fortuna que en los últimos tiempos han cobrado conceptos como los de *distinguishing*, *balancing* o ponderación: técnicas que permiten salvar la contradicción entre principios para el caso concreto, inaplicando uno de ellos pero sin necesidad de expulsarle del sistema jurídico. Ni siquiera el formalista más extremo aceptaría considerar principio a todo –y sólo- lo que el constituyente o legislador entiendan como tal. Entonces, la identificación de un enunciado normativo como un principio –o como una regla- es una labor dependiente de la interpretación que de este enunciado haga el sujeto en cuestión. Como explica R. Escudero, los que hace Comanducci en este punto es aplicar una premisa básica de la escuela genovesa: la diferencia entre disposición y norma.

Al hablar de los principios, hay que hacer obligada referencia a la obra de Dworkin, quien propone la distinción entre normas y principios dentro de su crítica al positivismo de Hart. Para Dworkin el Derecho está compuesto de estándares o reglas. Uno de esos estándares son los principios, que pueden ser entendidos de diversa manera: en un sentido específico o en un sentido genérico:

- *Principio en sentido genérico* es todo estándar que no sea una norma. Por tanto, toda regla que no constituya una norma en sentido estricto entra dentro de la definición de principio.
- *Principio en sentido específico*: distingue entre principio y directriz política:
 - El *principio* propiamente dicho es una exigencia de la justicia o alguna otra dimensión de la moralidad (Vg. Nadie puede beneficiarse de una injusticia).
 - La *directriz* propone un objetivo a alcanzar, como puede ser: lograr mejoras económicas, políticas, sociales, etc. (Vg. Se deben disminuir los accidentes de tráfico).

Esta distinción queda recogida en el siguiente gráfico:



NEO-POSITIVISMO

II. HANS KELSEN



1. BIOGRAFÍA

2. ¿QUÉ ES UNA NORMA?

Algo debe ser o suceder

- que no sea meramente subjetiva
- diferenciar validez y eficacia

3. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

- Evolución
- Diferencia entre derecho y moral
- Definición

4. ¿DE DÓNDE PROCEDE EL “DEBER SER”?

Norma “ficticia” que presupone un acto “ficticio” de voluntad

5. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

- carácter esencialmente dinámico
- concepción escalonada de las normas

1. BIOGRAFÍA

Hans Kelsen nació en Praga en 1881. Fue profesor de la Universidad de Viena desde 1917 a 1930, dando origen a la llamada “Escuela de Viena”. A Esta Escuela pertenecen juristas tan destacados como Félix Kaufmann, Adolf Merkl y Alfred Verdross. De 1930 a 1933 Kelsen enseñó en la Universidad de Colonia, de donde se trasladó a Ginebra, y de ahí, en 1940, a Estados Unidos, donde ha enseñado en la Universidad de Harvard y en la de Berkeley (California). Falleció en abril de 1973.

Las obras de Kelsen son muy numerosas. Cabe destacar la *Teoría General del Estado* (1925) (citaremos por las traducciones en español, Barcelona, 1934) y la *Reine Rechtslehre*. Esta última obra tiene cuatro ediciones que difieren entre sí considerablemente y que, por consiguiente, pueden considerarse cuatro versiones distintas de la misma teoría:

- 1º) Edición alemana de 1934;
- 2ª) Edición inglesa, editada por la Universidad de Harvard en 1945, titulada *Teoría General del Derecho y del Estado*;
- 3ª) Edición francesa, con el título *Teoría pura del Derecho* –Buenos Aires, 1960.
- 4ª) Edición, que corresponde a la segunda edición alemana, con traducción al castellano de R.J. Vernengo, México, UNAM, 1979.

En nuestra exposición nos basaremos en esta última edición.

La primera guerra mundial, la revolución rusa, el fascismo y el nacionalsocialismo, reafirman en Kelsen la idea de la imperiosa necesidad de una ciencia jurídica pura, alejada tanto del dogmatismo (que estaría representado por el iusnaturalismo) como por el falso cientifismo (que estaría representado por el marxismo).

La denominación de teoría pura del Derecho podría alternarse con la de teoría del Derecho puro, puesto que esa pureza se refiere también al objeto, que es el Derecho que “es” y no el que podría o debería ser. Kelsen da tanta importancia al concepto “puro” del derecho como a la propia “pureza” del método: se quiere ante todo ver al Derecho tal como lo tiene que ver el jurista, tal como resulta de contemplarlo en la perspectiva propia de la ciencia jurídica. No es que se ignore que ese objeto no puede existir puro o aislado en la realidad, pero se sostiene que en la realidad podría aislarse un aspecto, que sería el puramente jurídico.

Escribe Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*:

“La teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo. Es una teoría

general del Derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional (...) Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. Sin embargo, basta echar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología (...) El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica”.

2. ¿QUÉ ES UNA NORMA?

Una norma quiere decir que “algo debe ser o suceder”; en especial, que un hombre debe comportarse de una determinada manera.

Ese “deber ser” que da lugar a una norma:

- a) Es preciso que no sea meramente subjetivo, es decir, expresión de la voluntad o intención de un sujeto, sino que tiene que ser objetivo, reconocible por un “tercero desinteresado”. Esta objetividad se pone de manifiesto cuando el “deber ser” continúa a pesar de haber cesado el acto de voluntad que le dio origen.
- b) Hay que diferenciar la validez de una norma de su eficacia, pero sin que neguemos que hay una cierta relación entre validez y eficacia.

Una norma que ni se aplique ni se cumpla, nunca ni en ninguna parte, es decir, que no sea eficaz al menos en un cierto grado, no puede considerarse como una norma jurídica válida. Una condición de validez es un mínimo de eficacia. Y, sin embargo, debe darse al mismo tiempo la posibilidad de un comportamiento que no corresponda a la norma. VG. Una norma que prescribiera algo que de antemano se sabe que tiene que suceder necesariamente, en cualquier tiempo y lugar, en virtud de las leyes de la naturaleza, sería tan absurda como otra que prescribiera algo que se supiera de antemano que no puede realizarse en absoluto.

3. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

El Derecho es un orden de la conducta humana. Es decir:

- sólo a ésta, no a la conducta de los animales, tiene sentido referir el Derecho
- esa conducta ha de estar ordenada o regulada. Evolución:
 - . En un principio, era la voluntad del interesado la que se imponía y, si era necesario, por la fuerza.
 - . Poco a poco se fue imponiendo el principio de que se prohíbe cualquier empleo de la fuerza física que no venga autorizado como una reacción por parte de la comunidad jurídica.
 - . Se reserva la comunidad misma el uso de la fuerza, que se encomienda a órganos especialmente encargados de esta misión.

¿Cuál es la diferencia entre moral y Derecho?

- Rechaza el criterio del contenido, ya que los mismos actos a que se refiere la moral pueden ser objeto de regulación jurídica
- Rechaza el criterio de que la moral se refiera a la conducta interna y el Derecho a la externa. Puesto que ni la moral puede desentenderse de los aspectos externos de la conducta ni el Derecho de los internos.
- Criterio de la sanción: la diferencia no puede provenir de la ausencia de sanción o fuerza, sobre todo si ésta se entiende en el sentido psíquico (aprobación o reproche).
- La diferencia radica en la organización social del uso de la fuerza.

El Derecho es “un orden normativo que procura dar lugar a un determinado comportamiento humano asociando a la ausencia de ese comportamiento un acto de fuerza socialmente organizado”.

Es decir, el Derecho:

- Es entendido como orden normativo, como conjunto o sistema de normas.
- Es condición el comportamiento (o ausencia de comportamiento) que da lugar a una sanción.
- Y es consecuencia el comportamiento que consiste en la aplicación de una sanción.

4. ¿DE DÓNDE PROCEDE EL “DEBER SER”?

La gran cuestión que se le plantea a Kelsen es: *¿de dónde procede el deber ser?*

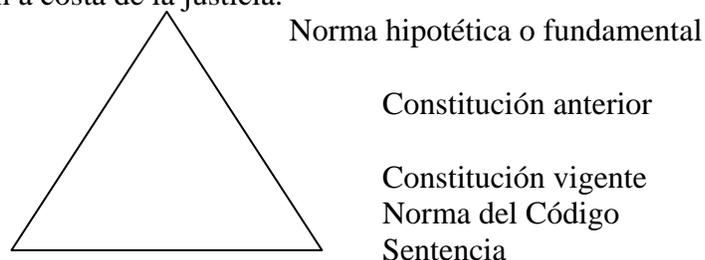
La primera respuesta es obvia: de una norma. Y si de nuevo preguntáramos de dónde deriva la obligatoriedad de esa norma, la respuesta sería de otra norma superior, y así hasta el infinito. Antes de 1960 se había reprochado esto a Kelsen. Ahora, en la segunda edición alemana, ha tratado de evitar esa apariencia de proceso hacia el infinito.

Pero como dice Kelsen: “la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede prolongarse hasta el infinito...tiene que terminar en una norma que se presupone como la última y más elevada”. Esa es la que Kelsen llama la “norma fundamental”.

Y qué significa eso de que “se presupone como la última y más elevada? Supongamos una sentencia judicial, que deriva su fuerza de obligar de las normas generales que autorizan y dan facultad al juez de dictar esa sentencia. Las normas generales, a su vez, tienen esa capacidad en cuanto la reciben de una Constitución a la que se acomodan. La fuerza de esa Constitución también la podríamos derivar de una Constitución anterior. Pero si llegamos a una Constitución que sea punto de arranque, que se considere la primera históricamente, entonces no encontraremos el fundamento de su obligatoriedad más que acudiendo a la “norma fundamental”.

No se trata de una norma real o históricamente existentes, sino de una presuposición lógica, necesaria, imprescindible, si queremos admitir como válida esa primera Constitución. Cualquiera que sea el punto de arranque, el punto de partida para la fundamentación de un orden jurídico, allí tiene que estar la norma fundamental. En este sentido es “hipotética” y es una “presuposición”. Y como Kelsen ha explicado con posterioridad a 1960, esa norma presupone a su vez un acto de voluntad, aunque ficticio: “Es una norma ficticia que presupone un acto ficticio de voluntad”.

En esta postura radica una concepción del derecho que ve como ideal del mismo la garantía de la paz, aun a costa de la justicia.



La validez y juridicidad de cada norma dependen de normas superiores que se fundan a la vez en la Constitución. Como esta sucesión o gradación de normas no puede ser infinita, debe existir una norma fundamental que otorgue validez a la totalidad del sistema normativo.

Esta norma fundamental de Kelsen no es una norma de Derecho positivo, es una norma supuesta, hipotética. Esto da pie a una de las grandes críticas al positivismo: se cae en la contradicción de aceptar una norma hipotética de valor absoluto al mismo tiempo que se rechaza toda idea de justicia como valor también absoluto.

Escribe Kelsen: “Encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos

exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la montaña, o sea, por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados (..) hay, por lo tanto, en la base del conjunto de esos mandatos, una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esa norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido “puesta”, sino solamente supuesta”.

(...) Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esa ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Continúa Kelsen:

“Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente son dos actos semejantes. Pero hay una diferencia: uno es el resultado de lo que ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a tal efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución, más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿Por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. El carácter de dicho acto solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esa suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera

Constitución. Se trata pues de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue “puesta”, sino solamente supuesta.

(...) La validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.”

5. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

La Teoría pura del Derecho funciona muy bien como explicación del proceso de creación y aplicación del Derecho, partiendo de una concepción normativa y positivista.

La clave está en el carácter esencialmente dinámico que se atribuye al ordenamiento jurídico y a la concepción escalonada de las normas.

Kelsen ofrece una clásica distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos:

- Son sistemas normativos estáticos los compuestos por normas que se derivan lógicamente de otras a partir de un conjunto de enunciados básicos, de normas formuladas, y por eso, su contenido es invariable. Son sistemas estáticos aquellos en que la validez de la norma está basada en el criterio de la *deducibilidad*.

- Son sistemas normativos dinámicos los compuestos por normas dictadas por un agente autorizado por al menos una norma de competencia del sistema, y por eso su contenido es variable. Son sistemas dinámicos aquellos en que la validez de las normas está basada en el criterio de la *legalidad*.

Se suele decir que los sistemas morales son sistemas eminentemente estáticos y los sistemas jurídicos son mixtos, en parte estáticos y en parte dinámicos. También se ha afirmado que una consecuencia importante de la constitucionalización del Derecho ha consistido en el reforzamiento de la dimensión estática del Derecho precisamente porque supone incrementar los contenidos morales (estáticos) del Derecho.

El carácter dinámico de un orden o sistema de normas quiere decir que éstas no se fundamentan unas en otras en virtud de una deducción de su contenido, sino en virtud de una delegación de autoridad, por parte de las superiores con respecto a las inferiores, determinando el modo cómo se han de producir, no su contenido. Una norma del ordenamiento “vale”, no porque tenga un determinado contenido, es decir, no porque su contenido pueda derivarse, por medio de un proceso de razonamientos lógicos, del de una norma fundamental, sino porque se ha establecido de una determinada manera.

De ahí que cualquier contenido pueda ser derecho. VG. La ejecución de una pena de muerte puede considerarse como tal, como cumplimiento de una pena impuesta por el Derecho, y no como un asesinato, en cuanto venga impuesta por una norma.

De esta fundamentación del ordenamiento jurídico resulta, por un lado, que cualquier contenido puede ser Derecho y, por otro, como características de ese orden jurídico, tanto su unidad como su estructura escalonada. Ambos aspectos están entre sí relacionados, puesto que la unidad se logra excluyendo la validez de cualquier norma que contradiga a otra de rango superior.

Para Kelsen, no existen las llamadas “lagunas” porque, cuando el ordenamiento jurídico no establece (al menos de manera general) como deber una determinada conducta, es decir, cuando no establece que hay que castigarla, esto quiere decir que para el Derecho esa conducta es lícita o permitida.

EL NEO-POSITIVISMO JURÍDICO

III. L.H. HART Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

1. Biografía

2. Diversidad de reglas jurídicas. Características de la sociedad simple y superación de sus defectos

- Reglas Primarias

- Reglas Secundarias:

- Reglas de Enjuiciamiento o Adjudicación ----
Infectividad, presión social difusa

- Reglas de Cambio -----
Sociedad estática

- Regla de Reconocimiento ----- Falta de certeza,
incertidumbre

3. Diferencia entre reglas jurídicas y morales

1. Importancia de las normas morales
2. Normas morales son inmunes al cambio deliberado
3. Carácter interno/externo
4. Presión jurídica (sanción)

4. La Tesis del Postivismo jurídico según Hart

1. La Tesis de las Fuentes sociales del Derecho: el origen de todo Derecho es siempre un hecho. Lo que sea o no Derecho depende de un hecho “puesto”.

2. La Tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral: las conexiones entre Derecho y moral son contingentes y no necesarias

3. La tesis de la discrecionalidad judicial: cuando el Derecho

sea indeterminado e incompleto, el juez debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho aplicable para resolver ese caso concreto.

6. Diferencias y semejanzas Hart/Kelsen

H.L- Hart

J. Austin, H. Kelsen -----
Americano

(Formalismo, abstracción)

-----Realismo

Jurídico

(concepto predictivo,
excesivamente fáctico y
concreto)



Herbert Hart

1. Biografía

Herbert Hart (1907-1992) fue profesor de ciencia jurídica (Jurisprudence) en la Universidad de Oxford desde 1953 hasta 1968. Su obra más importante es *The Concept of Law* (1961). Formó parte de la tendencia jurídica positivista, aunque crítica, con sus predecesores, J. Austin y J. Bentham. Estuvo influido por la llamada Escuela del lenguaje ordinario de Oxford, principalmente preocupada por el análisis de los lenguajes naturales u ordinarios. Su teoría del Derecho ha sido calificada, por él mismo, como "sociología descriptiva", pero veremos que no se limita a describir neutralmente lo que, jurídicamente, hay o sucede en la sociedad.

Desde la perspectiva de Hart, las reglas jurídicas no son mandatos (como creía Austin), pues tienen aplicación general, no personalizada y exigen una conducta repetida. En cambio, los mandatos son órdenes de persona a persona. Por ejemplo, "¡deme el dinero o disparo! ¡Pepe, abre la puerta!

Por otra parte, Hart enfatiza otra distinción, la de hábito y regla. El hábito consiste en una convergencia fáctica de comportamientos. Por ejemplo, mucha gente toma café con leche por las mañanas. Pero nadie entiende que esto sea un "deber". En cambio, la regla incluye un elemento de hábito o convergencia fáctica y, además, una opinión generalmente compartida de que se debe adecuar la conducta a este modelo de comportamiento y criticar justificadamente las desviaciones. Por ejemplo, pararse cuando el semáforo se pone en rojo. No sólo "suele" hacerse sino que, además, se considera que "debe" hacerse.

Pues bien, Hart dice que el Derecho está formado por reglas, no por hábitos. Añade que con el concepto de regla (no con el de hábito), podemos explicar adecuadamente lo que es un ordenamiento jurídico. De este modo, critica a su antecesor J. Austin, por el uso del concepto de mandato, que no explica ni puede explicar, adecuadamente, lo que es un ordenamiento jurídico.

En este sentido, dice Hart que los mandatos (Austin) denotan una idea de fuerza y jerarquía, mientras que las reglas no son una simple apelación al miedo y a la fuerza sino que, principalmente, suponen respeto por una autoridad legítima. Lo que sólo incluye, desde la perspectiva de Hart, a los sistemas democráticos. Parece que ya no estamos en el tipo de positivismo que expresó Kelsen con su conocida frase, "*El Derecho puede tener cualquier contenido*".

Hart critica al iusnaturalismo porque asimila el derecho y la moral, lo que dejaría poco lugar para una adecuada diferenciación entre reglas morales y reglas jurídicas. Pero también critica el positivismo jurídico anterior (Austin), que asimilaba derecho y fuerza. Es decir, Austin entendía que el derecho está constituido por un conjunto de mandatos u órdenes respaldadas por amenazas

(sanciones), emitidos por un soberano ilimitado jurídicamente y al que los súbditos obedecen habitualmente. Según Hart, este positivismo jurídico no diferencia suficientemente el derecho y la fuerza, por lo que critica este modelo llamado "modelo simple".

Según HART debemos entender el positivismo jurídico como "la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así".

El positivismo jurídico implica que sólo puede hablarse de Derecho positivo. Toda idea de un Derecho natural es rechazada, pues los principios generales del Derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia. El Derecho es norma, entendida esta como un juicio lógico. Este juicio es un proceso mental por el que se afirma la realidad, de una cosa o de una relación jurídica, y es expresado por medio de una proposición, la cual es el enunciado susceptible de ser declarado verdadero o falso. A estos enunciados se les aplican las leyes de la lógica.

Así, la estructura lógica de la norma es el objeto central de la Ciencia del Derecho. La idea del Derecho responde a una concepción formalista, centrada en la forma o manera en que debe ser realizada una acción para que sea un acto jurídico, y no en su contenido, justo o injusto, ni en su finalidad. Lo único que interesa es asegurar un razonamiento coherente, prescindiendo de su contenido.

2. Diversidad de reglas jurídicas

Hart argumenta que no todas las leyes ordenan a los destinatarios hacer algo o no hacer algo. Hay leyes que se limitan a conferir poderes. Por ejemplo, las que conceden el poder de hacer testamentos, para celebrar contratos o contraer matrimonio. Junto a estas reglas, que conceden poderes a los particulares (potestades privadas), están también las reglas que conceden poderes a los funcionarios y a los órganos del Estado (potestades públicas), como las que establecen el poder de los jueces para dictar sentencias, o los ministros para dictar normas administrativas.

En resumen, la clave para entender el derecho, dice Hart, es la unión entre las reglas primarias y las reglas secundarias. En este sentido, las reglas primarias son reglas de conducta que imponen obligaciones o deberes. Prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. En cambio, las reglas secundarias son reglas que confieren potestades, públicas y privadas. Establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir, extinguir o modificar reglas anteriores.

Ejemplo de regla primaria. Artículo 138 del C. Penal: *"El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años"*. Se supone que tenemos la obligación de no matar. Un ejemplo de regla secundaria lo tenemos en el artículo 1255 del C. Civil: *"Los contratantes pueden establecer los"*

pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Aquí podemos ver cómo los destinatarios (que cumplan ciertas condiciones legalmente establecidas) pueden ejercer ciertas potestades. En este caso privadas.

Hart distingue tres tipos de reglas secundarias:

Regla de Reconocimiento, que especifica las características que han de tener las reglas para ser reglas válidas del sistema.

Reglas de Cambio, que permiten añadir, modificar o derogar reglas válidas del sistema.

Reglas de Enjuiciamiento o Adjudicación, que establecen procedimientos para determinar cuándo una regla válida del sistema ha sido violada y aplicar las consecuencias previstas.

La Regla de Reconocimiento tiene una existencia empírica, puesto que es una práctica social convergente de los jueces, al identificar las normas válidas del sistema. Dicho con otras palabras, es la práctica judicial que consiste en utilizar ciertos criterios para la identificación de las normas válidas del sistema. La Regla de Reconocimiento está fuera de la cadena de validez de las reglas por que ella es, precisamente, la que da validez a las demás.

