

00781

3
29

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

División de Estudios de Posgrado

EL CONTRACTUALISMO Y SU PROYECCION
JURIDICO POLITICA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

Que para obtener el Grado de
DOCTOR EN DERECHO

p r e s e n t a
JAIME FERNANDO CARDENAS GRACIA

Asesor de Tesis: ROLANDO TAMAYO Y SALMORAN

MEXICO, D. F.

1 9 9 1



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	página
INTRODUCCION.	1
 Primera parte: "EL CONTRACTUALISMO CLASICO Y EL NEOCONTRACTUALISMO"	 11
I. LA IMPORTANCIA DEL CONTRACTUALISMO EN LA FILOSOFIA POLITICA.	12
I.1 La concepción general del contractualismo.	12
I.2 Los criticos a las teorías del contrato social.	15
II. EL RESCATE DEL ANTIGUO CONTRACTUALISMO.	20
II. 1 Los predecesores.	20
II. 1. 1 Sus antecedentes en Grecia.	20
II. 1. 2 Los antecedentes en Roma.	25
II. 1. 3 Las aportaciones de la Edad Media al contractualismo.	27
II. 2 Los contractualistas clásicos.	39
II. 2. 1 Algunas razones históricas que explican el auge de las doctrinas contractualistas clásicas.	39
II. 2. 2 Hobbes y su contractualismo.	41

II. 2. 3 Spinoza: Un contractualista libertario.	51
II. 2. 4 Locke: El Estado liberal.	60
II. 2. 5 Rousseau: El contractualismo democrático.	69
II. 2. 6 Kant: El cuarto imperativo categórico.	77
II. 2. 7 La decadencia del contractualismo clásico	90
III. EL NEOCONTRACTUALISMO.	100
III. 1 Su significación.	100
III. 2 La crítica comunitarista al neocontractualismo	108
III. 3 James Buchanan: La Escuela del Public Choice.	112
III. 4 Robert Nozick: El Estado mínimo.	121
III. 5 John Rawls: El contractualismo liberal-social.	134
III. 6 El reto del neocontractualismo	157
Segunda Parte: "LA PROYECCION JURIDICO-POLITICA DEL CONTRACTUALISMO".	162
IV. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD.	163
IV. 1 La delimitación del concepto de legitimidad.	163
IV. 2 Algunas teorías sobre la legitimidad.	168
IV. 2. 1 Max Weber: Legalidad como legitimidad.	170
IV. 2. 2 Jürgen Habermas: La legitimación en el capitalismo tardío.	175
IV. 2. 3 Claus Offe: Lealtad de masa.	

legitimidad y legitimación.	185
IV. 2. 4 El concepto de legitimidad de Niklas Luhmann.	192
IV. 3 La visión contractualista de la legitimidad.	204
V. LA OBEDIENCIA AL DERECHO.	214
V. 1 Introducción al problema.	214
V. 2 Algunas posturas significativas sobre la obediencia al Derecho.	220
V. 2. 1 La posición de John Rawls.	220
V. 2. 2 La tesis de Ronald Dworkin.	224
V. 2. 3 La teoría del consentimiento.	226
V. 2. 4 La tesis de Joseph Raz.	232
V. 2. 5 La polémica española sobre la obediencia al Derecho.	235
V. 3 La obediencia al Derecho desde la visión contractualista.	241
VI. LA DESOBEDIENCIA CIVIL.	251
VI. 1 El concepto de desobediencia civil y los diferentes tipos de protesta.	251
VI. 2 Las distintas justificaciones de la desobediencia civil.	261
VI. 2. 1 La justificación moral.	261
VI. 2. 2 La justificación política.	265
VI. 2. 3 La justificación jurídica.	268
VI. 3 La desobediencia civil vista desde el contractualismo.	273

VII. LA OBJECCION DE CONCIENCIA.	277
VII. 1 El concepto y fundamentación de la objeción de conciencia.	277
VII. 2 La objeción de conciencia en el Derecho Comparado.	284
VII. 2. 1 En materia de servicio militar.	284
VII. 2. 2 En tratamientos médicos.	297
VII. 2. 2. 1 Estados Unidos.	
VII. 2. 2. 2 República Federal de Alemania.	305
VII. 3 La objeción de conciencia como proyección del contractualismo.	308
CONCLUSIONES.	313
BIBLIOGRAFIA.	332

INTRODUCCION

La tesis que presento a este sínodo intenta replantear lo mejor de una corriente jurídico-filosófica que por mucho tiempo estuvo enterrada por el auge de otras doctrinas y tendencias de pensamiento que explicaron y explican la realidad socio-política a través de categorías que, a diferencia del contractualismo, no premian, ni el papel del individuo, ni el de sus derechos fundamentales, ni el diálogo político y moral en condiciones de imparcialidad, ni consideran trascendente el compromiso justo, ni los procedimientos democráticos, abiertos y transparentes, sino que se asentaron y se asientan en explicaciones funcional-estructural-realistas; en el conflicto de clases; o en el orden o estabilidad autoritario.

El contractualismo al que se apela no es el que explica el origen histórico del Derecho y del Estado, sino al "contractualismo de la legitimidad", esto es, el que se propone una justificación y fundamentación del poder, constituyendo una valiosa herramienta de análisis, de carácter normativo o ético para conocer e interpretar el grado de legitimidad de los sistemas políticos, principalmente de los democráticos.