Pongamos un ejemplo. Si hablamos con un creyente podemos constatar que Dios es la causa última y no puede ser tratado como un elemento más de una cadena de causas o de lo que sea. Supongamos que en la hipotética cadena jerárquica hay: 1) Cura parroquial, 2) Obispo, 3) Cardenal, 4) Papa, 5) Dios. Pues bien, para el creyente, Dios no es uno más de la cadena jerárquica. ¿Por qué? Porque tiene sentido preguntar, "¿Quién le da este poder al cura, etcétera? Pero no tiene sentido preguntar, ¿Quién le ha dado este poder a Dios? Salvando las distancias, la Regla de Reconocimiento ocupa un lugar similar. Está fuera de la cadena de validez.

Fijémonos en los artículos 1.1 y 1.7 del C. Civil. Dicen, respectivamente: "*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*", y "*Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*".

Esta complejidad normativa no existe en sociedades más simples, con un derecho primitivo, normalmente representado por una lista de reglas o texto único. Esta práctica judicial (más o menos) convergente de identificación, es la Regla de Reconocimiento.

Características de la sociedad simple y superación de sus defectos

En una sociedad simple, primitiva o prejurídica, solamente hay normas primarias de conducta. Pues bien, esta estructura de reglas primarias de obligación provoca una serie de defectos que son los

siguientes:

1. Falta de certeza, debido a la ausencia de regla de reconocimiento. Es decir, las reglas que configuran la comunidad simple no forman un sistema sino que constituyen una agrupación de reglas, sin características formales identificatorias claras. Al mismo tiempo, carecen de procedimientos que permitan la identificación y pertenencia de las normas, porque todo ello exigiría la presencia de reglas distintas de las reglas primarias de obligación.
2. Carácter estático de las reglas, debido a la ausencia de reglas de cambio, que son las que permiten la adaptación deliberada a nuevas circunstancias sociales. Se trata de reglas que dan competencia a ciertos órganos para producir reglas jurídicas, siguiendo ciertos procedimientos y dentro de ciertos límites de contenido.
3. Presión social difusa, debido a la ausencia de reglas secundarias de procedimiento o adjudicación y a la ausencia de coacción institucionalizada. En este caso los jueces, tienen competencia, otorgada por reglas de adjudicación, para solucionar ciertos conflictos sobre la base de reglas previamente establecidas. La retroactividad es excepción.

Estos defectos se pueden solucionar con la introducción de las normas secundarias ya mencionadas.

Tomemos un ejemplo referido al tercer defecto, la presión social difusa. Un antropólogo polaco, Bronislaw Malinowski (1884-1942) hizo importantes estudios sobre la cultura y la personalidad de los indios de las Islas Tobriand. En su obra, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, nos cuenta el caso de la muerte del "marido" de una mujer a manos del amante de ésta. Dada la ausencia de policía y jueces, el homicida no fue detenido, aunque esto no significa ausencia de coacción. El grupo ignoró por completo al homicida, que deambuló durante varios días por el poblado y alrededores hasta que no pudo resistir este aislamiento y se suicidó. Esta sería la presión social difusa a diferencia de la mayor precisión de la coacción institucional, propia de los sistemas jurídicos desarrollados.

4. Diferencias entre reglas jurídicas y morales

Hart establece las que serían las principales diferencias entre ambos tipos de reglas.

Primero. La importancia no es un aspecto esencial a todas las reglas jurídicas. En este sentido, algunas reglas jurídicas son importantes pero algunas no lo son. Por ejemplo, una regla que prohíba aparcar en cierta calle. En cambio, las reglas morales, por definición, son todas importantes.

Segundo. Las reglas morales, a diferencia de las reglas jurídicas, son inmunes al cambio deliberado. Esto quiere decir que, normalmente, no basta una decisión del legislador. Un ejemplo lo tenemos en los cambios que trató de establecer en Turquía el general Atatürk, en 1926. Ordenó sustituir el fez por sombreros, gorros o boinas. Decretó que las mujeres no podían cubrirse con el velo islámico. Tuvo poco éxito porque estas prendas no se consideraban sólo prendas de vestir, sino símbolos. Aunque, en general, representó un avance para la modernización de su país.

Es normal que digamos que a partir del próximo mes se modificarán ciertos requisitos formales para la compra de inmuebles, pero no parece tener sentido afirmar que a partir del próximo mes ya no será inmoral traicionar a tus amigos, insultar a tus padres, etcétera.

De todos modos, no podemos tomar, sin más, esta diferenciación de Hart. Esto es así porque algunas reglas jurídicas, como las que prohíben el asesinato o las que se refieren a los contratos, "no pueden" ser cambiadas por el legislador. Al decir "no pueden" no significa que no sea materialmente posible. Lo que se quiere decir es que, un legislador que así lo hiciera, duraría muy poco. Esto significa que ciertas reglas jurídicas tienen un fuerte componente moral, como la regla jurídica que castiga el asesinato, y otras responden a la "lógica" (no formal, por supuesto) del modo de producción dominante. Con todo, algunas reglas jurídicas son, también, inmunes al cambio deliberado.

Tercero. El carácter interno de las normas morales significa que es condición necesaria para que se produzca la responsabilidad moral, que el individuo tenga un cierto control sobre su conducta. Sin embargo, para la existencia de responsabilidad jurídica no es necesaria la existencia de este control. De ahí que se admita no sólo la responsabilidad subjetiva sino también la objetiva.

Puede decirse que las dificultades de prueba de los hechos psicológicos pueden hacer que un sistema jurídico no permita investigar los estados mentales efectivos de los individuos y en vez de ello se utilicen criterios "objetivos", según los cuales se supone que una persona posee la capacidad necesaria para adoptar las precauciones propias de un "hombre razonable". Contrariamente, en el ámbito moral, afirmar de forma sincera y real, "no pude evitarlo" es una excusa moralmente válida.

De todos modos, una excusa moral válida exige que hayamos hecho lo humanamente posible (dadas mis circunstancias) para "evitarlo". No basta con afirmarlo.

Cuarto. Mientras que la forma típica de presión jurídica es la disuasión por sanciones o consecuencias desagradables, la forma típica de presión moral es el propio respeto a las normas morales, como importantes y respetables en sí mismas. Por tanto, la forma característica de presión moral es por advertencias de la calificación moral que merece la acción. Por ejemplo, "no hagas (x) porque sería injusto". Adviertan el contraste con "No hagas (x) porque no te conviene". En este caso, no hablamos de razones morales sino de razones prudenciales.

5. LAS TESIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO SEGÚN HART

Sabido es que a juicio de HART la regla de reconocimiento es el instrumento a través del cual se identifican las normas jurídicas de una comunidad. No obstante, si el positivismo simplemente predicara eso de la regla de reconocimiento, cualquier teoría del derecho -incluso las teorías iusnaturalistas- podría ser reducida a una versión de positivismo. Y ello por el simple hecho de que todas las teorías jurídicas intentan ofrecer un estándar o conjunto de estándares que permitan identificar lo jurídico.

Por tanto, si el positivismo de HART quiere diferenciarse de otras teorías necesita decir algo más sobre el instrumento que identifica el derecho y sobre el origen de ese instrumento que es, en definitiva, el fundamento mismo del derecho. Pues bien, en ese «decir algo más» se encuentra la huella positivista de HART. En su opinión, el fundamento de un sistema jurídico no se encuentra en Dios ni en la naturaleza ni tampoco en la moral, sino en un hecho social, dado que el instrumento que sirve para identificar el derecho, la regla de reconocimiento, es una práctica social. De acuerdo con todo ello, este autor formula una de las que considera las tesis positivistas, la llamada tesis de las fuentes sociales del derecho. Según ésta, para que el derecho exista debe constatarse alguna forma de práctica social que determine las fuentes o criterios últimos de validez del sistema jurídico.

Si para los clásicos positivistas como John AUSTIN la práctica social relevante era la obediencia habitual de la población a los mandatos de un soberano -en dos palabras, el poder político-, para HART tanto la existencia del derecho como el último criterio de validez jurídica derivan de la práctica de los jueces y tribunales de aceptar la regla de reconocimiento. En definitiva:

1) *La tesis de las fuentes sociales del derecho* no quiere decir otra cosa que el origen de todo derecho es siempre un hecho; por ejemplo, una ley, una costumbre o una decisión judicial. He aquí precisamente lo que da nombre a la escuela positivista: lo que sea o no derecho depende de un hecho *puesto*.

Que la regla de reconocimiento tenga como función identificar el derecho significa que desempeña también la tarea de delimitar lo jurídico, es decir, de diferenciar el orden jurídico de otros órdenes normativos -que también nos dicen lo que se debe hacer- como por ejemplo la moral.

2) *La tesis de la separación conceptual entre derecho y moral*. Con ella se quiere afirmar que, pese a la existencia de numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moral, dichas conexiones son contingentes y no necesarias, ni lógicas ni conceptualmente⁴⁸.

⁴⁸ " HART ha definido esta tesis en su *Post Scriptum* de la siguiente manera: «aunque hay muchas

Esta tesis de la separación versa sobre el propio concepto del derecho. Es cierto que existen multitud de conexiones entre el derecho y la moral, pero no lo es menos que este autor negó reiteradamente el carácter necesario de tales conexiones⁴⁹. De acuerdo con ello, a lo que se muestra contrario es a que en el concepto de derecho tenga cabida una referencia no contingente a la moral⁵⁰. HART dio a esta tesis una importancia capital, aun cuando las palabras que la definen puedan valer también para la definición de la tesis de las fuentes. En efecto, no es necesariamente verdad que las normas jurídicas, para serlo, satisfagan exigencias o criterios morales, dado que lo relevante desde el punto de vista jurídico es una procedencia fáctica, es decir, de una fuente social.

La tesis de la separación implica, por tanto, no que no pueda producirse una conexión contingente entre derecho y moral, ni tampoco que dicha conexión en un momento dado no pueda ser necesaria en un determinado sistema jurídico. Lo que esta tesis quiere decir es que dicha conexión no es nunca necesaria con carácter general. En definitiva, lo que pretende refutarse a través de esta tesis es la afirmación de que la conexión entre derecho y moral sea uno de los rasgos definitorios del concepto del derecho y, por tanto, de un concepto válido para todo sistema jurídico.

3) La *Tesis de la discrecionalidad judicial*. Según ella, cuando se constate la existencia de un caso no previsto ni regulado por el derecho, esto es, cuando el derecho sea indeterminado e incompleto, el juez -en situaciones en las que haya de llegar por sí mismo a una decisión y no pueda inhibir su jurisdicción- debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho aplicable para resolver ese caso concreto . Cuando el juez se encuentra ante un caso difícil, en el que el derecho es indeterminado, dado que no hay fuentes jurídicas para resolver el caso y tiene que buscar la solución fuera del derecho. Al no haber respuesta jurídica para el caso, al juez se le abren multitud de alternativas extrajurídicas para resolverlo. No hay por tanto una única respuesta correcta al caso, es decir, no existe una única respuesta

diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral: y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos”.

⁴⁹ " En este sentido, para Hart «no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida [...], aunque esta proposición puede, en algún sentido, ser verdadera, no se sigue de ella que los criterios de validez de normas particulares usados en un sistema jurídico tengan que incluir, en forma tácita si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia».

⁵⁰ " En palabras textuales suyas, se entiende «por "Positivismo Jurídico" la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así». Esta idea ya fue puesta de relieve por RAMOS PASCUA al afirmar que «la doctrina de la regla de reconocimiento está en gran medida al servicio de la tesis de la separación entre derecho y moral».

predeterminada por una norma jurídica. Entonces, y una vez tomada una decisión sobre la base de un material extrajurídico, el resultado es que el juez ha creado derecho *ex post facto*.

Ahora bien, hablar de potestad jurídica creadora por parte de los jueces no tiene el mismo significado ni el mismo sentido que cuando se habla de la potestad creadora de normas de la que goza, por ejemplo, el poder legislativo. Por una parte, la potestad creadora judicial está sometida a unos límites a los que no está sometido el legislativo; y, por otra, los jueces sólo pueden usar este poder creador en casos muy concretos, sin ser competentes para introducir reformas a gran escala. Se convierten, en virtud de esta potestad creadora, en una especie de legislador intersticial o puntual que actúa sólo en aquellos supuestos en los que aparecen huecos o lagunas a colmar.

Es importante destacar, de acuerdo con lo que acaba de exponerse, que discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad' Para evitar la arbitrariedad los jueces deben desplegar algunas virtudes características de su posición y función, tales como la imparcialidad y la neutralidad al examinar las alternativas, la consideración de los intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar un principio general aceptable como base razonada de la decisión. Aparecen aquí la *ponderación* y el *balance* como elementos presentes en el esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto. Evidentemente, esto trae como resultado que la respuesta que dé el juez ante un caso difícil pueda diferir de los fundamentos, razones, creencias y valores seguidos por otros jueces en otros casos difíciles⁵¹.

6. REGLA DE RECONOCIMIENTO: ACUSACIÓN DE CIRCULARIDAD⁵²

Problema. Argumento circular que generaría el hecho de postular que todo sistema jurídico (“desarrollado”) tiene una regla de reconocimiento.

Si la condición de juez viene dada por las normas del sistema (las llamadas reglas de adjudicación) y éstas han de reposar en la regla de reconocimiento, que es aceptada por los propios jueces, entonces resulta que es esa práctica judicial el fundamento de su propia condición.

Si para saber cuál es el derecho de una determinada sociedad se necesita una práctica de identificación concurrente de (al menos) los funcionarios de ese sistema y si para

⁵¹ 'La introducción por parte de Hart de términos como «imparcialidad», «base razonable», «ponderación» o «balance» conducen todos ellos a insistir en la idea de que la discrecionalidad es, precisamente, la interdicción de la arbitrariedad. Conducen también a garantizar la realización, en estos casos difíciles, de un juicio de ponderación por parte del juez. Juicio de ponderación que consiste, en palabras de Luis PRIETO, en la «acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas».

⁵² PRIETO SANCHÍS, Luis y J.M^a. VILAJOSANA, “Debate” en *AFD*, T. XXV, 2008-2009; Madrid: BOE_Ministerio de Justicia, 2009, pp.490-491.

saber quién es funcionario de ese sistema se requiere haber identificado las reglas de cambio y de adjudicación a través de la regla de reconocimiento, entonces parece que se cae en un círculo vicioso. No podríamos saber quién es funcionario sin la presencia previa de una regla de reconocimiento, pero ésta no podría existir sin la conducta de los funcionarios.

Santiago Nino puede tener la clave: Es el reconocimiento que hacen los jueces lo que resulta decisivo para predicar la unidad de un cierto grupo de normas. Cabría decir que dos normas primitivas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando ambas son reconocidas por órganos que están en condiciones de aplicar medidas coactivas recurriendo a la misma organización de la fuerza.

Ejemplo 1:

Los papeles que uno lleva en la cartera, ¿dejarían de ser dinero el día en que todos dejásemos de creer que eso es dinero, o más bien dejaríamos de creer que eso es dinero cuando dejara de funcionar como tal?

El Derecho y su regla de reconocimiento, ¿existen en virtud de una creencia, de manera que, desaparecida ésta, colapsaría el orden jurídico, o más bien creemos que es Derecho porque funciona como tal (acaso en virtud de una voluntad antes que de una creencia) y sólo abandonaríamos esa creencia si dejara de funcionar y perdiera toda eficacia?

Citemos otro ejemplo:

Imaginemos que nos reunimos un grupo de filósofos del derecho y de constitucionalistas y redactamos una Constitución, tomando como base la actualmente vigente en España.

Introducimos en ella todos los “avances” que se nos puedan ocurrir dentro de nuestras respectivas materias: una lista muy completa de derechos humanos, una distribución modélica de competencias entre autonomías y gobierno central, la eliminación de lagunas y contradicciones, etc.

Es posible que el producto sea técnicamente muy superior a la Constitución de 1978. Ahora bien, resulta casi absurdo preguntarnos si esa Constitución modélica pasaría a ser la Constitución española actualmente vigente, ni aunque tuviéramos la pretensión de que lo fuera.

Imaginemos que todos los participantes utilizamos los mismos criterios para identificar esa Constitución y pensamos que los demás utilizan esos y no otros, entre otras razones porque los demás los utilizan, etc.

En algún sentido, en este diseño hipotético puede existir una regla de reconocimiento que pretendiera identificar las reglas de adjudicación a través de las cuales se designarían a los jueces, pero lo que no existe con total seguridad es la segunda

condición de existencia de los sistemas jurídicos, la *eficacia* general de las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento, ya que por hipótesis el grueso de la población no las cumple ni hay jueces que sancionen el incumplimiento. Si esto es así, aunque a través de la regla de reconocimiento mencionada se pudieran identificar “autoridades” éstas lo serían de un sistema jurídico inexistente (por carecer de eficacia).

7. Diferencias y semejanzas Hart/Kelsen

--La Teoría de Kelsen representa para Hart una visión, a su juicio, demasiado formalista y abstracta, con la que no desea confundirse.

--El Realismo Jurídico norteamericano (Holmes, especialmente), representa el límite opuesto: el concepto predictivo, excesivamente fáctico y concreto, al que no desea acercarse para no perder el enfoque normativo y jerárquico del sistema jurídico.

--Hart pretende elaborar un conocimiento del derecho capaz de dar cuenta de su estructura sistemática, pero sin sujetarse a modelos rígidos que pongan en peligro el contacto entre teoría y realidad. Busca un sistema construido a partir de la observación empírica, un sistema a mitad de camino entre la abstracción y el formalismo kelseniano y la concreción del Realismo Jurídico-Americano.

--DIFERENCIAS Kelsen/Hart:

4. Hart utiliza las reglas y no las normas. Además, no se limita a un único tipo de reglas, como Kelsen. Admite las reglas secundarias, que confieren facultades, al lado de las normas primarias.
5. La Regla de Reconocimiento, como práctica social, es la base del sistema. Y no se trata de un supuesto abstracto (Kelsen) sino un hecho verificable (Hart).
6. Relación entre validez y eficacia: para Kelsen ambos conceptos son distintos pero se hallan estrechamente relacionados: la ineficacia prolongada de una norma particular provoca su invalidez por desuso, y la eficacia de todo el sistema jurídico determina la validez de su norma fundamental. En cambio, para Hart, carece simplemente de sentido preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento, simplemente se utiliza.

---SEMEJANZAS Kelsen/Hart:

1. Ambos admiten que el Derecho está compuesto por reglas (o normas), y no por hechos, conductas ni predicciones.

2. Ambos aceptan que las normas dependen unas de otras, en una cadena de validez, y que en el extremo superior de todas esas cadenas (o en la cúspide de la pirámide jurídica kelseniana) reina una norma suprema que se apoya en la eficacia del orden normativo, que rara vez se expresa, pero que siempre se usa en los enunciados jurídicos internos.

TEMA 9 (continuación)

IV. EL POST-POSITIVISMO JURÍDICO

Según Albert Calsamiglia, podemos considerar POST-POSITIVISTA toda aquella teoría que ataque estas dos tesis, las más importantes del positivismo conceptual: 1) La tesis de las fuentes sociales del Derecho y 2) La tesis de la no conexión entre el Derecho y la moral.

1) La tesis de las Fuentes sociales del Derecho

El postpositivismo presta especial atención a la indeterminación del Derecho, a los casos difíciles. Lo que interesa no es averiguar las soluciones que se dieron en el pasado para casos similares sino resolver aquellos conflictos que no están resueltos.

El postpositivismo pone la atención en la pregunta qué se debe hacer ante un caso complicado, mientras que el positivismo respondía acudiendo a convenciones pasadas y excepcionalmente al legislador intersticial. Es decir, cuando más orientación se necesita porque los casos son más difíciles, la teoría positivista no responde. Como teoría del Derecho resulta incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque cómo deben razonar los Tribunales con los materiales que ofrecen las fuentes del Derecho y los otros materiales.

En resumen podríamos decir que una de las tendencias más importantes de la teoría jurídica contemporánea es su insistencia en los problemas que presenta la indeterminación del Derecho. Desde el punto de vista práctico lo que interesa al jurista es hasta qué punto las fuentes sociales ofrecen respuesta a los problemas que se plantean.

Los positivistas tenían al legislador como el centro básico de análisis de la Ciencia jurídica. Y el postpositivismo ha desplazado el centro de atención de la legislación a la adjudicación. El intérprete del Derecho y el juez ocupan ahora el lugar que antes ocupaba el legislador como centro de análisis.

2) La Tesis positivista de la no conexión necesaria entre Derecho y moral:

Puede ser entendida de varias maneras. Pero quizá la más relevante sea la que defiende que el Derecho no pierde su juridicidad por ser injusto. Una cosa es el Derecho que es y otra bien distinta es el que debe ser.

El mejor positivismo, el de Hart según Calsamiglia, concedió que existía un mínimo de moralidad en el Derecho. Algunas defensas del positivismo reconocen que existen derechos positivos que incorporan principios morales pero que esa relación no es necesaria sino contingente. Tal es el caso de la teoría del *negativism positivism* de Coleman, para quien la tesis de la separación entre Derecho y moral se sigue manteniendo porque lo que convierte en jurídico un principio moral no es su verdad sino la regla de reconocimiento. Sin embargo, otras defensas del positivismo continúan manteniendo que no existe ninguna conexión necesaria entre Derecho y

moral porque si la hubiera no podría ejercerse la crítica del Derecho positivo.

Para ayudarnos a entender las DIFERENCIAS entre una corriente y otra, Josep Aguiló Regla nos presenta la evolución desde el “imperio de la ley” al “Estado constitucional”, desde el paradigma positivista (legalista) al paradigma postpositivista (constitucionalista):

a) Para el positivismo el ideal de regulación es el de la tipicidad, esto es, normas generales y cerradas; las normas abiertas no son sino imperfecciones porque al exigir deliberación por parte de los destinatarios de dichas normas siempre suponen una desviación del ideal regulativo de la certeza jurídica.

Por el contrario el postpositivismo considera que en un sistema jurídico, además de reglas, hay principios jurídicos que dotan a dichas reglas de sentido.

b) Los positivistas nos muestran que entre las reglas de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Y si hay un conflicto entre dos reglas se resuelve mediante la exclusión de una de las dos. Para resolver estos conflictos los criterios centrales son los de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

Para los postpositivistas, sin embargo, entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de a la noción lógica de consistencia normativa se recurre a la idea de coherencia valorativa, que es una cuestión de grado. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.

c) Se ha pasado del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación. En el positivismo, congruentemente con el modelo de las reglas, el razonamiento jurídico ha de ser subsuntivo. Justificar por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja en el caso genérico descrito por la regla. La lealtad a las reglas es lealtad a su expresión y a su significado; se trata pues de una cuestión semántica.

En el postpositivismo se considera que en el derecho hay reglas y, por tanto, razonamientos subsuntivos, pero también hay principios, y guiarse por ellos o aplicarlos exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas ya no son entendidas como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad.

d) Para los positivistas “crear normas” y “aplicar normas” son operaciones

conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad principalmente política y/o moral, es una cuestión de voluntad. Y aplicar normas es, por el contrario, una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica, es una cuestión de conocimiento.

En las teorías postpositivistas no se da una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico, es más, el razonamiento político se juridifica y el jurídico se politiza.

e) Respecto a la validez de las normas los positivistas consideran que el Derecho puede tener cualquier contenido ya que no se identifica por este sino por su forma. El origen de las normas, y no su contenido, es el que determina su juridicidad. Y todo el Derecho está basado en fuentes.

Los postpositivistas no piensan que todo el Derecho esté basado en fuentes; hay normas cuya validez no descansa sobre criterios formales sino materiales.

f) En el análisis positivista, la clasificación más importante de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre casos regulados y no regulados. La interpretación es determinante para concluir si un caso concreto es subsumible o no en una regla: una regla es aplicable al caso o no lo es.

En las concepciones postpositivistas la distinción relevante es la que opone los casos fáciles a los difíciles. No se considera que haya casos relevantes no regulados porque en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas, también principios. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla, y un caso difícil exige deliberación práctica.

g) Para el positivismo el Derecho se objetiva en normas y en actos o procedimientos, lo cual permite tratarlo como un objeto que está fuera de los sujetos que lo observan y/o lo usan. Así es posible conocer su estructura y sus contenidos sin necesidad de realizar valoraciones de ningún tipo.

En el postpositivismo el Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación. Esto supone una revisión total de la noción misma de conocimiento jurídico, pues este ya no puede pretender ser meramente descriptivo (sin implicaciones valorativas y normativas). Por otro lado, el Derecho como práctica presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, no a ser descritas.

h) Por último vemos que las teorías positivistas consideran que conocer el Derecho es principalmente conocer sus normas.

Y desde el punto de vista postpositivista, por el contrario, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de sus reglas. Lo relevante no es la acumulación memorística de las reglas sino una adecuada combinación de conocimientos normativos y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la

solución de problemas jurídicos.

El postpositivismo es un positivismo atenuado y mejorado, que trata de rectificar y matizar algunas de las tesis positivistas más importantes, como son la indeterminación del Derecho y la no conexión entre el Derecho y la moral. Puede haber normas formalmente válidas (por su origen) y materialmente inválidas (incoherentes valorativamente), lo cual amplía la esfera de racionalidad del Derecho.

TEMA 9 (Continuación)

V. EL ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO- R. DWORKIN: UNA ALTERNATIVA AL POSITIVISMO JURÍDICO

ESQUEMA

1. Preliminares

Dworkin: - Crítico del positivismo jurídico (y de Hart, principalmente).

- Rechaza la idea de que los jueces tengan discrecionalidad para crear derecho en los casos difíciles. Los positivistas: si el Derecho tiene lagunas, los jueces tienen discrecionalidad para crear nuevo derecho.

-Rechaza que una regla maestra (la Regla de reconocimiento) que permita identificar a todas las reglas válidas del sistema jurídico

Ejemplo: Caso Riggs vs. Palmer y caso Henningsen/Motors

2. Reglas, principios y regla de reconocimiento

Para Dworkin, el Derecho no está formado exclusivamente por reglas puestas por el legislador (reglas de letras negras) (Hart) sino que incluye principios. Y los principios se diferencian de las reglas:

a- Las reglas se aplican de un modo que es “todo o nada”. Un principio da una razón para decidir el caso de una cierta manera, pero no da la razón concluyente.

b- Las reglas válidas no entran en conflicto (criterio jerárquico, cronológico, especialidad). Los principios jurídicos sí pueden entrar en conflicto y seguir siendo, ambos, principios jurídicos vinculantes.

c- Como los principios jurídicos sí pueden entrar en conflicto, tienen una dimensión de “peso”, que está ausente de las reglas jurídicas válidas. Es decir, las reglas jurídicas son válidas o inválidas, pero no hay sopesamiento entre ellas. En cambio, los principios deben ser sopesados, confrontados o balanceados unos contra otros. Se deben “ponderar”.

Caso Riggs vs. Palmer:

1) ¿Hay un enfrentamiento entre un Principio (“nadie se aprovechará de su propio delito” “nadie puede sacar partido de su propia injusticia”) y una regla (reglas que regulan la sucesión testamentaria)

2. ¿O es un enfrentamiento entre dos principios?: “respeto a las normas jurídicamente válida”, “principio de sujeción a la ley” // “nadie se aprovechará de su propio delito”.

-Dworkin: lo que los tribunales hacen es formular una excepción aplicable a las

normas jurídicas sobre la sucesión testamentaria// Positivismo jurídico: al no aceptar tales Principios, porque no están recogidos por la Regla de reconocimiento, dejan el caso a la discrecionalidad judicial.

-Normas: se identifican consultando las fuentes jurídicas // Principios: hay que involucrarse en argumentaciones morales y políticas

3. El juez Hércules y la teoría más razonable

Hay dos maneras de afrontar un “caso difícil”:

- Hart: si las reglas jurídicas de letras negras no dan respuesta, el juez acude a la discrecionalidad y a consideraciones extrajurídicas

- Dworkin: se propone elaborar una “teoría jurídica más razonable”, que trata de dar una justificación moral y política de las normas e instituciones involucradas en un caso difícil.

4. Las críticas de Dworkin y las respuestas de Hart

La regla de reconocimiento suministra sólo criterios formales de validez, es decir, criterios relativos al origen o pedigrí de las normas. Por el contrario, los Principios – que son normas que obligan jurídicamente y parte esencial del derecho- no pueden ser identificados por medio de los criterios proporcionados por la Regla de reconocimiento ya que los principios se reconocen por criterios de contenido moral y no por criterios formales relativos a su pedigrí u origen.

Dworkin critica que la Regla de reconocimiento sólo admita como criterios de validez los hechos y no los valores.

Hart, en su intención de defenderse de las críticas, publica el *Post Scriptum*, donde acaba defendiendo un “positivismo suave” (*soft*). Se trata de un positivismo caracterizado por entender que la regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales sustantivos de validez jurídica. Adviértase que poder contenerlos no significa que necesariamente tenga que contenerlos. No hay nada en Hart que evite una Regla de reconocimiento con requerimientos de justicia.

---Dworkin: Una vez demostrada la ineptitud de la Regla de reconocimiento para reconocer los principios, demuestra la falsedad de las Tres Tesis positivistas de Hart:

1) Desmonta la Tesis de las Fuentes sociales del Derecho, dado que la tesis del pedigrí no funciona en los principios. Ni todo el derecho queda determinado por los hechos sociales ni la Regla de reconocimiento sirve para identificar todo el derecho.

2) Tesis de la Separación conceptual entre derecho y moral: no la acepta.

3) Tesis de la discrecionalidad judicial: La discrecionalidad “en sentido fuerte” es la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción, igualmente admisibles. La potestad creadora de los jueces cercena dos principios:

a) El principio de separación de poderes// b) La seguridad jurídica

- CASO PRÁCTICO 1: el “heredero asesino”; la “mano muerta”; el mercader de Venecia

I.- EL HEREDERO ASESINO

El gran interrogante del derecho a la herencia, desde un punto de vista económico, consiste en saber si un tribunal deberá rehusar hacer cumplir los términos de un testamento, aparte de los casos obvios de incompetencia mental.

Supongamos que A, mentalmente sano, hace un testamento en el que lega como herencia la mayor parte de sus posesiones a su nieto, B.

B –el nieto- asesina al abuelo –A-.

¿Debería permitirse que B –el nieto- haga cumplir el testamento y herede? (1)

Los testamentos no contienen nunca una cláusula expresa que desherede al asesino del testador, pudiera pensarse que esta respuesta significa que los tribunales están sacrificando las intenciones de donación de los testadores en aras de la disuasión del homicidio, e indebidamente, agravando el castigo que la legislatura prescribió para el homicidio.

Pero estas objeciones se disuelven cuando se utiliza un enfoque económico. Es improbable que una persona que cree que hay cierto peligro de que alguien que designe en su testamento lo asesine, designe a esa persona en su testamento (aunque podría designarla, pero añadiendo que el legado se invalida si la persona designada lo asesina: ¿por qué podría ser esto mejor que no designarla en absoluto?). Por lo tanto, es muy baja la probabilidad de ser asesinado por alguien que sí designamos en nuestro testamento. Porque seguramente hay muy pocos testadores que, si se les preguntara si desearían que su asesino lo heredera, contestaría afirmativamente.

Pero: ¿Y qué diremos de esos pocos: debería respetarse su deseo? (2)

¿Debería aplicarse la regla del “heredero asesino” cuando hay herencia pero no hay testamento? (3)

Pero supongamos ahora que el heredero mató a su testador por accidente: **¿debería ser descalificado de la herencia de todos modos? (4)** ¿Y si la herencia es mayor que el pago de daños por muerte? Puede que el seguro no tenga que pagar indemnización si el accidente se debió a la conducta negligente del heredero. Y los herederos podrían eludir y esquivar a sus testadores por miedo a que ocurriera un accidente y se les descalificara de la obtención de una herencia.

Si el accidente fue efectivamente por negligencia del heredero, ¿se fortalecería el argumento a favor de la aplicación de la regla del heredero

asesino? Si el homicidio negligente no es un delito, de modo que la única sanción será el pago de daños, no habrá ninguna sanción por la muerte negligente de nuestro testador; por lo menos, si el homicida es su único heredero, porque el juicio contra el homicida sería promovido por el propio heredero en su calidad de heredero.

II.- LA “MANO MUERTA”

Supongamos que el testador inserta en su testamento una cláusula que limita los usos a los que podría destinarse el activo de su herencia. El problema de la “mano muerta” que controla el uso de los recursos por los vivos surge cuando la muerte no se traduce en una transferencia clara a las personas vivas que les permita hacer con el dinero lo que quieran. Dado que una motivación para acumular una herencia sustancial podría ser la de proyectar influencia más allá de la muerte mediante el establecimiento de condiciones (quizá perpetuas) sobre el uso de los fondos de la herencia, una política de descartar las condiciones del testador tendría en algunos casos un efecto muy similar sobre el incentivo para acumular, al de un impuesto oneroso sobre la herencia. Pero si se obedecieran siempre las condiciones, especialmente las condiciones perpetuas de un testamento, un resultado frecuente sería que los recursos controlados por tales condiciones se emplearían ineficientemente. Las contingencias imprevistas que se materializan después de la muerte del testador podrían requerir que los recursos se reacomodaran a fin de maximizar la eficiencia. Si no pudieran alterarse las condiciones del testamento, no habría manera de producir la reasignación. El carácter de la controversia se ilustra con una controversia acerca de un parque donado a la ciudad de Macon –Georgia- por Augustos Bacon, un senador de Estados Unidos, de Georgia, que falleció a principios de 1900. El testamento del senador, elaborado durante la época de la legislación segregacionista que siguió al final de la Reconstrucción, estipulaba que “el parque sería usado solamente por mujeres y niños blancos”.

En el decenio de 1960 se promovió un juicio contra la ciudad, alegando que el cumplimiento de la condición racial violaba la cláusula de “protección igual” de la Decimocuarta Enmienda. La Corte Suprema invalidó la condición, tras de lo cual los legatarios residuales del testamento de Bacon promovieron un juicio para que se declarara:

- 1) que la donación del parque era nula porque la ciudad ya no podría cumplir la condición racial del donativo
- 2) que la propiedad era de ellos bajo la cláusula residual del testamento.

CUESTIONES:

¿Cuál cree que fue la sentencia? ¿a favor de las reclamaciones de los herederos? o // ¿desestimatoria de las reclamaciones de los herederos?

EL MERCADER DE VENECIA

(William Shakespeare)

Derecho positivo- Su aplicación literal (para bien y para mal).

El judío Shylock ha prestado dinero a Antonio, mercader de Venecia. El Judío está celoso de los éxitso comerciales de Antonio y desea vengarse. Una vez finalizado el plazo para la devolución del pagaré, Antonio no puede pagar porque ha perdido todas sus naves con las mercancías a causa de una tormenta en el mar.

La escena representa la reclamación del judío al mercader de su pagaré, ante el juez, solicitando que se cumplan literalemnte los términos del acuerdo. Asistiendo al juicio se encuentra Bassanio, amigo de Antonio.

Porcia, la enamorada de Antonio, ha suplantado al juez, e intenta salvarlo. (Acto IV- Escena 1).



SHYLOCK:

¡Caigan mis actos sobre mi cabeza! Ansío la ley, el castigo y el desquite del pagaré.

PORCIA

¿No puede Antonio reitengrar el dinero?

BASSANIO

Eso, en su nombre lo entrego al tribunal, y el doble de la suma. Si eso no basta, me obligaré a pagar diez veces más, dando en prenda cabeza, alma y manos. Si tampoco eso basta, estará claro que la malicia derrota a la verdad. Os ruego someter por una vez la ley a vuestro arbitrio. Por hacer un gran bien, haced un mal pequeño, frenando los deseos de este diablo cruel.

PORCIA

No debe ser así. No hay poder en Venecia que pueda alterar un decreto en vigor. Sería registrado como un precedente y con su ejemplo, las arbitrariedades harían irrupción en el Estado. No puede ser así.

SHYLOCK

¡Joven y sabio juez, yo te respeto!

PORCIA

Te pido que me dejes ver el pagaré. Shylock, el triple de la suma te ofrecen.

SHYLOCK

¡He jurado, he jurado al cielo, respetar lo escrito en el pagaré! ¿He de echar un perjurio sobre mi alma? No, no por Venecia.

PORCIA

El pagaré ha vencido y por ley puede reclamar el judío una libra de carne, que él mismo cortará cerca del corazón del mercader. ¡Muestra clemencia!. Acepta el triple del dinero que ofrece su amigo Bassanio. Y pídemme que rompa el pagaré.

SHYLOCK

Cuando sea pagado según sus términos. Todo indica que eres un digno juez. Conoces bien la ley. Tu exposición ha sido muy acertada. Te exhorto, en nombre de la ley de la que eres pilar muy meritorio, a dar sentencia. Por mi alma juro que no hay poder en la lengua del hombre para hacerme cambiar. Yo me apoyo en mi pagaré.

ANTONIO

Sinceramente ruego al tribunal que emita su sentencia

PORCIA

Bien, pues ésta es: preparad vuestro pecho a su cuchillo

SHYLOCK

¡Qué noble juez, qué joven excelente!

PORCIA

Ya que el sentido e intención de la ley en total consonancia están con la pena claramente descrita en este pagaré.

SHYLOCK

Cierto es. ¡Qué juez íntegro y sabio!

PORCIA

Por tanto, desnudad vuestro pecho

SHYLOCK

Sí, su pecho. Como lo dice aquí, ¿no es así, noble juez? “Cerca del corazón”, ésas son las

palabras.

PORCIA

Así es. 'Hay aquí una balanza para pesar la carne?'

SHYLOCK

La tengo preparada

PORCIA

Y ten a tus expensas un cirujano que cierre su sheridas si sangra mortalmente

SHYLOCK

¿Está mencionado así en el pagaré?

PORCIA

No está expresado así, ¿y qué más da? Sería bueno que eso lo hicieras por caridad

SHYLOCK

Yo no lo encuentro. No está en el pagaré.. Te ruego que procedas con la sentencia

[.....]

PORCIA

Tuya es una libra de carne del mercader. El tribunal la otorga y la ley la concede.

SHYLOCK

Un rectísimo juez

PORCIA

Y has de cortar la carne de su pecho. L aley lo permite, y el tribunal lo otorga.

PORCIA

Esper aun momento. Hay algo más. En este pagaré no se te da ni una pizca de sangre. Las palabras son, expresamente, "una libra de carne". Reclama lo debido. Y reclama tu libra de carne. Pero si al cortarla derramas una gota de sangre cristiana, tus bienes y tus tierras quedarán, por la ley de Vebeicia, confiscados para el estado de Venecia.

SHYLOCK

¿Es esa la ley?

PORCIA

Ve tú mismo el decreto; y puesto que reclamas justicia, ten la seguridad de que obtendrás justicia, más de la que querías.

SHYLOCK

Acepto pues la oferta. Pagadme el triple de la suma y quede el Cristiano en libertad.

PORCIA

Prepárate por tanto a cortar la carne. Y no derrames sangre, ni cortes más ni menos de una exacta libra de carne. Si tomas más o menos de una libra exacta, aunque sea una fracción de su veinteava parte; es más, si la balanza vacila por un pelo, tú mueres y serán confiscados todos tus bienes.

SHYLOCK

Dadme mi suma y dejarme marchar

BASSANIO

La tengo preparada. Aquí está.

PORCIA

Ante este tribunal la ha rehusado. Tendrás sólo justicia y el pagaré.

SHYLOCK

El diablo se lo lleve...

[...]

Tras varios acuerdos, el Judío acaba teniendo que entregar la mitad de su bienes al Estado de Venecia y la otra mitad para su hija, a la que acaba de desheredar.

CUESTIONES:

1. ¿Qué opinión le merece la sentencia del juez? ¿Es correcta esa aplicación literal y expresa de lo pactado en un acuerdo?

2. Sería partidario de ser más flexible en la interpretación literal de lo acordado? ¿Puede acabar desembocando la flexibilidad en arbitrariedad judicial?

1. Preliminares

Dworkin es, seguramente, el crítico más importante del positivismo jurídico en general y del positivismo de H. Hart en particular. La teoría jurídica de Dworkin es usualmente llamada "interpretativismo". Con este término se quiere decir que el Derecho se entiende, al menos básicamente, como una práctica interpretativa³⁸.

Ronald Dworkin nació en 1931 en Estados Unidos. Estudió en la Universidad de Harvard y en Magdalen College (Oxford). Fue secretario del Juez Hand Learned de la Corte de Apelaciones. El juez Hand le ha llegado a calificar como el mejor empleado que ha tenido, y Dworkin recuerda el juez Hand como un mentor de enorme influencia. Después de trabajar en Sullivan&Cromwell, una firma de abogados prominente de Nueva York, se convirtió en un titular de la Cátedra de Jurisprudencia de la Universidad de Yale. A partir de 1969, Dworkin dio clases en la Universidad de Oxford. Actualmente es Profesor de Derecho de la Universidad de Nueva York, y profesor de Filosofía en la misma Universidad, donde enseña desde finales de 1970.

Dworkin no se limitó a examinar la forma como los *principios* entran en la práctica jurídica, en particular en la práctica de los tribunales, sino que los situó en el centro de una crítica frontal a la concepción del derecho que él mismo calificó como el "Modelo de reglas". Sus objeciones en este punto obligaron a revisar la concepción del sistema jurídico que había dominado la escena de la filosofía del derecho en las décadas inmediatamente anteriores, y que había sido elaborado en gran medida con ingredientes procedentes de la teoría del derecho de Kelsen y de Hart.



En su obra *Taking Rights Seriously* (*Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984) llamó la atención no sólo sobre los rasgos distintivos de los principios frente a las reglas, sino además sobre el modo como funcionan en los procesos de interpretación y argumentación jurídica. En su obra *Law Empire* (*El imperio del Derecho*, Fontana press, London 1986), esboza las líneas fundamentales de una teoría de la interpretación jurídica con el fin de ilustrar su tesis de que el derecho es fundamentalmente el producto de una práctica interpretativa y argumentativa.