El contractualismo en el sentido aquí descrito, es una teoría que pretende ser normativa, y que ve en los individuos el origen del poder, que como ninguna, indica que la legitimidad tiene una vinculación directa y estrecha con los derechos humanos, en donde el orden político se justifica si, y sólo si, promueve y garantiza estos derechos permitiendo que los individuos participen, tanto en la formulación y determinación de los procedimientos políticos como en el control y resultados derivados. El contractualismo en este sentido vuelve a las fuentes clásicas de la democracia: la supremacía del pueblo, el consentimiento de los gobernados como base de la legitimidad, la necesaria justificación de las normas jurídicas, la igualdad de derechos entre los individuos, en tanto que el concepto de ciudadanía sustituye al de vasallaje, y el reconocimiento del individuo como un ente racional y moralmente libre, creador y propiciador de sus planes y proyectos de vida.

Las fuentes contractualistas que presento no son exhaustivas, pretenden conocer las bases generales de la doctrina, tanto de la clásica, es decir, la que se mueve predominante, pero no exclusivamente, en el ámbito de lo jurídico, en la medida en que se reconoce en el derecho la única forma posible de las relaciones sociales o de sublimación jurídica de la fuerza, tal es el caso de autores como Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau, etcétera, como de la

actual o neocontractualista que ha surgido en torno a la valiosa obra de John Rawls: "A Theory of Justice".

 Mi exposición quiere extraer los principios fundamentales del contractualismo, sabiendo de antemano que no es una teoría pura, sino una tendencia del pensamiento afectada por distintas ideologías, y por diferentes conocimientos, tanto de las ciencias naturales como de las sociales. Entre los contractualistas hay conservadores, liberales y socialdemócratas: hubo médicos como ahora economistas, sociólogos, filósofos, juristas, etcétera, que han sido formados o en la anatomía, en la teología, en la física newtoneana, en la teoría de los juegos, en la teoría de la decisión racional, en el jusnaturalismo deontológico, y en fin, en variadas áreas del saber. Ante un arco teórico tan complejo, importa muchísimo detectar ciertas preocupaciones comunes, y esas, desde mi punto de vista, son las de la democracia, las del discurso democrático clásico, que es aquel que se refiere a la soberanía popular, a la obligación política, a la justificación del poder y del derecho, a la igualdad y libertad de los individuos. Estas siguen siendo las inquietudes permanentes de las ciencias sociales, y en un ámbito más restringido los temas: de la teoría del derecho, de la teoría del Estado, del derecho constitucional, y de la filosofía del derecho.

El contractualismo que se defiende, no es el contractualismo que genera entidades perfectamente diseñadas y con pretensión de perdurabilidad casi eterna, es el contractualismo que propicia sociedades abiertas, en continua reflexión sobre si mismas y en actuación antidogmática, que son capaces de revisar y poner en tela de juicio y en la discusión, las bases mismas de los sistemas políticos y sociales. Se trata de un contractualismo pluralista que opina que en cada generación, o aun dentro de cada una de ellas, es viable replantear el lugar de los elementos fundamentales del Estado, tales como sus normas jurídicas fundamentales, el límite de validez espacial de éstas, el espacio de validez personal de las reglas coercitivas, la estructura del poder, la justificación de éste, etcétera, y de los elementos de la sociedad, que se constriñen a todo el espectro de relaciones entre los individuos, grupos y clases sociales, mismas que se desarrollan fuera de las relaciones del poder político, como por ejemplo: las económicas, ideológicas, sociales y religiosas.

Se afirman y defienden en este trabajo los méritos de la democracia, pero esta no se considera incuestionable, por lo menos, en algunas de sus versiones. También se argumenta que los derechos fundamentales son la base que justifica al Estado, sin embargo, estos derechos deben entenderse como principios rectores con contenidos que pueden ser variables.

No son inmutables, también están en continua revisión, a fin de poderles dar a los existentes nuevos contenidos, o profundizando en las necesidades humanas encontrar otros derechos con distintos contenidos. La evolución del sistema internacional de los derechos humanos no desmiente esta afirmación sino que la confirma con la aparición de nuevos derechos fundamentales que antaño no se concebían así, ejemplo de ello, son el derecho al desarrollo de los pueblos, el derecho de protección al medio ambiente, etcétera.

Ahora bien, ¿Por qué el contractualismo como objeto del Derecho?. La respuesta, o las respuestas, podrían estar en la filosofía del derecho, pues si se considera que el Estado y el Derecho son producto de un acuerdo entre individuos libres e iguales con los mismos derechos de participación, se colegirán muchísimas consecuencias para el Derecho. En esta tesis se abordan cuatro de ellas, seguramente por ser una importante base para la convivencia justa: la legitimidad política, la obediencia del Derecho, la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Si el contractualismo clásico sirvió para fundamentar en los siglos XVII y XVIII, las construcciones más caras para el jusnaturalismo racionalista, en esta última parte del siglo XX, es un trascendental instrumento para romper, en el campo del derecho, con las limitaciones del positivismo legalista más ortodoxo, el cual ha privado en nuestro país de manera

particularmente perniciosa en áreas como la interpretación jurisdiccional, restringiendo el ámbito del Derecho al positivo, eliminando el papel de los principios generales del derecho, a los que se ha colocado sistemáticamente al final de los medios o métodos de interpretación, desconociendo que los principios generales no sólo están al final sino al principio de la jerarquía normativa desde las épocas del derecho romano, pues de ellos deviene el orden jurídico posterior.

Aclaro que este trabajo no es una tesis jusnaturalista en el sentido tradicional de la palabra (principios eternos, inmutables, originados en la razón humana o divina), sino una tesis como dije anteriormente, que descarta la peor del positivismo y que intenta preservar lo útil de él (la seguridad jurídica por ejemplo), pero que se encuentra comprometida indudablemente con una especie de jusnaturalismo, el jusnaturalismo deontológico, el cual no sólo vive actualmente en los espacios de la especulación filosófica sino que desciende a la cotidianidad de la interpretación jurisdiccional de los tribunales constitucionales que todos los días analizan contenidos sobre los derechos humanos y problemas de colisión entre ellos. Este es el jusnaturalismo que está en boga no sólo en el mundo anglosajón, sino en el continental europeo, y que creo es más que una moda intelectual, pues está intentando sintetizar lo mejor del humanismo social y de corrientes

filosóficas que han sido procreadas en el árbol de la Ilustración.