Dworkin ha establecido una conexión entre los principios y los derechos, entendida como “triumfos”. También ha articulado la distinción crucial entre principios, reglas y directrices políticas (*policies*) como modos diferenciados de manifestarse el poder normativo del Estado, sacando a la luz la estructura moral deontológica subyacente al complejo proceso de reproducción del sistema jurídico en un Estado constitucional democrático. Ha llamado la atención sobre el modo como las funciones de producción y de aplicación de las normas se encuentran en todos los niveles aunque de forma diferenciada, sujetas a principios de moralidad política⁵³.

Dworkin, al situar en el centro del sistema jurídico principios, una clase de normas que expresan una idea moral de rectitud y que no son propiamente “puestas” sino “encontradas” en el proceso de aplicación del derecho, normas, por lo demás, que se identifican como parte del sistema no mediante los criterios de validez que se aplican a las normas positivas sino por la fuerza justificatoria, puso en cuestión dos de las tesis que Hart había señalado como características del positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la separación entre derecho y moral.

Dworkin critica lo que un siglo antes, F. Gény había calificado de “fetichismo de la ley escrita”, es decir, el carácter ilusorio de semejante ideal.

El propio Eduardo García de Enterría, en su escrito “En un mundo de leyes desbocadas”, había escrito que en un ordenamiento tan complejo y variable, elaborado por impulsos dispersos y ocasionales, y que ha parecido renunciar a mantener un orden sistemático discernible”, la referencia a los principios y valores constitucionales permite construir, en el proceso de aplicación del derecho, unidad y coherencia, evitando la completa disolución casuística⁵⁴:

- a) García de Enterría parece pensar que la presencia de principios permite, actuando dentro del sistema, resolver contradicciones normativas, colmar lagunas legales, y decidir racionalmente a propósito de disposiciones vagas e imprecisas, proporcionando una cierta estabilidad y unidad a un cuerpo legal disperso y en continua agitación.
- b) Sin embargo, otros consideran la presencia de principios como factor de inseguridad jurídica. Si admitimos que en nuestras sociedades modernas se multiplican las oportunidades para la proliferación de los casos difíciles,

⁵³ Vid. la interesante obra de M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos* (Madrid, Trotta, 2000), en la que se analiza cómo operan los principios y las reglas en la argumentación jurídica, ofreciendo una novedosa caracterización conceptual de fenómenos delectivos como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, que coinciden en explotar la observancia de una regla para violar principios que le sirven de fundamento. Vid. también, Rodilla, M.A., y F.J. Laporta y J. Ruiz Manero, *Certeza y predicibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

⁵⁴ “Ante la situación actual [...] del desorden extremo de las normas escritas, sólo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas a un proceso de cambio incesante y continuo. Esta situación nos entrega, insoslayablemente, aunque pueda parecer paradójico, a un pensamiento jurídico de valores o por principios” (E. García de Enterría).

¿cómo podemos resolverlos generando certeza?

La “textura abierta de las reglas” –a la que Hart se refería- acabarán haciendo surgir antinomias, lagunas, ambigüedades e incertidumbres, es decir, surgirán casos difíciles en los que los órganos de aplicación del derecho no podrán echar mano del arsenal de reglas convencionales.

-----¿Cuál es la solución? ¿Los principios? ¿La arbitrariedad? “El sueño de un mundo de reglas sin principios termina en la pesadilla del formalismo y el reglamentismo a ultranza”. Pero antes o después se tropezaría con casos difíciles, en los que la maquinaria de aplicación del derecho rodaría en el vacío y para los que no habría otra salida que la arbitrariedad⁵⁵.

¿Sumisión ciega a las reglas? ----- ¿ Arbitrariedad?

Lo cierto es que en el desempeño de su función jurisdiccional los tribunales han de observar no sólo principios morales sustantivos sino también principios políticos formales, de carácter organizativo y procedimental: no deben decidir sólo sobre la base de consideraciones materiales de justicia y de equidad, sino tomando en consideración también principios formales –como el principio de irretroactividad y el principio de legalidad en materia penal-y, también, principios organizativos y procedimentales como los principios de jerarquía y competencia vinculados a la idea de división de poderes.

Según Dworkin, las consideraciones de justicia y moralidad no se pueden separar del Derecho. En realidad todo el aparato crítico realizado por Dworkin contra el positivismo encarnado en HART y su regla de reconocimiento gira en torno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en los casos difíciles, echan mano de principios u otros tipos de pautas y estándares que no funcionan como reglas⁵⁶. Dworkin llama principio a una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de otra dimensión de la moralidad. Lo que DWORKIN sostiene, dicho en términos simples, es que en algunas ' comunidades los principios morales tienen fuerza jurídica y lo que les hace derecho es su verdad (moral) para la resolución de conflictos, en lugar de su promulgación por las autoridades pertinentes.

Para sostener esta tesis, DWORKIN se ampara en la práctica jurídica norteamericana, citando algunos casos, como el *Riggs vs. Palmer*, en 1889 en el Tribunal de Nueva York, o el *Henningsen n.r. Bloomfield ` Motors /nc.*, en 1960 en el de Nueva Jersey.

⁵⁵ F. J. Laporta, en su obra *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid, Trotta, 2007) como un experimento mental, examina las graves deficiencias que aquejarían a un sistema de solución de conflictos integrado , únicamente por principios. Pero también se podría estudiar el caso opuesto de “un mundo sin principios”. Lo ideal sería un “modelo mixto de reglas y principios”.

⁵⁶ Principios, pautas y estándares que, además de ser utilizados por los juristas, los profesores derecho enseñan, los textos citan y los historiadores del derecho celebran (Dworkin).

En el primer caso, *Riggs vs. Palmer*, el Tribunal tenía que decidir si un hombre podía recibir la herencia de su abuelo pese a haberle asesinado, aunque las leyes sobre testamentaría no ponían impedimento alguno para conceder la propiedad al nieto anteriormente condenado por asesinato. El Tribunal de Apelación de Nueva York acordó que las leyes pueden ser controladas por máximas generales, como la de que nadie puede sacar partido de su propia injusticia, declarando que el asesino no recibiera la herencia.

En el caso *Henningsen/Motors*, el Tribunal tenía que decidir sobre si un fabricante de automóviles podía limitar su responsabilidad por un coche defectuoso. Según el contrato de compraventa, la responsabilidad del fabricante por los defectos del vehículo se limitaba a reparar tales defectos. Henningsen pretendía ante el tribunal que, al menos en su caso, la responsabilidad del fabricante no se limitara simplemente a reparar las "piezas defectuosas, sino que alcanzara a los gastos médicos y de otro orden que se derivaron del accidente tuvo con el coche comprado al fabricante demandado, no pudiendo alegar a favor de su petición ninguna norma jurídica. El Tribunal finalmente dio la razón al demandante citando varios principios, como el de que "no puede aprovecharse injustamente de las necesidades económicas de otro".

Este es uno de los aspectos más controvertidos de la teoría jurídica de Dworkin, es decir, la idea de la "*one right answer*" (la respuesta correcta). Contrariamente, los positivistas jurídicos mantienen que el Derecho tiene lagunas y que no podemos atribuir derechos concretos a personas concretas, en la medida en que el Derecho es vago o discutido. Por tanto, estos teóricos positivistas dicen que, a veces, no hay Derecho, en el sentido de que no existe Derecho para el caso concreto que nos ocupa. En estas situaciones, los jueces tienen discrecionalidad para crear nuevo Derecho que permita llenar las lagunas.

Pero Dworkin, de acuerdo con la visión general de su teoría, rechaza la idea de que los jueces tengan discrecionalidad para crear Derecho en los casos difíciles, al menos en el sentido fuerte de discrecionalidad –al que aludiremos más tarde–.

Con relación a la Regla de Reconocimiento de Hart, Dworkin rechaza la idea Hartiana de que haya una regla maestra (o test fundamental) que permita identificar a todas las reglas válidas del sistema jurídico. El motivo de esta crítica es que Hart propone, erróneamente, que el proceso de identificación de las reglas válidas del sistema es una tarea no controvertida.

Finalmente, Dworkin rechaza la separación Derecho-Moral típicamente positivista, ya que su teoría sugiere que el Derecho y la Moral están relacionados, aunque no en el sentido iusnaturalista de que si un derecho positivo no coincide con el Derecho Natural no es Derecho. Están relacionados en el sentido de que no podemos comprender el Derecho sin conectarlo con la Moral (alguna).

2. Reglas, principios y regla de reconocimiento

Dice Hart que podemos saber lo que el Derecho positivo "es" por referencia a la Regla de Reconocimiento. Es decir, la Regla de Reconocimiento identifica y clarifica ciertas fuentes (leyes, decisiones judiciales) como las auténticas fuentes del Derecho. En este sentido, una regla cuenta como "Derecho" si emana de tales fuentes. Algunas veces puede no estar claro si una regla se aplica, o no, a un cierto caso, y esto se debe a la llamada "textura abierta del lenguaje". Un ejemplo clásico es el de la interpretación del término "vehículos", a partir de la frase. "Está prohibida la circulación de vehículos por el parque". Puede no estar claro si una regla jurídica relativa a los "vehículos", debe aplicarse al carrito del repartidor de leche, a un patinete, o un coche de pedales, porque no está claro si tales artilugios cuentan como "vehículos".

En estos casos, los jueces tienen "discreción" y tienen que acudir a consideraciones políticas (incluyendo las posibles políticas incluidas en la regla) y consideraciones de justicia. Pero esto sucede en una minoría de casos. En la mayoría de casos, este ejercicio de discreción no es necesario.

Pues bien, Dworkin rechaza este planteamiento general del Derecho y del razonamiento jurídico. Para ello utiliza el conocido caso "Riggs versus Palmer" en el que el asesino alega que tiene derecho a heredar de su abuelo, la víctima. El testamento era válido y se redactó a favor del nieto asesino. Las reglas sobre sucesión testamentaria no incluían causas de indignidad para suceder, ni ninguna otra excepción. Pero el Tribunal decidió que la aplicación de las reglas jurídicas estaba sometida a los principios generales del Derecho, que incluía el principio de que "nadie debe aprovecharse de su propio delito". Decidieron que el nieto asesino, no tenía derecho a la herencia.

Según Dworkin, este caso nos muestra que el Derecho no está formado exclusivamente por reglas puestas por el legislador (reglas de letras negras) sino que incluye principios.

--Los Principios se diferencian de las Reglas en una serie de aspectos:

Primero.

Las reglas se aplican de un modo que es "todo o nada". Si una regla jurídica se aplica a un caso y es una regla válida, el caso tiene que decidirse de acuerdo con esta regla. Por ejemplo, un caso en el que se trate de un testamento que exige tres testigos mayores de edad. Por otra parte, un Principio da una razón para decidir el caso de una cierta manera, pero no da una razón concluyente. Un Principio puede ser un Principio jurídico vinculante, que es aplicable a un caso y, sin embargo, el caso no se decide, necesariamente, de acuerdo con este Principio. Esto se debe a que los Principios entran en conflicto unos con otros y deben sopesarse unos con otros.

De todos modos, aunque la distinción es real, no es tan radical como piensa Dworkin. No todas las reglas son tan concluyentes como la citada.

Segundo.

Las reglas válidas no entran en conflicto. Si dos reglas jurídicas parece que entran en conflicto no pueden ser tratadas, las dos, como válidas. Los sistemas jurídicos suelen tener criterios para resolver estos problemas como, el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad. Por otra parte, los Principios jurídicos pueden entrar en conflicto y seguir siendo, ambos, Principios jurídicos vinculantes.

Tercero.

Dado que los Principios pueden entrar en conflicto, los Principios jurídicos tienen una dimensión de "peso", que está ausente en las reglas jurídicas válidas. Es decir, las reglas jurídicas son válidas o inválidas pero no hay sopesamiento entre ellas. En cambio, los Principios deben ser sopesados, confrontados o balanceados unos contra otros, con el peso relativo que les atribuimos en cada caso concreto. De ahí que haya que "ponderar" los principios. Es decir, precisar sus condiciones de aplicación a un caso concreto⁵⁷.

Volvamos al caso *Riggs versus Palmer*. ¿No fue un caso en que se enfrentaban un Principio ("nadie se aprovechará de su propio delito") con la regla (o reglas) jurídica que regulaba la sucesión testamentaria? ¿Y no sugiere el análisis de Dworkin que los Principios sólo entran en conflicto con otros Principios y no con reglas jurídicas? La respuesta es que el caso *Riggs versus Palmer* es un enfrentamiento entre Principios y no entre Principios y normas jurídicas.

Es decir, las normas jurídicas sobre sucesión testamentaria vinculaban al tribunal. ¿Por qué? Porque hay Principios subyacentes, como el de respeto a las normas jurídicas válidamente formuladas por el legislador. Pero la vinculación de los jueces a este Principio de "sujeción a la ley", entraba en conflicto con otro Principio, el de que "nadie se aprovechará de su propio delito". El Tribunal decidió que este último Principio era el decisivo. Pero al decidir esto, no estaba decidiendo que este Principio siempre vencería al Principio de sujeción a la ley.

Lo que el Tribunal estaba decidiendo es que, en este caso concreto, permitir

⁵⁷ Veamos lo que dice, al respecto, Alexy: "Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva ... Por lo tanto, pueden ser llamados "mandatos definitivos". Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio los principios son "mandatos de optimización". En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y Jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado".

que el nieto asesino heredase de su abuelo era una infracción tan grave de los valores protegidos por el Principio de que nadie se aprovechará de su propio delito que, en este caso concreto, debía prevalecer sobre el otro. Esta importancia de los Principios no sólo está presente en Estados Unidos sino también en Europa.

"Los principios generales del Derecho no son por ello nada misterioso y alusivo, como las esencias angélicas o las abstracciones superiores, sino normalmente la propia idea central de una institución positiva desenvolviéndose en la vida de ésta y presidiendo todo su funcionamiento"⁴¹

Lo que hemos dicho del caso "Riggs versus Palmer" nos permite ver cómo los Tribunales pueden cambiar ciertas reglas jurídicas mientras las están aplicando. ¿Cómo es esto? Si los Tribunales cambian las reglas jurídicas deben desviarse de su correcta aplicación. Pero los Tribunales lo que hacen es formular una excepción a ciertas reglas jurídicas, justificada sobre la base de Principios. De este modo, en el caso jurídico mencionado, el Tribunal formuló una excepción aplicable a las normas jurídicas sobre sucesión testamentaria, apoyándose en el Principio de que nadie se aprovechará de su propio delito.

En cambio, el positivismo jurídico, al no aceptar tales Principios, dado que, normalmente, no están recogidos por la Regla de Reconocimiento, dejan el caso a la discreción judicial.

La identificación de los Principios no es como la de las normas, que se puede hacer consultando ciertas fuentes jurídicas. Para identificar los Principios tenemos que involucrarnos en argumentaciones morales y políticas. Estas argumentaciones nos ayudarán a establecer qué principios justificarán mejor un conjunto de normas jurídicas, o precedentes judiciales.

¿Puede el positivismo jurídico conciliarse con los principios jurídicos? Puede hacerlo de dos modos. Por una parte, puede admitir que los principios forman parte del derecho positivo y pueden ser identificados por la Regla de Reconocimiento y, por otra parte, puede admitir que la Regla de Reconocimiento no puede identificarlos, por lo que no son parte del derecho positivo sino consideraciones metajurídicas. Estas consideraciones metajurídicas se utilizarían por los jueces cuando ejercitan discrecionalidad, por ausencia de normas jurídicas que resuelvan el caso en cuestión.

3. EL JUEZ HÉRCULES Y LA TEORÍA MÁS RAZONABLE



¿Quién es el juez Hércules? Dworkin se inventa un juez al que llama Hércules cuya función es mostrar cómo los jueces reales deberían decidir los "casos difíciles". Dado que Dworkin no hace sociología jurídica, no trata de describir lo que hacen los jueces sino lo que deberían hacer, aunque supone que la diferencia entre los jueces reales y Hércules, sólo es de grado. Este último juez, hace su trabajo de forma más clara, rigurosa y coherente que los jueces reales. En resumen, cuando Hércules se enfrenta a un "caso difícil", porque las llamadas reglas de letras negras no resuelven el conflicto jurídico, trata de construir una teoría jurídica aplicable al caso, también llamada teoría básica.

Es decir, esta teoría jurídica consistirá en una justificación moral y política de las normas jurídicas y de las instituciones que afectan al "caso difícil" en cuestión. El resultado de esta teoría, será un cuerpo de principios capaces de justificar el "caso difícil". Hay pues dos maneras de afrontar un "caso difícil". En la teoría de Hart, si las reglas jurídicas de letras negras no dan respuesta, el juez acude a la discrecionalidad y a consideraciones extrajurídicas. Es decir, sale "fuera" del Derecho positivo. En la teoría de Dworkin, se propone elaborar la "teoría jurídica más razonable" que trata de dar una justificación moral y política de las normas e instituciones involucradas en el "caso difícil".

4. LAS CRÍTICAS DE DWORKIN Y LAS RESPUESTAS DE HART

Recuérdese que, según HART, el derecho siempre ha de quedar identificado a través de una regla de reconocimiento, dado que ésta establece el criterio último de validez. Es en este punto en el que aparece la crítica de DWORKIN a la propuesta de HART de identificación del derecho válido. Consiste aquélla en afirmar que la regla de reconocimiento, cuyo propósito es identificar las normas de un sistema jurídico, es incapaz de tal fin, puesto que no sirve para identificar los ya citados principios. La regla de reconocimiento suministra sólo criterios formales de validez, es decir, criterios relativos al origen o pedigrí de las normas. Por el contrario, los principios - que son normas que obligan jurídicamente y parte esencial del derecho- no pueden ser

identificados por medio de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento por la sencilla razón de que los principios se reconocen por criterios de contenido moral, y no por criterios formales, relativos a su pedigrí u origen"⁵⁸.

En resumidas cuentas, lo que DWORKIN critica y rechaza es que la regla de reconocimiento sólo admita como criterios de validez jurídica a los hechos y no a los valores. Ahora bien, conviene señalar que no parece que esta crítica sea acertada, porque HART -aun reconociendo su falta de atención. En ningún momento entiende que los principios y los criterios materiales de validez puedan quedar fuera de la regla de reconocimiento'⁵⁹. Son conocidas sus palabras, anteriores a las críticas de Dworkin, a este respecto: «en algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos». Con estas palabras HART estaba ya contemplando la posibilidad de una regla de reconocimiento que contuviera principios morales como criterios de validez jurídica⁶⁰.

Ahora bien, el empeño de HART por defenderse de una crítica errónea le lleva a conclusiones nada gratuitas. En efecto, la posibilidad de que la regla de reconocimiento proporcione criterios materiales de validez sitúa a este autor en la perspectiva teórica de lo que él mismo ha denominado como «positivismo suave»: Se trata de un positivismo caracterizado por entender que la regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales sustantivos de validez jurídica. Nótese bien que poder contenerlos no quiere decir que tenga que ser necesariamente así. Habrá sistemas jurídicos donde se contengan y sistemas donde no aparezcan estos criterios materiales de validez. Es este último dato el que permite sostener a HART que no es necesario, sino meramente contingente, que la moral sea un criterio de validez jurídica.

⁵⁸ En este sentido, DWORKIN escribe lo siguiente: «dije que la tesis de que existe algún criterio comúnmente reconocido es plausible si consideramos solamente las normas jurídicas simples, del tipo que aparecen en las leyes o que en los libros se destacan con negrita. Pero cuando abogados y jueces deciden un proceso, no apelan sólo a las normas jurídicas, sino también a otro tipo de estándares, llamo principios jurídicos».

⁵⁹ De hecho, COLEMAN ha escrito que ningún iuspositivista--entre los que incluye no sólo a Hart y a él mismo, sino también a Raz- ha sostenido que todas las normas jurídicas sean reglas. Genaro R. Carrió ya había escrito que «nada obsta, además, a que sean reglas del sistema aquellas metas, objetivos, *policies*, exigencias de justicia, de equidad y de moral positivas que he llamado "Principios". Pero fueron algunos autores anglosajones los que apreciaron en mayor medida este error de DWORKIN. Para Philip Soper, por ejemplo, no hay nada en Hart que evite una regla de reconocimiento con requerimientos de justicia. Por su parte, David Lyons entendió la crítica de Dworkin como una caricatura del positivismo que descansa en dos errores: uno, que el uso del pedigrí como una prueba para la existencia de las normas jurídicas excluya las pruebas de contenido; y, otro, que HART no pone ningún límite a la clase de pruebas que pueden emplearse para identificar normas jurídicas válidas.

⁶⁰ En su *Post Scriptum* HART reiterará esta idea al afirmar que «además de tales cuestiones de pedigrí, la regla de reconocimiento puede proporcionar pruebas referidas no sólo al contenido fáctico de las normas sino a su conformidad con valores o principios morales sustantivos».

Una vez que DWORKIN considera demostrada la ineptitud de la regla de reconocimiento para reconocer los principios y, por tanto, inservible para su propio fin, cual es el de la identificación de las normas jurídicas, dicho autor entiende que es una tarea fácil el rechazo de cada una de las tesis del positivismo jurídico. Y de ahí que su siguiente paso sea ir demostrando, una por una, la falsedad de las tres tesis positivistas propuestas por HART.