El encuentro con este mundo fascinante lo tuve en la Universidad española, en donde encontré que ese era el quehacer de muchos profesores de derecho político y de filosofía del derecho. ellos al haber participado como asesores en los procesos de transición a la democracia en España, se percataron de que era indispensable diseñar modelos teóricos que explicaran y justificaran un sistema democrático. Algunos, encontraron en el neocontractualismo anglosajón, y en la filosofía política alemana los elementos para elaborarlo, y pienso, que con excelentes resultados que han trascendido el plano de las aulas universitarias y han alcanzado otros espacios como el del Parlamento, el del Poder Judicial, el del Tribunal Constitucional, el del Defensor del Pueblo, y el de las mismas instituciones de la Comunidad Económica Europea. Ciertamente se trata de una elaboración inacabada, y a veces impráctica, pero nadie duda de que el esfuerzo y la influencia de estas ideas ha sido muy importante. En México, en pleno proceso de transición a la democracia, cualquier intento por definir, reflexionar, y antidogmatizar sobre las bases del Estado y el Derecho puede ir más allá de la catarsis individual y colectiva al motivar el nacimiento de instituciones y prácticas políticas y sociales más respetuosas con los derechos humanos.

Esta tesis se encuentra dividida en dos partes, y cuenta con siete capítulos. El primero de ellos tiene como misión presentar la concepción general del contractualismo y describir respecto a esta corriente ciertas posturas críticas. El segundo, revisa los antecedentes del contractualismo en el mundo antiguo y medieval; y pasa revista por los contractualistas clásicos más importantes, destacándose al mismo tiempo, las líneas generales de la escuela en cuestión. El tercero, reflexiona sobre las propuestas neocontractualistas del momento: Nozick, Buchanan y Rawls, enfrentándolos a sus críticos, principalmente con los comunitaristas. El cuarto capítulo, atiende al problema de la legitimidad, analiza algunas tesis, y concluye con la visión contractualista de la legitimidad. El quinto, se dedica al problema de la obediencia al Derecho, y su tratamiento desde el contractualismo. El sexto, abunda sobre la desobediencia civil, su conceptualización y requisitos. El último capítulo aborda una cuestión que determina el grado de tolerancia y pluralismo en una sociedad democrática determinada: la objeción de conciencia.

El contractualismo a través de sus preocupaciones pretende ser el hilo conductor del trabajo, y muestra de ello, es su insistencia en la aplicación de tales preocupaciones a lo que denomino su "proyección jurídico política". La tesis quiere y debe ser más que descriptiva, por eso en la primera parte detalla y precisa señalamientos

críticos a los contractualistas en particular y a la corriente de pensamiento en general, a la que se considera vigente y revivida por el auge de los estudios de filosofía política. En la segunda parte adquiere un lugar destacado la aplicación de los principios contractualistas a las instituciones y elaboraciones concretas. La lista de las cuestiones referentes a la proyección jurídico constitucional del contractualismo podría ser tan grande como preocupaciones e instituciones hay en la sociedad y en el Estado. Me limité a cuatro por considerarlas vitales para la fundación y consolidación de las democracias.

Esta exposición previa, exige que dé a conocer mis agradecimientos, no por ritualismo, sino por afectos y deberes morales. En primer lugar, a mi esposa, María de la Luz, pues ésta y otras inquietudes no serían posibles sin su apoyo, afecto, y paciencia. A mis profesores de España: Pablo Lucas Verdu, Pedro de Vega, Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández, de los que aprendí de su talante democrático, abierto y dialogístico. A mis profesores de México: Antonio Martínez Baez, eminente jurista, que con su ejemplo me ha guiado por el camino de los principios universales de la academia; Héctor Fix Zamudio, por su generosa amistad y ayuda constante; Rolando Tamayo y Salmoran por querer y querer bien, asumir el papel de director de tesis, y haberlo hecho con merma de su tiempo. A los hombres de la política y la administración que han

provocado que siga creyendo que aún son posibles cambios democráticos en mi país: Manuel Camacho Solís, Luis Martínez Fernández del Campo, Enrique Burgos García y Fernando Ortiz Arana.

PRIMERA PARTE

**"EL CONTRACTUALISMO CLASICO Y
EL NEOCONTRACTUALISMO"**

I. LA IMPORTANCIA DEL CONTRACTUALISMO EN LA FILOSOFIA POLITICA

I.1. La concepción general del contractualismo.

Las tesis contractualistas pueden ser reducidas a dos: Las teorías "puramente explicativas" que insisten en el origen contractual-histórico del Estado; y las "legitimantes" que se preocupan por la justificación y fundamentación del poder¹. El contractualismo en esta última vertiente pasa a ser: "posibilitador de consecuencias práctico-éticas, jurídicas o políticas de especial relevancia para comprender la historia del pensamiento y de las relaciones políticas desde el siglo XVII"². Su grandeza estriba en destacar: "... en primer lugar, la noción de que ninguna sociedad, gobierno, derecho o principio de "moralidad" son legítimos a menos que se basen, directa o indirectamente, en el consentimiento de los individuos interesados, aunque tal consentimiento no revista necesariamente la forma de un contrato; en segundo lugar, la idea de que el objeto de la ciencia política es el comportamiento político de los individuos y grupos; en

¹ Ver KLIEMT Hartmut. Filosofía del Estado y criterios de legitimidad. Editorial Alfa, Barcelona/Caracas, 1983, pp. 59 y ss. También FERNANDEZ, Eusebio, Teoría de la justicia y derechos humanos. Editorial Debate, primera edición diciembre 1984, pp. 190 ss.

² FERNANDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos, ob. cit. p. 192.

tercer lugar, la noción de que las sociedades, los gobiernos, las leyes y los conceptos de cierto o falso, justo o injusto, han de ser medidos por el reconocimiento y protección que presten a los derechos individuales "inalienables" que se consideran inherentes a todos los seres humanos en todas las épocas y lugares: en cuarto lugar, la idea de que uno de estos derechos es el derecho a vivir bajo un gobierno democrático, es decir, un gobierno sometido al control popular, considerando que, a falta de unanimidad, dicho control ha de ser ejercido por la mayoría; en quinto lugar, la idea de que, en un sentido que resultaría decisivo para la política, todos los hombres han nacido iguales, debiendo ser, por tanto, uno de los fines primordiales del gobierno la realización de dicha igualdad"³.

En el sentido ya expuesto, Nicola Matteucci⁴ refuerza lo dicho. El contractualismo en un sentido amplio comprende todas aquellas teorías políticas que ven el origen de la sociedad y el fundamento del poder político en un contrato. El citado autor distingue tres niveles del discurso contractualista. El primero formado por los que opinan que el pasaje del "estado de naturaleza" al "estado de sociedad"

³ KENDALL, Willmoore, "Contrato Social" en Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales, Editorial Aguilar, tomo III, Madrid, 1977, p. 146.

⁴ MATTEUCCI, Nicola, "Contractualismo", en Diccionario de Política, tomo I, Editorial siglo veintiuno de España, Madrid, 1982, pp. 407 y ss.

es un hecho histórico realmente acontecido (teorías dominadas por el problema antropológico del origen de la sociedad y del Estado). El segundo constituido por quienes sostienen que el estado de naturaleza es una mera hipótesis lógica, con el fin de crear la idea racional o jurídica del Estado como deber ser, y de dar, así, un fundamento a la obligación política, basado en el consenso expreso o tácito de los individuos a una autoridad que los representa y los encarna. El tercer nivel, en cambio, está dominado por los que ven en el contrato un instrumento de acción política para imponer límites a quien detenta el poder.

El contractualismo entendido en su segunda forma, es un instrumento para medir el grado de legitimidad de los sistemas políticos, es una teoría normativa que señala que en los individuos está el origen del poder, que como ninguna otra, indica que la legitimidad tiene una vinculación directa y estrecha con los derechos humanos, en donde el orden político está justificado si, y sólo si, promueve y garantiza estos derechos permitiendo que los individuos participen, tanto en la formulación y determinación de los procedimientos políticos como en el control y en los resultados derivados. El contractualismo tiende a concebir la democracia en el sentido clásico, es decir, que tiene en cuenta elementos como: la supremacía del pueblo, el consentimiento de los gobernados como base de la legitimidad, la necesaria justificación de las normas

jurídicas, la igualdad de derechos entre los individuos, y el valor del individuo como ente racional y moralmente libre, rechazando de paso concepciones instrumentalistas o elitistas de la democracia.

Desde un punto de vista moderno, el estudio de la legitimidad política no puede desligarse de otras preocupaciones que se concatenan e influyen mutuamente: La desobediencia civil, versión moderna y actualizada del "derecho de resistencia", queda unida con la legitimidad del sistema. Se está obligado sólo a obedecer a un sistema legítimo. La obediencia al derecho, subespecie de la obligación política se interrelaciona con la desobediencia civil y la legitimidad. En cuanto a la objeción de conciencia, se trata de un correctivo democrático, de carácter individual y moral, al sistema político, que sólo puede generarse y fructificar en un orden plenamente legítimo dirigido por y hacia los derechos humanos.

I.2. Los críticos a las teorías del contrato social.

Las teorías del contrato social tienen seguidores y denostadores. Una de las primeras críticas obedece al hecho de que algunos contractualistas le dieron un origen histórico al Estado. Sobre esto, cabe aducir que casi todo el contractualismo, el clásico y el contemporáneo, han ubicado al contrato como una hipótesis o idea regulativa de

la razón. Kant por ejemplo señalaba que el contrato es "... una mera idea de la razón que tiene, sin embargo, una indudable realidad práctica, a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada subdito, en la medida en que éste quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal. Pues ahí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública"⁵. Esta idea kantiana es mencionada incesantemente. Rousseau, por ejemplo: en su "Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres", ya había dicho antes de Kant que no se trataba de conocer el origen histórico del hombre, sino de comprender, mediante un modelo científico, "un estado que no existe ya, que posiblemente no ha existido nunca, y que probablemente no existirá jamás, pero del que es necesario tener nociones exactas para comprender bien nuestro estado presente"⁶.

Otra crítica frecuente vincula al contrato y a los derechos naturales de carácter racionalista, a un contrato determinado, esto es, se les relaciona con el nacimiento del

⁵ KANT, Immanuel, En torno al tópico: "Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no me sirva para la práctica", (Teoría y Práctica) traducción de M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Editorial Tecnos, 1986, p. 37.

⁶ ROUSSEAU, J.J. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p.111.

capitalismo moderno, y con las ideas burguesas que buscan, por encima de toda consideración la garantía de los beneficios a través de un instituto como el contrato que conlleva la idea de seguridad jurídica. No cabe duda que las tesis contractualistas clásicas y aún las contemporáneas, se generaron por lo que ve a las primeras, en el ambiente cultural y socio-económico que llevó a la burguesía al poder, y por lo que se refiere a las segundas, han servido en algunos casos para justificar tipos de Estado de carácter liberal o neoliberal. Sin embargo, es posible, también con estas teorías fundamentar al Estado democrático y participativo, pues los derechos fundamentales y los constructos contractualistas no son patrimonio de una ideología determinada. En este sentido se entiende por Estado democrático y participativo a aquél que reúne los elementos ya citados de lo que he llamado democracia clásica.