1) En primer lugar, y debido a que la tesis del pedigrí no funciona en los principios, resulta sencillo para DWORKIN desmontar la tesis de las fuentes sociales del derecho. Su conclusión radica en afirmar que la tesis de las fuentes sociales del derecho no es verdadera, ya que no todo el derecho queda determinado por hechos sociales. La regla de reconocimiento puede servir para identificar normas por su origen o pedigrí, pero la validez de los principios proviene de su contenido moral. La conclusión parece obvia: ni todo el derecho está formado por hechos sociales ni la regla de reconocimiento sirve para identificar todo el derecho.

2) Respecto a la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, el razonamiento de DWORKIN es paralelo e igual de simple que en el caso anterior. Así, si es erróneo suponer que en todo sistema jurídico ha de haber una regla de reconocimiento que permita determinar qué normas cuentan como derecho y cuáles no, entonces no es posible establecer una distinción final entre las normas jurídicas y las normas morales y, por tanto, no existe una separación entre derecho y moral.

Para Hart, la tesis de las fuentes sociales del derecho seguirá siendo verdadera en todos aquellos sistemas jurídicos que no incorporen criterios morales de validez jurídica y convivirá junto con los principios morales en aquellos sistemas que sí los incorporen. Esto permite concluir, por otro lado, que la separación entre derecho y moral como materia conceptual sigue siendo verdadera, puesto que para definir el derecho en general no son necesarias las referencias a la moralidad.

3) Por último, la crítica más elaborada de DWORKIN arremete contra la tesis de la discrecionalidad judicial. A este respecto, DWORKIN distingue entre dos sentidos del término discrecionalidad, uno débil y otro fuerte. Se habla de discrecionalidad en sentido débil cuando las normas que debe aplicar un funcionario no pueden aplicarse mecánicamente, sino que exigen algún tipo de discernimiento por su parte. Así, se alude a este sentido débil en aquellas situaciones en las que, aun cuando el derecho ofrezca una respuesta al caso objeto de la decisión, esta solución no es obvia, de manera que identificarla requiere un proceso intelectual complejo.

Por el contrario, DWORKIN se refiere a la discrecionalidad en sentido fuerte para designar la situación en que un funcionario, en lo que respecta a algún problema, no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. La discrecionalidad fuerte se puede definir como la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente admisibles. Este sentido fuerte de la

discrecionalidad será el usado por HART, cuando el juez, debido a la indeterminación del derecho en un caso concreto, no se ve vinculado por ninguna fuente jurídica y puede elegir cualesquiera criterios extrajurídicos para resolver el caso, respetando los límites que anteriormente se señalaron.

Pues bien, DWORKIN atribuye a los positivistas, por lo menos en algunas ocasiones, una discrecionalidad en sentido fuerte en los casos difíciles. Partiendo de esta atribución, este autor dirige una crítica contra la tesis de la discrecionalidad en este sentido fuerte. En su opinión, la potestad creadora de los jueces cercenaría dos principios básicos, el de separación de poderes y el de la seguridad jurídica.

a) Según el principio de separación de poderes, el poder de crear derecho corresponde a un grupo de individuos elegidos por la mayoría del pueblo -y que los representa-, los cuales son políticamente responsables de sus actos ante aquélla. Los jueces, al no ser elegidos democráticamente, en su mayoría, y al no ser, en la práctica, responsables, al menos de la misma manera en que lo son los parlamentarios, romperían el principio de separación de poderes si legislaran.

b) El segundo principio que dañaría la creación judicial del derecho sería el de seguridad jurídica. En palabras de Dworkin, «si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho».

Una vez más, la conclusión de DWORKIN en este punto también es relativamente sencilla. Si el conjunto de normas jurídicas no queda integrado simplemente por reglas (es decir, por normas que se caracterizan por su pedigrí), sino también por principios (esto es, por normas que se caracterizan por su contenido) el conjunto de estándares jurídicos se incrementa de tal forma que disminuyen hasta casi el límite el número de casos difíciles. Precisamente por ello, entonces la necesidad de la discrecionalidad fuerte queda reducida, ya que cede notablemente al incrementarse el número de estándares jurídicos al que poder recurrir. Ahora ya no sólo se cuenta con las reglas, sino que también están los principios. Además, con la utilización de estos principios podrá llegarse a contar siempre con una respuesta, única y correcta, para todo caso que ante cualquier juez se presente.

Recuérdese que una de las acusaciones de DWORKIN a la tesis de la discrecionalidad judicial es su tacha de antidemocrática e injusta, al vulnerar tanto el principio de la separación de poderes como el de la seguridad jurídica. Pues bien, a la acusación de tesis antidemocrática responde HART con un argumento ya conocido, por cierto, en la literatura jurídica: puede que resulte necesario pagar el precio de que los jueces tengan cierto poder creador del derecho si con ello se evita recurrir a otros medios alternativos para resolver esas situaciones, como podría ser el de referir los casos no regulados al poder legislativo. Aún más, ese precio puede ser pequeño si los jueces ven restringidos sus poderes de creación de manera que no puedan emprender

amplias reformas, sino sólo circunscribirse a cuestiones específicas. Además, la delegación legislativa limitada a los jueces no representa una amenaza mayor para la democracia que el caso de la delegación legislativa al poder ejecutivo y, ésta, ya existe.

En definitiva, ninguna de estas críticas a la tesis positivista de la discrecionalidad judicial le parece convincente a HART, no retrocediendo ni un ápice en su postura ni admitiendo nada de las críticas de DWORKIN.

**KELSEN
DWORKIN**

HART

Positivista
crítica

Neo-Positivista

Anti-Positivista:

Norma
principios

Reglas:
primarias y secundarias

norma/reglas y

No hay lagunas
en

“Casos difíciles”: tesis de la
discrecionalidad judicial

Respuesta correcta
“casos difíciles”:

Principios/

Creación del Derecho

Ponderación/
No
discrecionalidad

argumentaciones

Jueces y TB aceptan la regla
de reconocimiento
“pedigrí” de las reglas

- Principios:
morales y políticos
- Reglas o normas: se
identifican consultando
fuentes jurídicas

- CASO PRÁCTICO 2: INTERPRETACIÓN Y PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CASO A): CONFLICTO ENTRE DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El Tribunal Constitucional, en la STC 3/1997, de 13 de enero, dictada en un proceso promovido por un recurso de amparo, da respuesta a una controversia en la que se ven involucrados distintos derechos fundamentales. Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron: el 8 de septiembre de 1984, un periódico publica, en la sección de “cartas al Director”, una carta titulada “El judo en los juegos olímpicos de los Ángeles”, firmada por J.L.A., quien se calificaba a sí mismo como cinturón negro de judo, primer dan.

En dicha carta se critica la mala gestión de L.B. entonces presidente de la Federación española de judo (e indirectamente, la crítica se extiende también al Consejo Superior de Deportes y al Ministerio de Cultura, por no tomar medidas al respecto), de quien se afirman varios extremos (que supuestamente ya habían aparecido en varios medios de comunicación), como por ejemplo, que no ofreció ayuda alguna para la preparación olímpica de los atletas, que amenazó a algunos de ellos por si estos hablaban, que realizaba viajes sin el correspondiente permiso de sus superiores, que sancionó a reconocidos judocas sólo por expresar en los medios de comunicación lo que pensaban de él, etc. E incluso se hacen otras afirmaciones que podrían llegar a interpretarse como la imputación de un delito de malversación de caudales públicos.

Por su parte, L.B., tras iniciar infructuosamente la vía penal contra el periódico, exige responsabilidad civil por haberse vulnerado su derecho al honor y, tras varias instancias, finalmente el Tribunal Supremo estima su pretensión, condenando al periódico a pagar una indemnización de 5 millones de ptas. y a publicar parcialmente la sentencia. Contra esta resolución el periódico interpuso recurso de amparo, el cual obtuvo del Tribunal Constitucional, que revocó la sentencia del Supremo.

La publicación de una carta es una actividad que puede entenderse amparada en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (art.20.1 a) CE) –aunque en la sentencia también se discute si no estaríamos en el ámbito del derecho a transmitir información veraz (art. 20.1.d) CE). Sin embargo, también puede considerarse ese derecho una conculcación del derecho al honor (art.18.1 CE), puesto que el contenido de la publicación afecta negativamente a la credibilidad y a la buena imagen pública de esa persona: a) Desde la libertad de expresión: la publicación de la carta sería una acción jurídicamente permitida, ya que supone la manifestación por escrito de ciertas opiniones sobre una determinada persona; b) Desde la óptica del derecho al honor: sería una actividad jurídicamente prohibida, dado que se perjudica la credibilidad y buena imagen pública de un individuo concreto. ¿Se produce aquí un auténtico conflicto, en sentido normativo?

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL –SALA SEGUNDA nº 3/1997, de 13 de enero de 1997

1. Al autorizar el medio de comunicación la publicación de un escrito ajeno cuyo autor se ha identificado previamente será éste quien asuma la responsabilidad que del mismo pueda derivarse si su contenido resulta lesivo del derecho al honor de una tercera persona. Sin embargo, la situación es muy distinta si el escrito ajeno es publicado sin que el medio conozca la identidad de su autor, pues en tal supuesto dicho escrito no constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación por el medio, conforme a la doctrina expuesta en nuestra STC 159/1986. De suerte que al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor, ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido. Lo que entraña una doble consecuencia: en primer lugar, que el ejercicio de las libertades que el art. 20.1 reconoce y garantiza habrá de ser enjuiciado, exclusivamente, en relación con el medio, dado que el redactor del escrito es desconocido. En segundo término, que al medio le corresponderá o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del escrito si su contenido ha sobrepasado el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información y, en su caso, de la libertad de expresión, lesionando el honor de terceras personas o, por el contrario, lo ha respetado.

2. Del examen del contenido de la «carta al Director» se desprende con claridad que la misma, en atención a su contenido, no puede ser enjuiciada ni exclusiva ni principalmente en relación con el ejercicio de la libertad de información, dado que los hechos a los que se refiere su redactor con imprecisa referencia a terceros en realidad sólo le sirven de base para llevar a cabo una crítica, censura o denuncia del comportamiento de la persona que por aquel entonces era Presidente de una Federación deportiva. A lo que va unida, asimismo, una crítica a los organismos superiores del Deporte por permitir que esa persona continúe en el ejercicio de ese cargo. De manera que es el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión el que ha de ser contrastado con el límite que constituye el derecho al honor del demandante en el proceso «a quo» .

3. Tenemos declarado que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 a) C.E., los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se trata de simples particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC 107/1988, 105/1990 y 85/1992, entre otras). Asimismo, que la crítica legítima en asuntos de interés público ampara incluso aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen (STC 85/1992). Aunque hemos precisado que quien ejerce esa libertad no puede olvidar que la misma, como los demás derechos y libertades fundamentales, no es absoluta. Si la convivencia en libertad y la paz social tienen como fundamento el respeto tanto de la dignidad de la persona como de los derechos de los demás (art.

10.1 C.E.), es claro que no puede estar amparado por la libertad de expresión quien, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas para el honor de la persona que es objeto de la crítica, aun cuando ésta tenga un carácter público, pues tal carácter no le priva de ser titular del derecho al honor que el art. 18.1 C.E. garantiza (SSTC 190/1992 y 336/1993). Máxime si tales expresiones no se han pronunciado de forma improvisada, en una entrevista o en una intervención oral en un debate, «sino que han sido consignadas con el sosiego y la meditación que cabe presumir en quien redacta un escrito que se destina a su publicación en un diario» (STC 336/1993).

4. Del contraste entre lo estimado en la Sentencia aquí impugnada con la doctrina que se acaba de exponer ha de llegarse a la conclusión de que en el presente caso no se ha sobrepasado el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión en relación con el límite de la misma que constituye el derecho al honor. Al respecto han de tenerse presente, en primer lugar, las circunstancias concurrentes en el momento de publicarse la «carta al Director». Las expresiones en ella contenidas, en efecto, fueron vertidas en el contexto de un debate público, en el que se registran diversas informaciones y declaraciones aparecidas en diferentes medios de comunicación social en fechas inmediatamente próximas a la publicación de dicho escrito. Con la particularidad de que en alguna de las declaraciones de los judocas se manifiesta que era necesario que hubiera «un escándalo» para que se conozca por todos quien es el Presidente de la Federación y no sea votado en las próximas elecciones. Asimismo, es innegable la existencia de una situación de conflicto entre los atletas y el Presidente de la Federación así como entre ésta y el C.S.D. El examen de la carta al Director, en segundo término, pone de relieve, como antes se ha dicho, que la exposición de ciertos hechos sólo sirven de apoyo para criticar o censurar ante la opinión pública el comportamiento de la persona responsable de dicho organismo deportivo. Las expresiones vertidas en la carta juzgando desfavorablemente la conducta del Presidente de la mencionada Federación se sitúan, pues, en el terreno de la crítica a una persona que, por la actividad pública que llevaba a cabo, estaba sujeta a un riguroso control de la misma por parte de la opinión pública. Con la consiguiente ampliación de los límites permitidos a tal crítica por referirse a asuntos de interés general, como tiene declarado la doctrina de este Tribunal.

5. Forzoso es admitir que, aun careciendo de rigor la denuncia, tales expresiones se encuadran claramente en el ámbito de la crítica a la actividad pública del Presidente de una Federación Deportiva. Y apreciadas tanto en su contexto como en relación con las circunstancias del momento en que se redacta la carta al Director, no cabe considerar que sean lesivas del honor de quien, como Presidente de un organismo deportivo, administra caudales públicos. Cabe observar además que la denuncia del comportamiento del Presidente de la Federación está basada no en una afirmación sino en un hecho hipotético («Si el C.S.D. dice ...») y que la crítica contenida en la conclusión está dirigida a la actitud pasiva del C.S.D. caso de haberse producido tal supuesto. Y por lo que respecta a la pregunta retórica que cierra el segundo inciso de

ese apartado, una expresión en la que por su forma interrogativa no se afirma que los dos hechos hayan ocurrido, sino sólo que es posible que ocurran si no se impiden .

6. No cabe considerar, por tanto, que con tales expresiones el redactor de la carta haya querido imputar a esa persona la comisión de hechos susceptible de constituir un delito, como ha estimado la Sentencia impugnada en este proceso constitucional. En realidad, tanto con las expresiones que se acaban de examinar como con las que se refieren al estado de las cuentas de la Federación se viene a expresar una denuncia: que el C.S.D. debe fiscalizar las cantidades que han sido entregadas a dicho organismo ante un posible comportamiento irregular de su Presidente, evidenciado a juicio del redactor del escrito en las noticias aparecidas en los medios de comunicación sobre las dietas de los atletas y las cantidades destinadas a la preparación de éstos para los Juegos Olímpicos. Pero no cabe considerar que esta opinión, aun siendo desfavorable, entrañe una lesión del derecho al honor, ya que se ha expresado, como queda dicho, en el contexto de una crítica al comportamiento público de una persona pública y que por su cargo administraba caudales del mismo carácter.

CASO B): CONFLICTO ENTRE DERECHO A LA INTIMIDAD E INVESTIGACIÓN PENAL

La STC 37/1989, de 15 de febrero, nos puede ayudar a entender mejor la situación. En ella el tribunal resuelve un recurso de amparo interpuesto por una mujer que se oponía a una providencia de un juzgado de instrucción de Málaga que ordenaba una prueba pericial consistente en un examen ginecológico para recabar pruebas de un posible delito de aborto, por considerar que se atentaba contra su derecho a la intimidad, reconocido en el art.18.1 CE. Aunque el tribunal concedió el amparo a la recurrente (por defectos formales en la resolución judicial que ordenaba las pruebas), en la sentencia se afirma que “el derecho fundamental aquí comprometido –intimidad personal- no ampara ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito [...] Ni la intimidad puede [...] afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo (Fundto. Jurídico octavo). El tribunal sostiene con esta doctrina que, al menos en ciertos casos –como ocurre con la verdad cuando no puede ser obtenida de otro modo- prevalece el interés público en la persecución y castigo de los delitos. Y esto último no es un derecho fundamental sino un bien constitucionalmente protegido –aunque no explícitamente-. Sin embargo, esta preferencia a favor del interés público en la persecución de los delitos sobre el derecho a la intimidad no puede establecerse automáticamente. Es preciso que “la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*”. En esta sentencia, como acertadamente advierte D. Martínez Zorrilla, “se reconoce que la actividad ordenada por la resolución judicial afecta a un ámbito protegido constitucionalmente por el derecho fundamental a la intimidad, pero esta pretensión cede (o puede ceder) frente al bien del interés público en la persecución y castigo de los delitos.

TEMA 10 - EL NEOCONTRACTUALISMO

TEMA 10 - EL NEOCONTRACTUALISMO

--**JAMES BUCHANAM** (se basa en Hobbes) –**Teoría económica de la Constitución**

-Pretende justificar porqué egoístas racionales aceptan vivir bajo un marco normativo institucional. Versión empirista del estado de naturaleza.

-Contrato constitucional (“cocktel constitucional” para salir de la jungla hobbesiana) tiene 4 ingredientes:

1. Acuerdo de desarme: los individuos renuncian al ejercicio de la violencia
2. Definición de derechos: reglas por las que se atribuyan derechos
3. Establecimiento de una agencia de control y seguridad (Estado protector) que garantice, mediante la fuerza común, el respeto a lo pactado
4. Acuerdo para el establecimiento de reglas por las que también ha de regirse el Estado protector

---- **ROBERT NOZICK** (se basa en J. Locke –libertad y propiedad-) –Justificación de un Estado mínimo pero sin contrato social: mecanismo de la “mano invisible”. -Versión normativista del estado de naturaleza. -“**Sólo un Estado mínimo es legítimo**”. - Vg. Jugador W. Chamberlain.

-El Estado se explica y justifica no como resultado de un acto deliberado de decisión colectiva sino como el resultado no intentado de un conjunto de transacciones privadas.

-El proceso de fundamentación del Estado mínimo tiene 4 etapas:

1. Establecimiento de Agencias de protección para defender los derechos.
2. Establecimiento de Agencia de protección dominante entre la red de Agencias:
No es un Estado porque si así fuera, debería: a) monopolizar el uso de la fuerza;
b) universalizar los servicios de protección
3. Estado ultramínimo (acaba monopolizando el uso de la fuerza para defender)
4. Estado ultramínimo ----- Estado mínimo (limitado a las estrechas funciones de control y de seguridad): acaba universalizando los servicios de protección.

----- **JOHN RAWLS** (se basa en J.J. Rousseau –voluntad general- y en I. Kant – universalidad-)

- No adopta formas neo-liberales (Buchanam y Nozick) sino liberal-igualitaria

- Pretende superar el intuicionismo y el utilitarismo. No es ni empirista ni normativista.

-**Teoría de la justicia**: 1. Principio de libertad: iguales libertades para todos
2. Principio de diferencia: autoriza desigualdades con 2 condiciones:
a) Respeto al principio de igualdad de oportunidades
b) Desventajas redunden en beneficio de los más desfavorecidos

-- Experimento mental:

-Pueblo en la posición original (*People original position*) PoPs: reunión imaginaria de seres

- racionales que sean libres para decidir e iguales (concepto de autonomía kantiano).
- Velo de la ignorancia: ignoran unos conocimientos y poseen otros (condiciones objetivas y subjetivas): guiados por razones de autointerés deberán hacer su elección.
 - Juego (*birning games*) hasta llegar, por unanimidad, a la formulación de los principios de justicia. Condiciones de imparcialidad y universalidad para sus elecciones.
 - *Regla maximin*: máximo de los mínimos. Procurar obtener lo mejor en la peor situación posible. - Levantamiento gradual del velo de la ignorancia (4 etapas).
 - Críticas a su Teoría de la Justicia.



James Buchanan



TEMA 10

EL NEOCONTRACTUALISMO

ROBERT NOZICK Y JOHN RAWLS

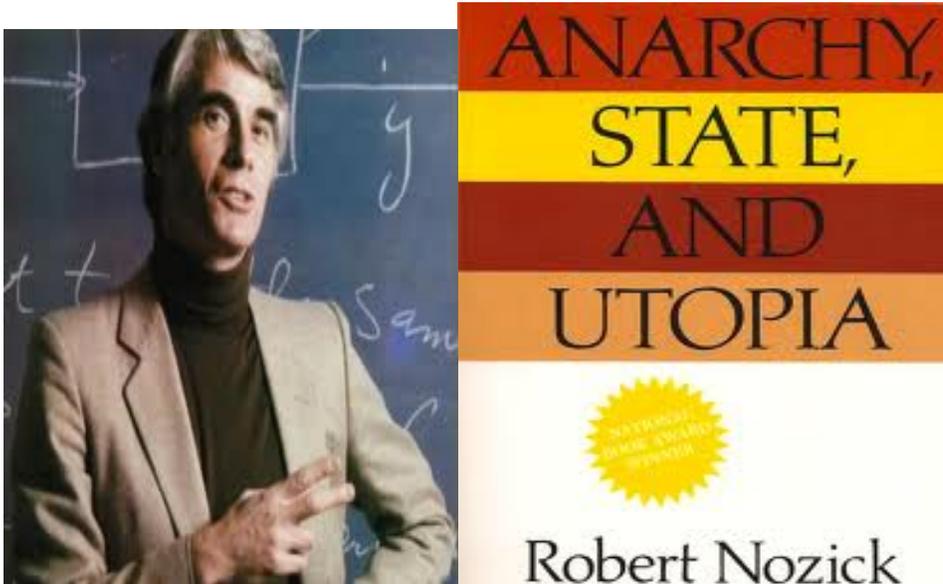
1. El neo-contractualismo

El “necontractualismo no designa una corriente homogénea. Engloba varias corrientes con propósitos, metodología y enfoques diferentes. Nos vamos a ocupar de dos de las más significativas, las de R. Nozick y la de John Rawls. Cada uno de ellos enlaza con alguno de los modelos contractualistas clásicos, pero en todo caso lo hacen de forma innovadora.