Passerin D'Entreves ha precisado como característico del contractualismo su vinculación con la teoría política del individualismo⁷, género que para algunos sólo puede relacionarse con el individualismo egoísta y no solidario. Como en el caso anterior, el individualismo no debe considerarse patrimonio exclusivo de una ideología, corriente cultural o un tipo específico de intereses. El

⁷ PASSERIN D'ENTREVES, Derecho Natural, Editorial Aguilar, traducción de M. Hurtado Bautista, Madrid, 1972, pp.70 y 71.

contractualismo como lo dice Eusebio Fernández tratará de garantizar el reconocimiento moral y jurídico de la personalidad de los individuos en sus relaciones sociales y jurídico-políticas⁸, o utilizando la expresión de Javier Murgueza⁹, el contractualismo deberá responder a un individualismo comunicativo y fraternal, en oposición al individualismo insolidario.

Se ataca al contractualismo también porque es un cuerpo de doctrina heterogéneo, diverso, en donde los autores sostienen posturas contradictorias. Esto es verdad, pues el contractualismo no es una doctrina homogénea y precisa. Siendo cierto esto, el contractualismo como aquí se entiende no deja de tener gran valor al buscar y sentar bases o principios para legitimar al Estado y al poder. Al respecto, lo importante es que la teoría del contrato en cuestión pugne por la existencia de sociedades abiertas y plurales. El contractualismo no debe propiciar sociedades cerradas, en donde, al final del desarrollo del contrato social, todo esté ya armónicamente conjugado y en perfecto orden, sin que exista lugar para el debate o la réplica a las bases del contrato, siendo éste inmodificable, y sin posibilidad de

⁸ FERNANDEZ, Eusebio, "El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales", Anuario de Derechos Humanos, número 2, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, marzo de 1983, pp. 64 y 65.

⁹ MURGUEZA, Javier, "Entre el liberalismo y el libertarismo (Reflexiones desde la ética)", en Zona Abierta, número 30, enero-marzo de 1984, p. 44.

ser sustituido por otro que se enmarque en la tolerancia, en la publicidad de los actos de gobierno, en la legitimidad en base al consentimiento de los individuos, etcétera, pues existen principios necesarios para la consecución de la convivencia democrática, y si estos principios no coexistieran en y con la democracia, sería muy difícil que el contenido que se diera a determinados derechos fundamentales pudiera tener la pretensión de ser justo o axiológicamente valioso¹⁰.

¹⁰ Ver la tesis de Juan Cruz Cruz que lleva la postura de Karl Popper, sobre las sociedades abiertas y cerradas al pensamiento contractualista. Cruz Cruz Juan, "Derecho e Historia en Kant. El proyecto final de una paz democrática", Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, número 13, 1985, pp. 197 a 261. Juan Cruz elabora cuatro esquemas sobre cuatro contractualistas clásicos (Spinoza, Locke, Hobbes y Rousseau). Los cuatro esquemas son: M-S-I (que corresponde a Spinoza); B-S-I (que corresponde a Locke); M-S-O (que corresponde a Hobbes); y B-S-O (que se refiere a Rousseau). Las variables significan lo siguiente: M es igual a la fase inicial de agresividad, de maldad belicosa; B es igual a la fase inicial de pacífica convivencia y bondad natural; O es igual a la fase final de un estado orgánicamente cerrado, autosuficiente, sin necesidad de perfeccionamiento ulterior; I es igual a una fase final de un estado constituido inorgánicamente, abierto a un permanente tanteo de probabilidades hacia la mejor convivencia; y S es igual al momento de separación de las dos fases. La lectura de los esquemas sería: 1) Esquema M-S-I (Spinoza): De la agresividad se pasa a un estado itinerante, nunca acabado, expuesto al conflicto interior de la naturaleza; 2) B-S-I (Locke): De la natural bondad del hombre se pasa a un orden social esintóticamente perfecto, pero externamente amenazado por el posible extravío de la razón; 3) M-S-O (Hobbes): De la violencia y discordia pasa la humanidad a un estado cerrado, perfectamente armónico y pacífico; 4) B-S-O (Rousseau): De la bondad natural del hombre se llega a un orden social cerrado y perfecto que supera la perversión del momento S.

II. EL RESCATE DEL ANTIGUO CONTRACTUALISMO

II.1. Los predecesores.

II.1.1 Sus antecedentes en Grecia.

La filosofía del contractualismo, como señala Passerin D' Entrèves¹¹ aparte de precedentes ocasionales que pueden encontrarse en escritores antiguos, es un producto enteramente moderno.

Lo anterior no obsta para hacer un breve repaso a las ideas más sobresalientes que en la antigüedad y en la edad media tuvieron conexión con el contractualismo, y que, de hecho, lo fueron perfilando.

Como otros tantos conceptos de la filosofía política, el contractualismo, no escapó, al menos de manera incipiente, a una primera elaboración teórica por los griegos¹².

¹¹ PASSERIN D'Entrèves, Derecho natural, Editorial Aguilar, traducción de M. Hurtado Bautista, Madrid, 1972, p. 70.