La teoría del estado defendida por Nozick adopta premisas y conclusiones lockeanas, pero pasa de las unas a las otras por un camino diferente del elegido por Locke. Es decir, trata de justificar un “Estado mínimo”, que no difiere sustancialmente del lockeano, partiendo del estado de naturaleza que tampoco difiere sustancialmente del lockeano, pero sustituye el expediente teórico del contrato social por un mecanismo de “mano invisible”: el Estado se explica y se justifica no como resultado de un acto deliberado de decisión colectiva sino como el resultado no intentado de un conjunto de transacciones privadas que no vulneran los derechos individuales establecidos por la ley natural lockeana.

La teoría de Rawls representa un intento de utilizar un esquema neocontractualista, desde la perspectiva rousseauiano-kantiana, no para una reconstrucción racional del estado o de la constitución sino para una fundamentación de principios de justicia. Mientras que las doctrinas de J. Buchanan y R. Nozick representan formas neoliberales de reacción a la crisis del Estado del bienestar, la teoría de Rawls apunta a una concepción de la justicia de carácter social-democrático que en cierta medida permite asentar las bases normativas para reorientar el Estado del bienestar.

2. ROBERT NOZICK: LIBERTAD SOBRE IGUALDAD (*Anarquía, Estado y Utopía*, 1974)



--BASE DE SU TEORÍA

1) La desigualdad económica, como resultado de los intercambios no forzados entre individuos libres es inobjetable moralmente

por tanto

resulta injusto redistribuir por la fuerza la riqueza adquirida de ese modo

2) El Estado debería limitarse a suministrar los bienes públicos que hacen posible el libre mercado: el derecho, los jueces, la policía, el ejército y el mínimo de instituciones políticas y administrativas imprescindible para gestionarlos.

. La educación, la asistencia sanitaria, las carreteras, la limpieza de las calles, el mantenimiento de los parques y jardines, las bibliotecas públicas y cualquier otro bien público que exceda del Estado mínimo debe ser provisto por el mercado, no por el Estado.

3) Cuando el Estado adopta medidas redistributivas de la riqueza, atenta contra la dignidad de los contribuyentes, pues se sirve de ellos como de meros medios para lograr el bienestar de otras personas (el usar a otros sólo como medio es inmoral, como afirmaba Kant).

. El respeto hacia el derecho de propiedad implica que ayudar a los más necesitados consiste en dejar esa tarea en manos de la libertad individual, es decir, la caridad ejercida voluntariamente por los más ricos.

. Nozick, partiendo de la teoría del contrato social de Locke, sustituye el expediente teórico del contrato social por un mecanismo de “mano invisible”:

. El Estado se aplica y se justifica no como resultado de un acto deliberado de decisión colectiva, sino como el resultado no intentado de un conjunto de transacciones privadas que no vulneran los derechos individuales establecidos por la ley natural lockeana.

. La libertad y la igualdad no son compatibles ya que los intentos de mantener una libertad igual obligaría a constantes interferencias en la libertad.

--EJEMPLO: supongamos que todos al iniciar el año tenemos la misma suma de dinero. Visto que todos haremos intercambios, esas transacciones modificarán la igualdad inicial de riqueza. Eso es lo que puede suceder si un famoso jugador de baloncesto, Wilt Chamberlain en el ejemplo de Nozick, cobra a cada espectador una cuantía por asistir al partido. Imaginemos que con cada entrada se cobra un euro más a cada espectador que, voluntariamente, lo dá para que vaya a parar a una caja exclusiva de Chamberlain. Los espectadores, admiradores de Chamberlain, dan y pagan con gusto ese euro más para ver Chamberlain jugar. Al final, el deportista tendrá mucho más dinero que el resto.

Las personas están entusiasmadas viéndolo jugar; para ellos vale el precio total de la entrada. Supongamos que en una temporada, un millón de personas asisten a los juegos del equipo local y que Wilt Chamberlain termina con un millón de Euros... ¿es injusta esta nueva distribución D2? Si es así, ¿por qué? (...) cada una de estas personas decidió dar 1 Euro de su dinero a Chamberlain. Pudieron haberlo gastado yendo al cine. Pero todas ellas, al menos un millón de ellas, convinieron en dárselo a Chamberlain a cambio de jugar al baloncesto.

Según Nozick, dado que las transacciones no han sido coaccionadas (nadie fue obligado a asistir al partido y pagar la entrada) el resultado de las mismas tiene que ser justo. Pero este resultado justo da lugar a una redistribución desigual de la riqueza. Si queremos restablecer la igualdad inicial tendremos que interferir en la libertad de las personas.

. La interferencia continua con la libertad se produce siempre que tratamos de aplicar modelos pautados de justicia. Esos modelos ven la justicia como un sistema de distribución que tiene que realizarse o materializarse. Esa distribución se puede hacer conforme a diversos modelos: según la necesidad, según los métodos, distribución igual, etc.

. Solamente un Estado mínimo está moralmente justificado, porque no viola los derechos de las personas. Apelando a la “mano invisible”, es decir, a la interacción espontánea de los individuos, se explicaría que aparecieran asociaciones civiles y políticas, sin necesidad de apelar al contractualismo de Rawls (la posición original).

. Igual a la doctrina de Locke, en el estado de naturaleza de Nozick, regiría una ley natural que atribuye derechos a los individuos, es decir, una ley natural que define los ámbitos de acción individual que no deben ser quebrantados por los demás. Su intención es la de mostrar que, si admitimos la existencia de derechos naturales al estilo de los de Locke, entonces el Estado (a decir verdad, no cualquier forma de Estado sino un Estado mínimo lockeano, limitado a las estrechas funciones de control y seguridad y tráfico social) es justificable porque podría surgir como resultado – no pretendido, pero legítimo-, de un conjunto de actividades de los individuos, llevadas a cabo sin invadir los derechos individuales de los demás.

--EL PROCESO DE FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO MÍNIMO puede describirse en CUATRO ETAPAS:

1) situados en una situación de anarquía lockeana, algunos individuos, haciendo uso de sus derechos naturales, forman asociaciones de mutua protección y confían sus derechos a agencias de protección para que les defiendan sus derechos básicos: vida, libertad y propiedad

2) la existencia de una agencia de protección estimula la aparición de otras hasta que surge una red de agencias que disputan el mercado del bien “servicios de protección”. Es previsible que con el tiempo, y en virtud de las fuerzas del mercado, surja por selección competitiva una “agencia de protección dominante” en un territorio.

--Esta agencia, a primera vista, no es un Estado. Para que fuese tal tendría que:

a) monopolizar el uso de la fuerza dentro del territorio – y parece que la agencia dominante no puede hacer tal cosa, porque no puede prohibir a los independientes, que no contrataran sus servicios, hacer uso del derecho natural a ejecutar la ley natural cuando consideren que han sido violados sus derechos

b) universalizar los servicios de protección dentro del territorio – cosa que tampoco puede hacer porque extender sus servicios de protección a los independientes sería transferir indebidamente fondos de los clientes (que sí han pagado por ellos) a los independientes (que ni han pagado ni desean hacerlo).

. La agencia dominante es un Estado ultra-mínimo, es decir, que detenta el monopolio de la fuerza en un territorio dado que debe actuar así para proteger a sus clientes. Por ello, un Estado ultra-mínimo debe

ser (transformarse en) un Estado mínimo, universalizando los servicios de protección.

3) solamente la agencia dominante, desde su posición precisamente dominante, puede prohibir de forma efectiva a los independientes el uso de la fuerza. Es decir, detenta el monopolio de la fuerza, sino “de iure” sí al menos “de facto”. Consigue el cuasi-monopolio de la fuerza, protegiendo solamente a sus asociados, es decir, a los que han pagado una cuota por su protección. En otras palabras, la agencia dominante es un Estado ultramínimo

4) pero la prohibición de una actividad legítima debe ir acompañada de una compensación. Y la única forma de compensación adecuada es la de extender a los afectados (los independientes) la protección. En otras palabras, la agencia dominante puede monopolizar la fuerza (ser un Estado ultramínimo) si universaliza los servicios de protección (es decir, si se convierte en un Estado mínimo). Es decir, el Estado ultramínimo pasa a garantizar los derechos básicos de todos, inclusive de los que no pagan las cuotas, por motivo de seguridad general. Este es el Estado mínimo.

. Solamente un Estado mínimo es legítimo: cualquier Estado más amplio –por ejemplo, uno que asuma funciones redistributivas por considerarlas de justicia social– es ilegítimo porque viola los derechos individuales naturales.

. Aquellos que defienden las teorías modelo de la justicia entienden la justicia social como si se tratase de cómo se reparte la riqueza global. Esto, según Nozick, resulta equivocado porque nadie tiene derecho a tratar la riqueza global como si fuese una gran tarta que se tiene que repartir. Ello obedece a que la riqueza no cae del cielo sino que es el resultado del esfuerzo de los individuos.

. Las personas tienen unos derechos básicos: la propia propiedad de uno mismo (*self-ownership*), libertad y propiedad. Con independencia de los planes de vida de las personas, estos derechos no se deben violar. La propiedad de cada uno sobre sí mismo significa que tengo un derecho exclusivo sobre mi persona y sobre los resultados de mis actividades. Ello implica que tengo el derecho de libertad y que nadie puede interferir en él a menos que yo interfiera en el de los otros. También implica que tengo el derecho de propiedad, ya que tengo derecho exclusivo sobre mí mismo y sobre los resultados de mi actividad.

. Nozick no puede incluir, entre los derechos básicos, un derecho al bienestar que es característico de las teorías del modelo de justicia. Si lo hiciera, violaría las exigencias del *self-ownership*. Es decir, si yo tengo un derecho al bienestar, tengo derecho sobre otras personas para que me ayuden en la consecución de cierto nivel de bienestar.

PERO

-¿de qué sirve la libertad si no tienes un trozo de pan o un techo donde cobijarte?

-¿de qué nos sirve la libertad más que a la hora de elegir debajo de qué puente vivir?

La libertad no tiene sentido si no existe un Estado que garantice al menos un marco mínimo en el que los individuos puedan ejercerla.

Ya hemos visto las dificultades de intentar armonizar la libertad y la igualdad. Entendemos que el Derecho y el Estado deben contribuir a hacernos más libres y, al mismo tiempo, más iguales, gracias a una adecuada política redistributiva. Precisamente, uno de los grandes problemas del pensamiento jurídico actual es el que se refiere a la compatibilidad entre libertad e igualdad.

Nozick considera que la libertad e igualdad no son compatibles ya que los intentos de mantener una libertad igual, obligará a constantes interferencias en la libertad⁶¹. Subraya Nozick que la interferencia continua con la libertad, se produce siempre que tratamos de aplicar modelos pautados de justicia. Estos modelos ven la justicia como un sistema de distribución que tiene que realizarse o materializarse. Esta distribución puede hacerse conforme a diversos modelos: según la necesidad, según los méritos, distribución igual, etc.

Nozick entiende el estado de naturaleza de forma normativista, Al igual que en la doctrina de Locke, en el estado de naturaleza de Nozick regiría una ley natural que atribuye derechos a los individuos, es decir, una ley natural que define ámbitos de acción individual que no deben ser quebrantados por los demás. Su intento es mostrar que, si admitimos la existencia de derechos naturales al estilo de los de Locke, entonces el Estado (a decir verdad, no cualquier forma de Estado sino un Estado mínimo lockeano, limitado a las estrechas funciones de control y seguridad del tráfico social) es justificable porque podría surgir como resultado –no pretendido pero legítimo- de un conjunto de actividades de los individuos llevadas a cabo sin invadir los derechos individuales de los demás.

Para Nozick, el Gobierno no tiene derecho a interferir en el mercado, en los intercambios libres que llevan a cabo los individuos, ni siquiera con la pretensión de incrementar la eficiencia o la utilidad. En su opinión en Rawls habría un peligro de pendiente resbaladiza que podría llevar a la intervención opresiva o a la planificación económica por parte del Estado.

---CRÍTICAS a la teoría de Nozick:

- Dada la libertad que tiene cualquier agente sobre su propio agente y sobre los objetos externos que haya podido adquirir a través de los principios de adquisición y transferencia, entonces, nada impide técnicamente que toda la tierra habitable pueda ser algún día propiedad privada de un número muy reducido de agentes.
- Y si estos tuvieran el deseo de imponer a todos los demás individuos y usuarios de sus bienes cualquier prohibición, por ridícula u onerosa que fuera, ¿no habría nada que objetar?, ¿asumiría el libertario, impertérrito,

⁶¹ Vid. NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F:C.E., 1988.

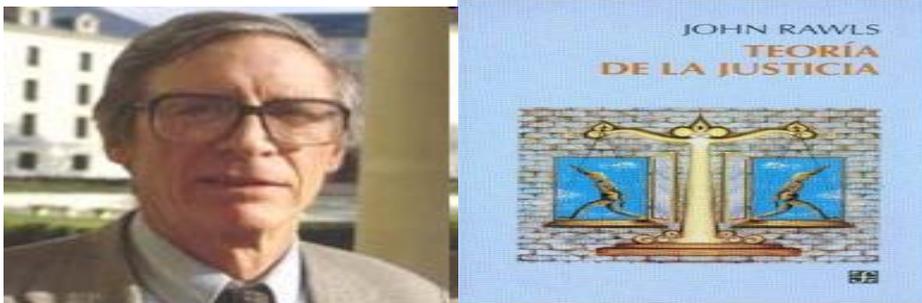
esta situación que se deriva de los postulados de su propia teoría? Parece que al propio Nozick esto no le acaba de agradar, y sugiere la necesidad de establecer nuevos derechos fundamentales que eviten una situación como la descrita. Es decir, propone poner límites a lo que un individuo puede hacer con sus propiedades, en aras de la protección de intereses legítimos de otros individuos.

- Imaginemos que una sociedad libertaria recibe algún tipo de amenaza externa o interna que pone en serio peligro la subsistencia del propio grupo como tal. En este caso, ¿dejaría el libertario que cada individuo actuara libremente, aun cuando ello condujera a la desaparición de su sociedad, o estableciera algún tipo de medida externa y coactiva sobre los individuos en aras de la protección del bien común?

3. JHON RAWLS: LIBERTAD E IGUALDAD⁶²

-Levanta el complejo edificio de su teoría de la justicia con el fin de defender una concepción de justicia que, asumiendo el riesgo de simplificar, podríamos caracterizar como social-democrática o liberal-igualitaria.

- Su propósito es el de justificar unos principios de justicia que puedan servir para establecer cuándo ciertas normas e instituciones sociales puedan considerarse justas o injustas.



- Su teoría de la justicia pretende superar:

- el intuicionismo: corriente que consideraba que la única vía para el conocimiento de la justicia es la intuición.

-el utilitarismo, concepción que considera que la justicia depende de las consecuencias de las acciones o de las normas.

EJEMPLO: un individuo ahorra dinero durante cierto tiempo, sacrificando ciertos deseos, para poder realizar un viaje al final del año. Lo que hace el utilitarismo es ampliar esa forma de tomar decisiones a la sociedad globalmente considerada. El utilitarismo traslada a la sociedad el principio de decisión racional de los individuos, lo que no es aceptable. Una cosa es que un individuo, porque él lo decidió, haga sacrificios y ahorre para realizar un viaje, como citamos anteriormente, y otra es que sea la sociedad la que decida por él, anulando la autonomía e individualidad de las personas

Para Rawls no resulta admisible que se considere más conveniente tomar en consideración la felicidad aumentada de un grupo, por ejemplo, a costa del sufrimiento de otro individuo o de otro grupo.

-A partir de la prioridad de lo justo sobre lo útil (al contrario del utilitarismo), Rawls pretende construir una serie de principios de justicia que no presupongan una concepción concreta de vida buena y valiosa, utópica.

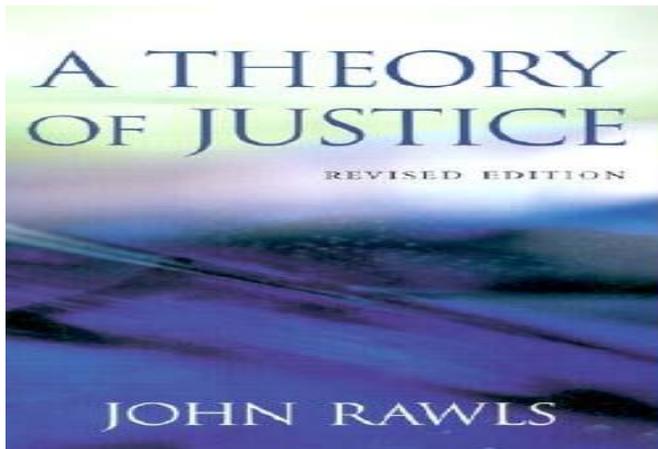
⁶² RAWLS, John, *Theory of Justice*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1973. Hay traducción al castellano de M.D. González Soler, *Teoría de la Justicia*, Madrid, F.C.E., 1978.

Es decir, que no tomen partido desde el principio, por un proyecto o plan de vida determinado. Rawls no pretende formular una sociedad ideal, utópica, sino justa. Su teoría parte de utilizar criterios de prudencia racional y articularlos de forma coherente con dos exigencias: primera, con la distinción o separabilidad entre las personas, y segunda, con la prioridad de lo justo sobre lo útil.

--Con el fin de justificar esa concepción, Rawls recurre a la **ESTRATEGIA DE CONCEPTOS DEL CONTRACTUALISMO**:

- No pide que, en una especie de experimento mental, imaginemos una situación apropiada para la elección de principios de justicia, la que denomina “posición original”. A partir de la idea del contrato social de Rousseau, de J. Locke y de I. Kant, trata de crear una situación hipotética, un equivalente al estado de naturaleza – la posición original – que permita establecer por consenso los principios de justicia. Quien formula esos principios no es un observador, sino una serie de agentes racionales situados en una posición especial “People original Position”(PoPs). Es una reunión imaginaria de seres racionales y auto-interesados, que sean libres para decidir e iguales.

- La “posición original” constituye una elaboración del concepto de autonomía kantiano, es decir, la idea de que los principios morales son los que se dan a sí mismos seres racionales, libres e iguales, sin tomar en consideración los dictados de ninguna autoridad o los de sus deseos e inclinaciones. Se trata también de reflejar la idea del llamado “punto de vista moral”, es decir, la idea de que hay un punto de vista propio del discurso moral, que consiste en formular ciertos principios generales y atarse a ellos, no haciendo excepciones a nuestro favor, en universalizar tales principios y en tomar en cuenta los intereses de todos por igual.



- Para asegurar la vigencia de esas reglas, introduce el concepto del “VELO DE LA IGNORANCIA”:

- supone que el pueblo en la posición original se encuentra privado de ciertos conocimientos. Así, deben ignorar: el lugar que ocupan en la sociedad, su posición de clase o *status* social, su suerte en la distribución de dotes naturales (inteligencia, fuerza física), los rasgos especiales de su psicología (pesimismo, optimismo), las condiciones especiales de su propia sociedad, situación económica (si son ricos o pobres), política, nivel cultural (formados o analfabetos), a qué generación pertenecen, etc. Son individuos movidos por razones de auto-interés, PERO que se encuentran en situaciones de completa ignorancia acerca de los datos particulares.

- Y que poseen otros conocimientos: Saben que tienen un plan de vida, pero no saben cuál. Deben saber que su sociedad está sujeta a condiciones de justicia, es decir, a una serie de factores objetivos y subjetivos que hacen que la cooperación humana sea necesaria y posible.

a)-Las condiciones objetivas viene dadas por el hecho de que una pluralidad de personas debe coexistir en un territorio geográficamente limitado, y donde los recursos naturales no son tan abundantes como para hacer superflua la cooperación,

ni las condiciones son tan terribles como para hacerla infecunda.

b)-Las condiciones subjetivas consisten en que tales personas son aproximadamente similares en capacidad física y mental, son vulnerables a los ataques de los demás, y sus planes de vida pueden ser bloqueados por la fuerza. Deben conocer los hechos generales acerca de la sociedad humana, los principios de economía política, las bases de la organización social, las leyes de la psicología humana y todos los hechos generales que afectan a la elección.

-lo cual asegura la existencia de condiciones de imparcialidad y de universalidad⁶³ que permitan llegar a un consenso en la determinación de los principios de justicia.

Por medio de un hipotético contrato se establecerán los principios que regirán la vida social a través de un método que es justo por sí mismo, ya que ha sido aceptado por todos en situación de igualdad al desconocer cada uno las situaciones futuras en que podrían encontrarse, por lo que “a priori” se excluye cualquier tipo de interés persona. Y a esto lo llama Rawls “*Justicia como imparcialidad*”.