¹² Se señalan antecedentes del contractualismo en los escritos de los discípulos confucianos de Mencio, los brahmanes de los sastras, etc., Ver H.E. BARNES y H. BECKER, Historia del Pensamiento Social, tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión a la primera edición en español, 1984, p. 381.- Ver también MAYER, J.P. Trayectoria del pensamiento político, Fondo de Cultura Económica, versión española de Vicente Herrero, México-Buenos Aires, tercera edición, 1966, p. 7.

Los sofistas que pensaban que en el Estado descansaba sobre una base voluntaria, individualista y artificial, sostuvieron que éste se formaba mediante un pacto social¹³. El relativismo sofístico llegó a ésta conclusión, en virtud, de la distinción entre convención y naturaleza¹⁴. En tiempos anteriores a ellos, la ley o la convención, era algo sagrado que ligaba por igual a dioses y hombres sin distinción de tiempos y lugares. Para los sofistas la ley no era eterna ni universalmente válida. Su origen era el acuerdo o la costumbre; no la naturaleza. La ley (), por tanto, tenía una génesis humana y pactada. A diferencia del pensamiento presocrático, la ley natural, no tenía el significado que Sófocles expresó por boca de Antígona, como ley divina, no escrita, intemporal y universal, sino como deseo o apetito momentáneo (cupiditas naturalis como señalarían en el medioevo)¹⁵. Esto queda claramente probado, con las referencias de Antifón, que compara el concepto de "natural" con el de conveniente, o con la idea del sofista Lycofrón, que concibió al derecho como un contrato que proporcionaba seguridad¹⁶.

¹³ GETTEL, Raymond G. Historia de las ideas políticas, Editorial Labor, S.A. Barcelona-Buenos Aires, 1930, tomo I, pp. 90 y ss.

¹⁴ GOUGH, J.W. The Social Contract (A critical Study of its Development), Oxford University Press, segunda edición, 1957, p.9.

¹⁵ HIRSCHBERGER, Johannes. Historia de la Filosofía, Editorial Herder, Barcelona, Traducción de Luis Martínez, tomo I, 1977, pp. 73 y 74.

¹⁶ GOUGH, J.W. ob.cit., p. 12.

En algunos casos, los sofistas se adelantaron a los contractualistas modernos. Tal es el caso de Critias que en el Gorgias de Platón describe un estado de naturaleza casi hobbesiano: "Allí la vida del hombre estaba en pleno desorden, a ras animal, y sometido al más fuerte: no había ningún premio para la virtud y ningún castigo para el vicio. Entonces creo yo que se les ocurrió a los hombres dar leyes"¹⁷. Esta influencia no debe extrañar en autores como Hobbes, por el gran conocimiento que del mundo griego se tenía¹⁸.

La respuesta inmediata a los sofistas se da como sabemos con Sócrates. Coincidió con ellos al sostener que las concepciones jurídicas tienen que sufrir la crítica de la razón individual, sin sujetarse a la religión o a las costumbres, pero, a diferencia suya, pensaba que los principios de la justicia podían descubrirse mediante un adecuado examen. Además vinculaba la política con la ética, y para él, los individuos debían obedecer los preceptos de la razón.

En cierta forma, en Sócrates, existen elementos contractualistas. No por concebir al Estado o al gobierno como un contrato, sino por el énfasis en ideas o conceptos

¹⁷ PLATÓN, Diálogos "Critias o de la Atlántida". Edición de EDAF, Madrid, 1969, pp. 951 y ss.

¹⁸ HOBBS Thomas tradujo la Historia de la guerra del Peloponeso de Tucídides. Ver MAYER, J.P. ob. cit., p.11.

que después y ahora, dan sustento a la filosofía contractualista, aunque para algunos son antecedentes de la falacia naturalista. En este orden de cosas se puede ubicar la defensa que hizo a la obligación de obedecer el derecho¹⁹.

En Platón como en Aristóteles encontramos la tesis opuesta al pacto social. El Estado tiene un origen natural. No es creación de la voluntad de los hombres, y por tanto, éstos no pueden modificar las leyes a su arbitrio. Platón subraya el hecho, de que el legislador, si es un verdadero legislador, debe defender la aspiración del derecho y del

¹⁹ En el Critón, Sócrates señala argumentos a favor de la obediencia del derecho por razones morales "¿Y qué adelantarias, Sócrates, con violar este tratado y todas sus condiciones? No has contraído esta obligación ni por la fuerza, ni por la sorpresa, ni tampoco te ha faltado tiempo para pensarlo ... Tú no has preferido ni a Lacedemonia, ni a Creta, cuyas leyes han sido constantemente un objeto de alabanza en tu boca, ni tampoco has dado preferencia a ninguna de las otras ciudades de la Hélade o de los países extranjeros. Tú, como los cojos, los ciegos y todos los estropeados, jamás has salido de la ciudad, lo que es una prueba invencible de que te ha complacido vivir en ella ... ¡Y ahora te rebelas y no quieres ser fiel a este pacto!. Pero si me crees, Sócrates, tú respetarás y no te expondrás a la risa pública saliendo de Atenas ... En el momento de la huida, o, si te agrada más, de nuestra salida, si la ley y la república misma se presentasen delante de nosotros y nos dijese: Sócrates, ¿qué vas a hacer? ¿la acción que preparas no tiende a trastornar, en cuanto a ti depende, a nosotros y al Estado entero?. Porque, ¿qué Estado puede subsistir si los fallos dados no tienen ninguna fuerza y son eludidos por los particulares? ... ¿Entonces es preciso no hacer injusticia a los mismos que nos la hacen, aunque el vulgo crea que esto es permitido, puesto que conviene en que en ningún caso puede tener lugar la injusticia?. Ver Platón, Critón, publicación de EDAF, Madrid, 1969, pp. 53 y ss.

arte a ser naturales, o no menos reales que la naturaleza ya que son producto de la mente por sólido argumento²⁰.

Aristóteles también, y de aquí parte una tradición opuesta al pacto social, encuentra el origen del Estado en los esfuerzos del hombre para satisfacer sus deseos y necesidades individuales. Aristóteles es el antecedente de los comunitaristas modernos, y de Hegel mismo²¹. En el Estado ve la grandiosa organización de la moralidad. Sólo en la comunidad se encuentra el hombre en su forma perfecta y acabada, y solo en ese ámbito social se realiza el bien en gran escala. Con la ley es el hombre un ser perfecto, sin la ley, un salvaje. El Estado, no es, por tanto, un simple expediente para atender y satisfacer las necesidades del ser físico del hombre, ni tampoco una empresa en el terreno de la economía o del comercio, o una institución para la autoafirmación del poder político. El Estado, es algo más, es la realización de la grandeza moral de la humanidad, de la prosecución por la eudemonía²².

²⁰ PLATÓN, Las Leyes, Libro X, edición bilingüe de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pp. 146 y ss.

²¹ Un excelente estudio sobre el neoaristotelismo o comunitarismo puede consultarse en: THIEBAUT Carlos, Cabe Aristóteles, Visor Distribuciones, Madrid, 1988. También ver la defensa al comunitarismo en MACINTYRE Alasdair, Tras la virtud (After virtue), traducción de Amelia Valcárcel, Editorial Crítica, Barcelona, 1987.

²² Dice MacIntyre a propósito de la Ética a Nicómaco de Aristóteles: "Busca (Aristóteles) ser la voz racional de los mejores ciudadanos de la mejor ciudad-estado; él mantiene que la ciudad-estado es la única forma política en que las virtudes de la vida humana pueden ser auténtica y plenamente

Los epicúreos y los estoicos desarrollaron inacabadas teorías contractualistas. Los epicúreos más con el acento de los antiguos sofistas²³. Para los últimos, el Estado se funda en el egoísmo individual, y definen la ley como un acuerdo útil y conveniente, establecido entre los individuos para defenderse de la violencia y la injusticia. Los estoicos en cambio consideran que la razón es la fuente suprema del derecho. Los hombres son iguales por decreto de la naturaleza; todos pertenecen, como ciudadanos, a una república universal. Estas ideas como se ve, servirán para que en la escolástica, y en la edad moderna, se recupere la noción de la dignidad humana, justificación de los derechos humanos, y elemento imprescindible para algunas teorías neocontractualistas²⁴.

II.1.2 Los antecedentes en Roma.

En Cicerón encontramos una indicación muy clara a la teoría del contrato. En el libro III de la República señala: "Pero cuando hay miedo recíproco, cuando el hombre teme al hombre y la clase a la clase, como nadie confía en su propia fuerza, se hace una especie de contrato entre los poderosos mostradas" Tras la Virtud, ob. cit., página 187. En la Política, que en Aristoteles es ética, destina un libro, el VII, a la felicidad y al régimen ideal. Ver Aristoteles, Política, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970 (1288 b5-1323 a 14).

²³ GOUGH, ob. cit., p. 15.

²⁴ Me refiero a John Rawls.

y los humildes; esto produce esa forma de gobierno que ha recomendado Escipión; y así no es la naturaleza ni el deseo, sino la debilidad la madre de la Justicia"²⁵.

Sin embargo, en el libro II de la República, hace expresar a Escipión opiniones contrarias a la idea del pacto, y a favor del origen natural e histórico del Estado, anticipándose, en este sentido, a Burke, según lo ha mencionado Mayer²⁶.

Más importante que la filosofía política del contrato, es en Roma, la concepción que de la ley (lex) tenían los romanos. La lex es un contrato por el cual los ciudadanos se obligan recíprocamente a observar cierta conducta. Como dice Tamayo: "El sujeto del poder legislativo, no es el Senatus o el princeps colocados por encima de los ciudadanos, sino los propios ciudadanos en su conjunto. Lex no era una orden o prohibición dirigida a súbditos, sino una convención celebrada entre iguales (evidente influencia de la stoa). En tanto que obligación del populus, ella necesita una stipulatio, el populus es consultado y responde mediante el voto. Es por lo que Papiriano considera que lex era una communis reipublicae sponsio"²⁷.

²⁵ MAYER, J. P. ob. cit., p. 41.

²⁶ MAYER, J. P. ob. cit., p. 41 y 42.

²⁷ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Introducción al Estudio de la Constitución. UNAM, México, 1989, p. 46.

Esta idea que es fundamental en nuestro análisis, servirá como influjo durante toda la Edad Media, para que la noción de contrato, tanto en la construcción teórico-política, como en las mismas relaciones que se establecieron, entre señores y siervos, monarcas y nobles, no desaparezca.

II.1.3 Las aportaciones de la Edad Media al contractualismo.

La estructura política del medioevo se vió inmersa en la idea del pacto. Tanto en el reino visigótico, como en el de los francos o germanos, laten principios contractualistas. No es casual que Gough exclame respecto al imperio carolingio que : "A contractual principle, then, was implicit in the political system of Carolingian times"²⁸.

En el plano de las ideas, existen alusiones al contrato desde San Agustín, pero se van perfeccionando a medida que transcurren los tiempos medievales. Manegoldo de Lautenbach,

²⁸ GOUGH, J. W., ob.cit., p. 28. Tamayo por su parte, indica como los pactos fueron elemento importante en el progreso de Europa. La Historia de Francia, España o Inglaterra están ligadas al pacto. Los pactos medievales tenían por objeto establecer relaciones de obediencia y de mando entre gobernantes y súbditos. De ahí el nombre de pactum subjectionis. En los tiempos modernos el pactum subjectionis se transforma, y "la constitución ya no es una negociación entre el príncipe y algunos grupos de barones o burgueses, se convierte en el resultado de un consensus por el cual voluntades paralelas establecen ciertas reglas para el ejercicio del poder y ciertos fines para la comunidad". Ver Tamayo y Salmorán, ob. cit., pp. 56 y ss.

delineó por primera vez, una teoría de la soberanía popular que conectó con el contrato y que precede a pensadores de la talla de Marsilio de Padua.