-Los participantes en la “posición original”:

- Saben que hay ciertos “bienes primarios”, es decir, ciertos bienes que los hombres racionales quieren independientemente de cuál sea su plan de vida, tales como: derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingreso e riqueza.

- Los participantes en la posición original se comprometen a atenerse a los principios que allí elijan, una vez que vuelvan a la vida cotidiana y que se levante el velo de la ignorancia.

-Y que esos principios deben cumplir ciertas condiciones formales: deben ser generales (no usar nombres propios), universales (aplicables a todas las personas morales), públicos (conocidos por todos), completos (capaces de establecer un orden entre cualquiera de las pretensiones) y finales (los

⁶³ El concepto que engloba la esencia de su teoría de la justicia es “*Justice as fairness*”, la justicia es imparcialidad, que explica en su escrito “La justicia como equidad”. Aquí adopta un procedimiento de naturaleza contractualista, pues las personas, mediante un contrato social hipotético, establecerán la estructura básica de la sociedad en que vivirán. Así pues, por medio de este hipotético contrato se determinarán los principios de justicia que regirán la vida social a través de un método que es justo por sí mismo, ya que ha sido aceptado por todos en situación de igualdad al desconocer cada uno las situaciones futuras en que podrán encontrarse, por lo que “a priori” se excluye cualquier tipo de interés personal. Y a esto es a lo que Rawls llama “Justicia como imparcialidad”, o “justicia como equidad”, la cual tiene un trasfondo eminentemente contractualista: es decir, lo que sea o no justo dependerá, en primer lugar, de los acuerdos a que haya llegado el colectivo; en segundo lugar, de la organización del mismo de forma equitativa, sin que exista una prevalencia de los intereses de unos sobre los intereses de los demás. La justicia es entendida como imparcialidad (*fairness*) por ser equitativa la posición original, ya que, de no serlo, se producirían injusticias.

principios elegidos son los últimos tribunales de apelación en cualquier controversia).

--EL VELO DE LA IGNORANCIA:

- ha sido objeto de numerosas críticas

PERO en su defensa puede argumentarse que

- asegura una elección unánime y fuerza a las partes a elegir sobre las bases de intereses generales: cada uno tiene que elegir principios de justicia atendiendo a sus propios intereses, pero como desconoce estos, se orientará por los generales. (se articula la noción de Rousseau de “voluntad general”, así como el principio de universalización que forma parte del imperativo categórico kantiano).

- EJEMPLO: el de la orquesta sinfónica de Berlín, cuando la dirigía Von Karajan, y se hacían pruebas para elegir nuevos músicos. Los aspirantes tenían que mostrar sus habilidades y lo hacían detrás de una cortina. De esta forma, quienes tenían que juzgar desconocían rasgos de los músicos que eran irrelevantes para una buena elección musical.

- Una vez estipuladas las condiciones de la posición original

-se inicia el juego como si se tratara de un “juego de transacciones” (*bargaining game*)

- en el que cada participante va proponiendo por turno (teniendo en cuenta solamente su auto-interés) un cierto principio para ser sometido al voto de los demás.

-PoPs deben jugar hasta llegar a la formulación de los principios de justicia.

- Se trata de un juego:

- de nº jugadores (indeterminado)

- de suma 0, en el cual lo que unos ganan lo pierden otros

-es cooperativo (no-competitivo), prefieren un acuerdo a vivir en el estado de naturaleza.

- tienen plena libertad para llegar a acuerdos entre ellos.

- no existe limitación en el tiempo (tendrá ventaja el último jugador) y el juego termina cuando se llega a un consenso acerca de los principios básicos que han de regir los PoPs.

--EL CONSENSO SE CONSIGUE SOBRE DOS PRINCIPIOS:

-PRIMER PRINCIPIO: Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto) compatible con un sistema similar de libertad para todos, es decir, se prescriben libertades iguales para todos. ES EL PRINCIPIO DE LIBERTAD.

-SEGUNDO PRINCIPIO: ES EL PRINCIPIO DE LA DIFERENCIA. Las desigualdades sociales y económicas deben estar dispuestas de modo tal que satisfagan estas dos condiciones:

a) deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (el llamado “principio de diferencia”), es decir, que estén articulados de tal modo que redunden en beneficio de los menos favorecidos;. Se trata de atender el “mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo (principio de diferencia);

b) deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades, es decir, que deriven de posiciones y cargos que sean accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades. Es decir, defiende el acceso universal a los cargos y las funciones, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.



--Es decir, RAWLS PREFERE:

. una situación con desigualdades PERO con mayor rendimiento

A

una situación de absoluta igualdad socioeconómica pero con menos bienes a repartir.

- Acepta individuos mejores si se ha respetado el principio de igualdad de oportunidades.

- La diferencia de ganancias entre diferentes personas está justificada siempre que esta diferencia repercuta en mejoras de diversos tipos para las personas peor situadas en la sociedad (becas de estudio, servicios sociales, ayudas a la tercera edad).

-El primer principio, el de la libertad, tiene prioridad sobre el segundo, el que se refiere a la igualdad, ya que solamente cuando el primero está satisfecho podemos aplicar el segundo.

YERRO RAWLSIANO:

- Obsérvese que, según sus principios de justicia, la igualdad se reserva para los derechos, las libertades y las oportunidades

mientras que

para el ingreso y la riqueza es posible una distribución desigual cuando sea para beneficio para todas las personas o de los menos aventajados en un marco de eficiencia.

-- SE CRITICA A RAWLS⁶⁴ que al considerar las capacidades naturales individuales como un bien básicamente social rompe el principio de la meritocracia.

-Lo que entendemos que resulta exigible, en una sociedad que quiera ser justa, es el apoyo a los discapacitados. Quien ha tenido más suerte en la lotería de la naturaleza debería compensarles de alguna forma. Habría que ver cómo, pero el deber de ayuda a esas personas resulta indiscutible.

-El segundo principio de justicia –el principio de la diferencia– permite que me enriquezca con mis talentos y habilidades naturales si, con eso, favorezco a los menos aventajados. Y eso, ¿cómo se consigue?

-Rawls entiende que por parte de los jugadores PoPs se adopta una determinada regla: procurar obtener lo mejor en la peor situación posible, la REGLA MAXIMIN:

es la regla que ordena elegir aquella alternativa cuyos peores resultados sean mejores que los peores de los demás, es el *maximum minimorum*, elegir lo mejor, o, dicho de otra forma, el máximo de los mínimos. Asegura, pues, el mínimo, que es muy superior al mínimo de otras alternativas.

⁶⁴ E. Garzón Valdés rechaza la vía consensual de fundamentación de los derechos humanos. Considera que el consenso hipotético es una alternativa de dramatización al observador imparcial que presupone una idea ética o de justicia previa (presumiblemente de corte iusnaturalista). Tampoco le convence la “alternativa del disenso” propuesta por J. Muguerza. Se trataría de apostar por una fundamentación disensual de los derechos en la que se parte de una formulación negativa del imperativo categórico kantiano, que pasa a ser considerado imperativo de la disidencia: “la posibilidad de decir no a situaciones en las que prevalecen la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad. La tarea fundamentadora aparece en Muguerza como lucha constante por la desalienación del individuo, como reafirmación disidente de la dignidad en la que debe regir el no tolerar ser tratado únicamente como un medio. Considera Garzón Valdés que el disenso no aporta nada nuevo a la vía consensual.

--Supongamos que hay que elegir entre tres posibles decisiones. A su vez, cada decisión contempla las circunstancias o situación de tres sujetos o grupos: D1: -7, 8 y 12; d2: -8, 7 y 14; D3: 5, 6 y 8. Si aplicáramos la regla *maximin*, ¿Por qué decisión habría que optar, la D1, la D2 o la D3?

	Circunstancias		
D1	-7	8	12
D2	-8	7	14
D3	5	6	8

Elegiría la distribución que le diese la mayor cantidad de bienes primarios posible si hubiera sido perjudicado por la lotería de los talentos al nacer.

-EJEMPLO: bajo un principio utilitarista puede ser catastrófica, pues este tipo de principios admite el sacrificio de algunas personas si esto es necesario y efectivo para obtener un beneficio mayor para el conjunto de la sociedad.

SIN EMBARGO

la prioridad de la libertad garantiza que nadie pueda ser privado de sus derechos básicos, en aras de un supuesto beneficio colectivo.

-EJEMPLO 1: supongamos que las opciones de Juliana son dos:

- 1) o ser jugadora de cartas
 - 2) o ser funcionaria en la Administración de Justicia
- 1) Supongamos también que como jugadora de cartas tiene, a su vez, dos resultados básicos:
- a. Si las cosas le van bien, puede ganar un millón de euros al año;
 - b. Si las cosas le van mal, puede no ganar nada e inclusive perder.
- 2) Si fuera funcionaria tiene, a sua vez, dos resultados básicos
- a. Si las cosas le van bien, puede ganar 60.000 euros al año.
 - b. Si las cosas le van mal, puede ganar 25.000 euros al año.

Si Juliana elige de acuerdo a la regla *maximin*, elegirá el mejor de los peores resultados. Entre las dos alternativas, jugadora de cartas o funcionaria, esta última tiene el mejor de los peores resultados, es decir, 25.000 euros frente a no ganar nada o inclusive, frente a perder.

EJEMPLO 2: Supongamos que somos un obrero de la construcción:

1) En una sociedad utilitarista, me beneficio yo si se hace aumentar el bienestar general. Pero, no parece que el hecho de que se aumente mi salario vaya a beneficiar al conjunto de la sociedad. Es más, tal vez el bienestar general aumente si me despiden sin ningún tipo de compensación.

2) En cambio, si soy obrero de la construcción en una sociedad rawlsiana, se permitirá que los demás aumenten su riqueza si, al mismo tiempo, se beneficia a los menos aventajados, como es el caso del obrero. Por consiguiente, el segundo principio de la justicia de Rawls obtiene el mejor de los peores resultados.

- Las personas racionales en la posición original dan gran importancia a las libertades básicas porque cuando se levanta el velo de la ignorancia descubrirán las cualidades que tienen, lo que hacen para vivir, y cuáles son sus planes de vida. Es decir, se protegen las preferencias individuales a pesar de que puedan disgustar a la mayoría.

- Si una persona, igual a los demás en sus circunstancias, alcanza un nivel de vida menor que el de la mayoría, porque prefiere el ocio frente al trabajo, tales situaciones no son moralmente reprobables, dado que son el mero producto de las elecciones del agente. Cada uno debe aceptar pagar el coste de las elecciones por las que se inclina: en el ideal de la concepción liberal, los individuos deben ser considerados responsables de sus acciones, y no meras víctimas de su destino a las cuales el Estado siempre debe apoyar.

- Rawls trabajó el criterio maximin aplicado a la elección de alternativas eligiendo siempre la que mejore al pobre, situación que se reconoce como válida sólo en caso de un gran colectivo o área (contrato social) pero no en decisiones que afecten a un número escaso de individuos. VG. Podría ser justo que se subvencionara a las empresas peor situadas, a las que tienen pérdidas en un contexto global. Pero, si se trata de decidir dar una subvención a una de dos empresas (una que tiene beneficios y otra que tiene pérdidas), cabe la posibilidad de que no fuera justo dársela a la que tiene pérdidas porque tal vez no haya hecho méritos para ello y se encuentra en tal situación de pérdidas por sus propios errores y por una mala gestión de sus recursos.

- Tanto los liberales igualitarios como los más conservadores coinciden en reconocer como obvia la existencia de esta “LOTERIA DE LA NATURALEZA”. Disienten, en cambio, a la hora de considerar el modo en que una sociedad justa debe responder ante tales circunstancias:

a) Para los libertarios, no corresponde intervenir a la sociedad para intentar remediar o suprimir circunstancias como las mencionadas. Consideran que no es tarea de una sociedad justa tratar de remediar hechos como los

mencionados, pues todo remedio institucional resultaría peor que el mal mismo.

La pretensión de que una agencia estatal, dotada de poder coercitivo, resuelva tales males abriría las puertas a la aparición de una entidad omnipresente en la vida privada de cada uno. Porque, ¿cómo establecer los límites de tal intervencionismo?

b) Los igualitaristas consideran obvio que las arbitrariedades morales no son justas o injustas en sí mismas: no cabe reprobar a la naturaleza el que nos haya favorecido o desfavorecido en los contenidos iniciales.

“La naturaleza no es justa o injusta con nosotros, lo que es justo o injusto es el modo en que el sistema constitucional procesa estos hechos de la naturaleza”, diferenciando claramente entre hechos circunstanciales y hechos de los que somos responsables.

---CRÍTICA AL UTILITARISMO. Procedimentalismo de Rawls frente a consecuencialismo utilitarista

. Según el utilitarismo, un acto es correcto cuando maximiza el bienestar social o suma promedio de utilidades de los miembros de la sociedad. Podemos afirmar, por tanto, que se trata de una teoría teleológica (que contempla fundamentalmente los fines) o consecuencialista (se fija en las consecuencias o resultados). En definitiva, la corrección moral de un acto, o la justicia del mismo, depende de la capacidad para producir el máximo bien para la mayoría, aunque algunos ciudadanos dispongan de disfrute cero.

Para el utilitarismo, el bien consiste en la satisfacción de un deseo, bien sea de carácter individual o social. Desde esta perspectiva, una sociedad será más justa cuanto más capaz sea de obtener la mayor satisfacción para el mayor número posible de individuos. Pero el utilitarismo no toma en consideración a las personas individualmente. Se fija tan sólo en la utilidad del conjunto, siéndole indiferente el reparto de dicha satisfacción, y si dicho reparto es o no justo. Es decir, el utilitarismo no se preocupa del reparto del bienestar entre los miembros de la sociedad sino de la medida de ese bienestar, cualquiera que sea la manera en que está repartido.

- Frente al utilitarismo, RAWLS defiende un concepto neoliberal de la justicia según el cual una decisión no es más justa o menos por los resultados que genere sino que lo es en función de los procesos o mecanismos que conducen ellos. De donde se deduce que su posición es claramente *procedimentalista* y radicalmente contraria al *consecuencialismo* utilitarista, el cual considera la evaluación de los resultados como elemento fundamental para determinar la bondad o maldad, la justicia o injusticia de una decisión pública.

--¿QUÉ TIPO DE ESTADO CONVIENE?

1)-LIBERALES: un Estado mucho menos ambicioso en sus pretensiones. Un Estado mínimo dedicado exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza, o a respaldar el cumplimiento de los contratos celebrados entre tales individuos.

Nozick defenderá que es preferible un Estado Mínimo frente al Estado existente. Si comenzamos a hacer exigibles ciertos derechos positivos ponemos en peligro la posibilidad de que cada uno modele a su criterio su propia vida: siempre nos podrá exigir algún sacrificio adicional, con el fin de mejorar las condiciones de algún otro. Para el liberalismo conservador, lo único que debe asegurar el Estado es la llamada “libertad negativa” de las personas. Es decir, el Estado debe cuidar para que nadie interfiera en los derechos básicos de cada uno (la vida, la propiedad, etc). El Estado, en cambio, no debe preocuparse por la llamada “libertad positiva”, pues no tiene obligación de proveer nada a los individuos para que puedan llevar adelante sus planes de vida.

Según Nozick, cuando parte del esfuerzo de algunos se destina a mejorar la suerte de otros, se viola el principio de autopropiedad hasta el punto de que puede llegar a hablarse de una nueva forma de esclavitud, defendida en nombre de la justicia. Para Nozick, las personas son naturalmente diferentes entre sí, por lo que cualquier actividad orientada a igualarles termina frustrándose. La libertad, afirma, quiebra cualquier pauta igualitaria.

2)- IGUALITARISTAS: una sociedad justa necesita de un Estado activista, un Estado cuyas instituciones fundamentales deban contribuir en la primordial tarea de igualar a las personas en sus circunstancias básicas. Exige una socialdemocracia con una redistribución constante de la riqueza.

Desde el punto de vista de Rawls no resulta irracional (sino, por el contrario, justo) defender un sistema constitucional en el cual los que posean más talento pongan sus talentos al servicio de los menos talentosos. Basta recordar el principio de la diferencia conforme al cual las únicas desigualdades económicas que se justifican son aquellas destinadas a favorecer a los más desaventajados⁶⁵.

⁶⁵ El diseño rawlsiano de la posición original se diferencia claramente de la situación contractual de J. Buchanan tanto como del estado de naturaleza de R. Nozick. No es una versión empirista del estado de naturaleza buchaniano porque como veremos, las deliberaciones que en ella tienen lugar se dan en condiciones tales que queda neutralizada la influencia que los motivos empíricos y la correlación de fuerzas subyacentes podrían tener sobre la elección de principios. No es una versión normativista, como la de Nozick, porque los individuos en la posición original no dan por supuesta la validez de tales o cuales principios de justicia que definen derechos individuales, ni al elegir principios de justicia se guían por principios morales, sino que se orientan sólo por consideraciones de racionalidad prudencial y de autointerés. Rawls concibe la posición original como una construcción que nos permite

. Otros (R. Dworkin): tratan de orientar el funcionamiento del sistema impositivo, que debería recaudar tasas a partir de los más capacitados naturalmente, para después transferirlas a los más desaventajados.

- Rawls imagina una SECUENCIA DE CUATRO ETAPAS EN LA DECISIÓN DE CUESTIONES DE JUSTICIA por parte de seres racionales:

- 1) la elección de principios de justicia bajo un velo de ignorancia
- 2) la estipulación de normas constitucionales para hacer valer el principio de igual libertad. Aquí la elección presupone el conocimiento de algunos hechos generales de la sociedad. La protección del principio de libertad tiene prioridad absoluta sobre el principio siguiente, el de igualdad.
- 3) aquí se conocen ya todos los hechos generales y se establecen reglas legislativas para hacer efectivo el segundo principio
- 4) la aplicación de reglas a casos particulares por parte de los jueces y administradores, requiriéndose el conocimiento pleno de todos los hechos generales y particulares. Cada etapa presupone así un levantamiento gradual del velo de la ignorancia.

--LAS CRÍTICAS que se han vertido con respecto a esta teoría de la justicia de Rawls han sido variadas:

- a) resulta difícil saber quién integra el comité de PoPs, ya que excluye animales, niños y seres posibles, personas no existentes, al pedir cierto nivel de racionalidad, lo cual crea problemas con la justicia entre generaciones
- b) el espesor del velo de la ignorancia, ya que no es fácil determinar los conocimientos que se han de tener y cuáles se deben de ignorar, quién está situado en la posición original. Es difícil que puedan saber cosas si se ignora la que generación a la que pertenecen o cuál es el tipo de cultura;
- c) aceptar la regla maximin presupone una actitud psicológica del PoPs de poca tendencia al riesgo
- d) no toma en consideración el conflicto social.
- e) Se acusa a Rawls de eludir la cuestión de la producción de bienes (como si las cosas cayeran como maná del cielo), sin tomar en consideración, en consecuencia, que los bienes materiales ya vienen al mundo como propiedad de alguien, gracias a ciertos títulos históricos que no se pueden ignorar sin violar los derechos fundamentales de la gente.
- f) Nozick ha criticado a Rawls por no respetar suficientemente algunos de los presupuestos filosóficos de los que parte y, en concreto, la idea kantiana según la cual los individuos son fines en sí mismos. Según Nozick, el principio de la

representar los rasgos relevantes de la razón práctica a los efectos de elaborar una teoría que fundamente la razonabilidad de determinados principios de justicia.

diferencia conduce a que las propiedades de los individuos más aventajados sean utilizadas para beneficio de los menos aventajados; y esto no dejaría de ser una instrumentalización, esto es, un tratamiento en desacuerdo con la idea de que los seres son fines en sí mismos.

Los impuestos y la concreción de la igualdad



- Toda colectividad tiene unas necesidades comunes que deben ser financiadas mediante las aportaciones económicas de los miembros de ese colectivo. El Estado es la forma que tiene de organizarse políticamente una comunidad de ciudadanos. Por eso, el Estado tiene el derecho a exigir y los ciudadanos el deber de aportar los recursos económicos necesarios para financiar las necesidades comunes.

- Los impuestos, por tanto, son unas cantidades de dinero que los ciudadanos están obligados por ley (legitimación) a pagar para que el Estado y el resto de administraciones públicas dispongan de los recursos suficientes con los que financiar los gastos públicos.

- La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes y todos contribuirán al

sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

- Las aportaciones que tienen que hacer los ciudadanos para contribuir al pago de los gastos públicos se tienen que regir por el principio de la capacidad económica. Por eso, aunque todos los ciudadanos tienen que contribuir (principio de generalidad), no siempre lo hacen en la misma proporción porque no todos disponen de los mismos recursos económicos. El principio de igualdad determina que los ciudadanos con igual capacidad económica han de pagar la misma cantidad de impuestos y que los ciudadanos con distinta capacidad económica han de pagar distinta cantidad de impuestos. Así quienes más dinero tengan deberán aportar más al fondo común para el pago de los bienes y servicios públicos (principio de progresividad). Aunque con ciertos límites, es decir, sin que se llegue a la aplicación del principio de progresividad tan lejos que mediante los impuestos pueda amenazar la capacidad económica de los contribuyentes (alcance confiscatorio).

- La capacidad económica se configura, de este modo, como el criterio preferente de justicia en el reparto de las cargas económicas necesarias para hacer frente a las necesidades públicas y, por tanto, es el principal criterio que rige el sistema tributario. La capacidad económica de cada ciudadano se manifiesta de distintas formas, bien a través de la riqueza que posee, bien a través de los ingresos que obtiene, o bien a través de los distintos tipos de consumo que hace.

Se considera que la posesión del patrimonio, la obtención de rentas, la adquisición de una herencia o una donación, la compra de mercancías son hechos representativos de capacidad económica, también llamada "capacidad contributiva", porque, en función de ella, realizan los contribuyentes sus aportaciones tributarias a la Hacienda Pública. Es decir, es el dinero que se tiene, o que se demuestra que se tiene a juzgar por las cosas que una persona compra o posee.

Por eso, la capacidad económica es un indicador de la capacidad contributiva, porque demuestra lo que un ciudadano puede y debe pagar en concepto de impuestos. El que tiene mayor capacidad económica, tiene mayor capacidad contributiva y, por eso, tiene que pagar más en concepto de impuestos, con los límites estipulados para evitar que los tributos sean tan altos que tengan alcance confiscatorio.

- Los impuestos hacen posible la financiación de las necesidades comunes, es decir son el "precio" que se paga por los bienes y servicios públicos. Además, los impuestos permiten que exista una mayor igualdad de renta y riqueza entre los ciudadanos. Esto es lo que se conoce como función redistributiva de los impuestos. Todos los ciudadanos tienen derecho a beneficiarse por igual de los bienes y servicios públicos, independientemente de que hayan pagado más o menos impuestos porque tengan mayor o menor capacidad económica. E incluso, en determinados casos (por ejemplo, servicios sociales, seguro de desempleo) sólo pueden beneficiarse de estas prestaciones públicas, los ciudadanos con una capacidad económica menor. Por eso, se dice que el gasto público cumple también una función redistributiva. Existe, por tanto, una transferencia de recursos de los que más capacidad económica tienen a los que menos.

- Desde este punto de vista, el pago de los impuestos tiene un sentido ético mucho más amplio que el simple acatamiento de una obligación legal. No se trata, por tanto, de un mero intercambio de bienes y servicios comprados al Estado al precio del pago de los impuestos. Se trata de conseguir la igualdad de oportunidades para el pleno ejercicio de los derechos políticos, económicos y sociales por parte de todos los ciudadanos. Con los impuestos, en definitiva, se contribuye a hacer realidad los principios de justicia y equidad mediante las aportaciones solidarias que el Estado exige a todos los ciudadanos.

- El pago de los impuestos afecta principalmente a los intereses materiales, concretos y personales de cada individuo. Puede que en el plano de los juicios morales se esté plenamente de acuerdo con el cumplimiento del deber tributario porque se asuma que es un deber ciudadano. Pero cuando se pasa al plano de la conducta, al cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes, donde lo que entra en juego es el interés propio, es posible que tales convicciones se hayan debilitado generando actitudes menos favorables al cumplimiento fiscal y más proclives a la evasión y al fraude.

-Las normas fiscales forman parte del conjunto de normas sociales que debe cumplir un individuo adulto en una sociedad democrática. Un ciudadano que vive en este modelo social tendría que cumplir correctamente los requerimientos que el sistema fiscal le exige sin esperar a que se ejerciera sobre él la presión coactiva de la Administración. Las responsabilidades fiscales deberían formar parte del conjunto de valores que todo ciudadano tiene que asumir, respetar y defender. El cumplimiento fiscal es una cuestión de ciudadanía. Los efectos del incumplimiento, perjudican a todos los ciudadanos pero especialmente a aquéllos que asumen sus responsabilidades ciudadanas y cumplen correctamente sus obligaciones tributarias. El fraude fiscal es un fenómeno complejo basado en una mentalidad de derechos adquiridos sin ninguna contrapartida desde la vertiente de las responsabilidades. Es, en definitiva, un problema de socialización inadecuada en los valores éticos de justicia y solidaridad.

CASOS PRÁCTICOS

-CASO PRÁCTICO 1: A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA. ¿ES JUSTO QUE TENGAMOS QUE PAGAR IMPUESTOS?

La reforma de la «Ley Beckham» divide al Congreso y subleva a los clubes de fútbol (04.11.2009 ABC)

PP y CiU advierten de los efectos negativos que la última «ocurrencia» de Zapatero tendrá sobre las empresas

España pierde su atractivo fiscal como destino para altos directivos extranjeros

MARIANO CALLEJA | MADRID

Los socialistas necesitaban un gesto para la galería, un guiño a su electorado de izquierda que enmascarara una subida del IVA que perjudicará a las clases medias y bajas el año que viene. Los diputados de Izquierda Unida-ICV se lo pusieron en bandeja cuando recuperaron una iniciativa del mes de junio, en la que, inspirados en el astronómico fichaje de Ronaldo, pedían subir los impuestos a los futbolistas de elite, mediante una reforma de la llamada «Ley Beckham».

Aquella iniciativa, rechazada hace varios meses, se convirtió en enmienda a los Presupuestos Generales del Estado de 2010, y el PSOE la agarró al vuelo. Era justo lo que necesitaba tras el sablazo fiscal a los trabajadores. El mensaje estaba claro: ¿Ven todos cómo el Gobierno también sube los impuestos a los poderosos? ¿Se dan cuenta de que con Zapatero los ricos también lloran?

La izquierda parlamentaria celebró ayer con alborozo su éxito en el Congreso con la nueva «Ley Ronaldo» -bautizada así por inspirarse en el fichaje de ese jugador-, mientras el PP y CiU expresaban su discrepancia ante una medida que consideran demagógica y que perjudicará, apuntan, la competitividad española ante el exterior. «El PSOE ha cometido el error de subir el IVA, y ahora quiere camuflarlo con otra ocurrencia fiscal para decir que va contra los ricos», comentó la diputada popular Fátima Báñez. CiU considera que se puede producir una «fuga de talentos» y se dificulta el asentamiento de empresas extranjeras en España.

Científicos y directivos

La «Ley Beckham» no sólo afectaba a los deportistas de elite, sino también a artistas, científicos de alto nivel y directivos de empresas. Se trataba de una medida aprobada por el último Gobierno de José María Aznar, para incentivar la entrada en España de «cerebros» y grandes talentos en las empresas y en la investigación, mediante ventajas fiscales. Suponía que los extranjeros desplazados a España podrían tributar por el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, hasta un máximo del 24 por ciento. En la práctica, la ley significó un beneficio claro para el mundo del fútbol, ya que permitió los fichajes de galácticos con ventajas respecto a otros países.

Ahora, con el pacto del PSOE, BNG e IU-ICV, al que se unió rápidamente ERC,

cuando las retribuciones de los trabajadores desplazados a territorio español sobrepasen los 600.000 euros, tributarán por el IRPF en régimen general, y el marginal será del 43 por ciento (casi 20 puntos más). La medida será efectiva a partir del 1 de enero.

La reforma de dicho régimen tributario no tendría carácter retroactivo ni afectaría a los futbolistas con contrato en vigor que ganen más de 600.000 euros durante cinco años, que podrán mantener sus actuales ventajas fiscales, cotizando sólo al 24 por ciento, según aseguró ayer la ministra de Economía, Elena Salgado. Tan sólo se aplicaría a los contratos que se firmen a partir del próximo 1 de enero de 2010.

La Liga de Fútbol, tras amenazar con un parón en la competición, convocó con carácter urgente una reunión para mañana, viernes, para analizar el paso de la «Ley Beckham» a la «Ley Ronaldo», como primer punto del orden del día. Para el presidente del Barcelona, Joan Laporta, es «impropio» cambiar la norma sin consultar a los afectados y señaló que «se puede crear un fuerte perjuicio a la capacidad competitiva del fútbol».

El portavoz del Grupo Socialista, José Antonio Alonso, sostuvo en Telecinco que reformar la «Ley Beckham» es una cuestión «de estricta equidad, solidaridad y justicia social».

La Liga analiza mañana la reforma de la 'Ley Beckham' en una Asamblea General Extraordinaria urgente

Astiazarán y Lissavetzky han hablado esta mañana por teléfono sobre la modificación del régimen fiscal para los extranjeros (MADRID, 5 Nov. (EUROPA PRESS) -

La Liga de Fútbol Profesional (LFP) analizará mañana, la reforma de la llamada 'Ley Beckham' y la posibilidad de parar la competición en las Ligas BBVA y Adelante como signo de protesta. En dicha Asamblea, a la que están convocados los clubes profesionales de dichas ligas BBVA y Adelante, se tratará la posible modificación del régimen fiscal de los impatriados acordada esta semana por el Grupo Socialista, con el apoyo del BNG e IU-ICV, en la Comisión de Presupuestos del Congreso.

De esta forma, si finalmente se aprueba dicha reforma, que tiene que ser debatida en el Senado y regresar a la Cámara Baja para su ratificación definitiva, a partir de 2010 aquellos jugadores extranjeros que cuenten con rentas superiores a los 600.000 euros anuales pasarían a tributar del 24 por ciento, como hacen en la actualidad, al 43 por ciento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

"Para el fútbol español tendría unas consecuencias muy negativas y provocaría un daño irreparable porque nos haría perder potencia en el ámbito europeo, ya que la gran mayoría de los buenos talentos y jugadores elegirían otras ligas en lugar de la española", manifestó el presidente de la Liga de Fútbol Profesional (LFP), José Luis Astiazarán el pasado martes. Jaime Lissavetzky, secretario de Estado para el Deporte, calificó anoche la reforma de la 'Ley Beckham' como "justa y solidaria", y dijo que, en caso de no celebrarse una jornada liguera, no sería una huelga sino "un cierre empresarial porque la huelga la convocan los trabajadores".

CUESTIONES:

- 1. Considera que esta propuesta encajaría dentro de la Teoría de la Justicia de Rawls? ¿Por qué?**
- 2. ¿Qué opinión le merece la propuesta de Rawls (liberal-igualitarista)? ¿Prefiere la opción de R. Nozick (neo-liberal)?**
- 3. Enuncie otras propuestas que redundarían en una mejora de la justicia social**

CASO PRÁCTICO 2: EL DILEMA DEL FUSILAMIENTO DE LOS INDÍGENAS

Escoja una concepción de la Justicia 1) utilitarista; 2) Iusnaturalista; 3) Positivista, 4) Concepción de Kant; 5) Concepción de Rawls o liberalismo igualitario. Desde esta perspectiva, determine la posición que adoptaría en el problema que se presenta en “El dilema del fusilamiento de los indígenas”⁶⁶

Motive y justifique su postura.

“Jaime se encuentra en la plaza mayor de una pequeña localidad sudamericana. Puestos contra un muro hay una veintena de indios, la mayoría aterrados, unos pocos desafiantes, y frente a ellos están varios hombres de uniforme armados. Un hombre corpulento, vestido con una sudada camisa caqui, resulta ser el capitán de mando del pelotón y, después de un amplio interrogatorio a Jaime, que establece que éste se encuentra allí por accidente mientras acompaña a una expedición botánica, explica que los indios son un grupo de habitantes elegidos al azar que, a consecuencia de unos recientes actos de protesta contra el gobierno, van a ser fusilados para recordar a otros posibles descontentos las ventajas de no protestar.

Sin embargo, puesto que Jaime es un visitante honorable de otro país, el capitán tiene la satisfacción de ofrecerle, como un privilegio de invitado, el matar Jaime mismo a uno de los indios. Si acepta, entonces, como nota especial de la ocasión, los otros indios serán puestos en libertad. Naturalmente, si rehúsa, no hay ocasión especial, y Pedro hará lo que iba a hacer cuando llegó Jaime, y los matará a todos. Jaime, en un desesperado recuerdo de sus imaginaciones escolares, se pregunta si en el caso de que tuviera un revolver podría matar al capitán Pedro y a sus hombres, pero es bastante claro que nada de eso puede hacerse: cualquier intento de este tipo significaría la muerte para todos los indios y para él mismo. Los hombres condenados y los vecinos del pueblo conocen la situación y le suplican, obviamente, que acepte.

¿Qué debería hacer?

⁶⁶ Tomamos como referencia el ejemplo expuesto en DASÍ COSCOLLAR, A; GARCÍA AÑÓN, J; HUGUET ROIG, A; MONTAGUT MASACARELL, G. y ROLLNERT LIERN, G., *Innovación educativa en la Universidad ADE-Derecho*. Universitat de Valencia, 2007, pp.236-240.

-CASO PRÁCTICO 3: EL REFUGIO ANTI-BOMBAS

Estamos en 2020 y, de repente, cuando todo el mundo creía que se había superado el peligro de una guerra mundial, un pequeño país inicia una guerra nuclear atacando una gran potencia.

Quince personas consiguieron esconderse en un refugio subterráneo. Pero sólo tienen comida y oxígeno para mantener a diez personas vivas hasta que la atmósfera esté otra vez saludable.

Se trata de decidir qué cinco personas deberán salir del refugio. Las diez restantes crearán una nueva sociedad en cuanto puedan dejar el refugio con cierta seguridad.

REGLAS:

1. Se debe llegar a un consenso, es decir, a un acuerdo en el que todos concuerden acerca de quién debe salvarse. No se puede decidir votando.
2. Cada elección debe ser justificada.

Los supervivientes son:

- . Un joven médico, portador del virus del SIDA
- . Una joven de 16 años que abandonó sus estudios –a pesar de que sea bastante inteligente- y que posiblemente está embarazada
- . Un sacerdote
- . Un poeta que tiene 36 años y es un soltero convicto
- . Una ingeniera eléctrica, recién licenciada
- . Una prostituta, madre de dos niños
- . Un militar, que no separa la mano de su arma
- . Una bióloga de 55 años, especialista en botánica
- . El marido de la bióloga, que usa y abusa de la cocaína
- . Un atleta profesional y homosexual
- . Un niño de 10 años
- . Un programador de ordenadores
- . Un traficante, que es un excelente conocedor de estrategias de supervivencia y de construcción civil
- . Un científico, vencedor del Premio Nobel, ya mayor y con sospecha de tener cáncer
- . Un cocinero, al que le falta una de las piernas y necesita de cuidados.

CASO PRÁCTICO 4

EL CASO DE LOS TRES NIÑOS QUE SE DISPUTAN UNA FLAUTA ⁶⁷

Imaginemos que hay que decidir, con criterios de justicia, cuál de tres niños debe tener la flauta que se disputan. Ana afirma que la flauta le pertenece porque ella es la única que la sabe tocar. Bob porque él es pobre y no tiene ningún otro juguete. Carla porque ha estado trabajando afanosamente varios meses para fabricarla con sus propias manos.

La decisión es difícil. Los partidarios de las teorías en vigor, utilitaristas, igualitaristas económicos, y libertarios pragmáticos opinarán cada uno por separado que existe una sola solución justa e inequívoca, pero casi con seguridad cada uno argumentará a favor de una respuesta distinta como la obviamente correcta.

CUESTIONES:

¿Es válida una teoría de la justicia, como la de Rawls, que tiene a lograr unas instituciones justas? ¿Es lo mismo que han hecho T. Hobbes, y después Rousseau, J. Locke y E. Kant, hijos de una Ilustración que, en el ámbito de la razón pura, sólo trata de hacer justas las instituciones teóricas sin preocuparse de las sociedades reales? Se necesitaría un Estado soberano –como pauntaban Hobbes y Rawls- que aplicara los principios de justicia través de un conjunto perfecto de instituciones idóneas para ello. ¿Son posibles estas exigencias institucionales actualmente en el ámbito global?

¿Es mejor recurrir a las teorías de Adam Smith o Jeremy Bentham o Stuart Mill, todos ellos implicados en comparaciones entre sociedades que ya existían o que podían existir para erradicar la injusticia manifiesta y real que en ella se detecte.

¿Y si la niña que hizo la flauta es la más pobre o la única que sabe tocar? ¿O si la indigencia del más pobre es tan extrema y necesaria para una vida digna que los argumentos basados en la pobreza lleguen a dominar la idea de la justicia?

⁶⁷ Vid. SEN, Amartya, *La idea de la Justicia*. Madrid, Taurus, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

MATERIAL-LECTURAS COMPLEMENTARIAS RECOMENDADAS (selección de algunas páginas):

- . Platón: La República y la Política
- . Aristóteles: La Política
- . San Agustín: La ciudad de Dios
- . Santo Tomás: Summa Teológica
- . Tomás Moro: La insula de utopía
- . T. Hobbes: El Leviathan
- . J. Locke. Segundo Tratado sobre el gobierno civil
- . Rousseau: El contrato social

- . Maquiavelo. El Príncipe
- . R. Von Ihering: La lucha por el Derecho
- . F.C. Savigny : De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho
- . Alf Ross: Realismo Jurídico
- . H. Kelsen: Teoría pura del Derecho
- . H.L. Hart. El concepto del Derecho
- . R. Dworkin: Teoría de la argumentación jurídica
- . R. Nozick: Anarquía, Estado y utopía
- . J. Rawls: Teoría de la Justicia

---BIBLIOGRAFÍA GENERAL RECOMENDADA

- . BELLOSO MARTÍN, N. y J.J. SANTAMARÍA IBEAS, *Materiales para prácticas de Teoría del Derecho*. Madrid, Dykinson, 1999.
- . DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1988.
- . CASTRO CID, B. y MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coordinadores), *18 lecciones de Filosofía del Derecho* (Manual para alumnos de la UNED). Madrid, Editorial Universitas, S.A., 2008.
- . FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid, Pirámide, 1978-79 (3 volúmenes).
- . KELSEN, H., *¿Qué es justicia?* Barcelona, Ariel, 1982.
- . PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2ªed., Madrid, Debate, 1984.
- . PÉREZ LUÑO, A.E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 4 ed., Lima, Ed. Palestra, 2005.
- . RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. Mª., *Historia del pensamiento jurídico*. Universidad Complutense, 1988.
- . TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid, Alianza (4 volúmenes).
- . URBINA TORTELLA, S., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Valencia, tirant lo blanch, 2006.

--BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

LECCION 1

EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO DE LA GRECIA CLÁSICA

- . FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid, Pirámide, 1978-79 (3 volúmenes).
- . RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^a., *Historia del pensamiento jurídico*. Universidad Complutense, 1988.
- . TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid, Alianza (4 volúmenes).

LECCION 2

EL PENSAMIENTO ROMANO Y LA PATRÍSTICA

- . LUCAS MARTÍN, Javier de, *Globalización e identidades: claves políticas y jurídicas*. Barcelona, Icaria, 2003.
- . MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Constitución y libertad religiosa en España*. Madrid, Tecnos, 2005.
- . SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.

LECCION

3

LA ESCOLÁSTICA CRISTIANA

- . RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.
- . ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 1994.

LECCIÓN 4

RENACIMIENTO, REFORMA Y CONTRAREFORMA

- . McALPINE, Alistar, *El nuevo Maquiavelo. Realpolitik renacentista para ejecutivos modernos*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- . MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*.

LECCION

5

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

- . HOBBS, T., *Leviathan*.

. LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Pról., notas y trad.C. Mellizo. Madrid, Alianza, 2006.

LECCION

6

EL ILUMINISMO FRANCES

. PARIJS, Philippe van, *Libertad real para todos*. Barcelona, Paidós, 1996.

. RAVENTÓS, Daniel, *El derecho a la existencia: la propuesta del subsidio universal garantizado*, Barcelona, Ariel, 1999.

----- “La renta básica de ciudadanía como derecho de existencia social”, en *Los desafíos de los Derechos Humanos hoy* (R. de Asís, D. Bondía y E. Maza coords.), Madrid, Dykinson, 2007, pp.401-427.

. RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid, CEPC, 2010.

. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social o principios de Derecho Político*, est. Prel y trad. M.J. Villaverde. Madrid, Tecnos, 2000.

LECCION

7

EL IDEALISMO ALEMÁN

. FULLER, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.

LECCION 8 POSITIVISMO Y SOCIOLOGISMO

. BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León*, Valladolid, JCyL, 2006.

. BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Por una adecuada gestión de los conflictos: la mediación*. Caja de Burgos, 2008.

LECCIÓN 9 NEOPOSITIVISMO JURÍDICO Y POST-POSITIVISMO JURÍDICO

. AGUILÓ REGLA, Josep, “Positivism y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. En DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº30, 2007, pp.665-675.

. KELSEN, H., *¿Qué es justicia?* Barcelona, Ariel, 1982.

. HART. H.L., *El concepto del derecho* [1961], 1. ed., trad. G.R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

. DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1988.

. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Teorías del Derecho neoconstitucionalistas” en <

<http://www.iustel.com/cursos.asp?Id05607267>.

. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003, espec. pp.101-217.

. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Trotta, 2005, espec. pp.213 ss.

LECCION 10 EL NEOCONTRACTUALISMO

. BERNAL PULIDO, Carlos, “Los Derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una Teoría adecuada de los Derechos fundamentales de la Constitución española? En *DOXA*, n130, 2007, pp.273-291.

. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*. Granada, Comares, 2002.

. NOZICK., Robert, *Anarquía, Estado, utopía*. México, FCE, 1990.

. RAWLS, John, *Teoría de la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

. BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel, *La función del tributo en el Estado social y democrático de derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

. DWORKIN, Ronald, “Impuestos y legitimidad”, en *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, Paidós, 2008.