Al tiempo que política y teóricamente se desarrollaba la teoría del contrato, se seguía manteniendo la tesis aristotélica del origen del Estado, la que hace referencia a la naturaleza social del hombre, y que constituye casi una defensa antropológica del poder político.

Los medievalistas hasta antes de Ockam y de Marsilio consideraron que tanto el poder secular como el espiritual está ordenado por Dios. Por consiguiente, los dos son del todo compatibles. Dios es el creador de la naturaleza humana y como la naturaleza hace necesarios el Estado y la sociedad, Dios es también fuente y autor del poder político.

La reacción de algunos monarcas y pensadores no se hizo esperar, iniciándose el largo pergeñar de la teoría de las dos espadas, o de la separación entre el poder terrenal y el espiritual. San Bernardo (1091-1153) y Juan de Salisbury (1115-1180), entre otros, delimitaron las dos esferas de influencia, repudiando la intervención del Papa sobre cuestiones terrenales-administrativas. Juan de Salisbury, en su concepción del Estado permite la deposición violenta del tirano, porque éste no tiene derechos frente al pueblo, pues no existe ningún hombre que posea potestad sobre otro.

salvo en el supuesto de cumplir los deseos de Dios, mediante la realización de la justicia. Posición obviamente, basada en el universalismo ético de San Pablo, que constituye un elemento importante de la construcción contractualista posterior²⁹.

La transición al mundo moderno está representada por los escritos de Marsilio de Padua y de Guillermo de Ockam³⁰. Su importancia estriba, además de denunciar las ingerencias del poder espiritual sobre el temporal, como lo habían hecho

²⁹ GETTEL, Raymond, ob. cit., tomo I, pp. 193 y ss.

³⁰ Ver G. de Ockam, Breviloquium de potestate papae, J. Vrin, Paris, 1937. Marsilio de Padua, Il difensore della Pace, a cura di Cesare Vasoli, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Italia, 1960. Como bibliografía general ver: W. Ullmann, Historia del pensamiento político en la Edad Media, Ariel, Barcelona, 1983; y G. Llorca-Villoslada, Historia de la Iglesia Católica, BAC, Vol. II, Madrid, 1976.

Salisbury. San Bernardo o Dante³¹, en sentar la simiente política e intelectual del mundo moderno.

Ambos fueron influidos por la nueva scientia expermentalialis de Roger Bacon "que había de llevar la filosofía natural cualitativa de la Edad Media al camino del moderno pensamiento cuantitativo"³².

Guillermo de Ockam (1280-1347) estuvo preocupado, obviamente, por las pugnas entre el poder civil y el eclesiadístico, en donde desarrolló su talento al escribir

³¹ Dante, Alighieri, La divina comedia, estudio preliminar de Jorge Luis Borges, Editorial Cumbre, S. A., México, 1980. Se trata del canto decimosexto del purgatorio (pp.256-257): "De hoy más puedes decir que la Iglesia de Roma, por querer abarcar las dos potestades, ha caído en el cieno, manchándose así propia y manchando su propio gobierno". El poder espiritual, el papado, mantenía en esa época un esquema político que puede resumirse en lo siguiente: a) Una sola Iglesia santa, católica y apostólica existe en el mundo, fuera de la cual no hay salvación. Esta Iglesia representa un solo cuerpo místico, cuya cabeza es Cristo, y su vicario, el sucesor de Pedro; b) En esta Iglesia hay dos espadas: la espiritual y la temporal. La Iglesia maneja la espiritual, los príncipes, la temporal pero siempre según la indicación o el permiso del pontífice; c) Como Dios ha ordenado todas las cosas con subordinación de las inferiores a las superiores, la espada o la potestad temporal debe subordinarse a la espiritual, que es más excelente. La potestad espiritual tiene que "instituir" la potestad terrena y juzgarla si no fuese buena o se desviase de la justicia; en cambio, si se desvía la suprema potestad espiritual, sólo Dios puede juzgarla; d) Se determina que el hombre sólo puede salvarse si está sometido al romano pontífice. El esquema mencionado se corresponde a la Bula Unam Sactam (1302) de Bonifacio VIII. Ver García Matarranz, Félix, "Filosofía política medieval en "El nombre de la rosa", Revista de Estudios Políticos, número 56, abril-junio, 1987, pp. 137 y ss.

³² MAYER, J. P., ob. cit., p. 72

obras como el *Breviloquium de principatu tyrannico super divina et humana* (1342) y en el *De imperatorum et potificum potestate* (1347). Ockam recalca fuertemente la autonomía de la potestad civil, pues hubo un orden legítimo antes de Cristo y de la Iglesia. Su contribución al contractualismo es expresada en la idea de que todos los mortales que han nacido libres tienen el derecho de elegir un monarca, en tanto que el poder legislativo estuvo primero y originalmente en el pueblo que lo traspasó al César. Este traspaso de poder no significa poder ilimitado del príncipe. Su límite reside en las libertades del hombre (que son anteriores al Estado) y en el bien común, para el que fue instituido³³.

La aportación más importante de Ockam a la filosofía, es su teoría crítica del conocimiento. Con ella dió un golpe mortal a la doctrina medieval de los universales. Para Ockam sólo el individuo es real. Los universales están en la mente y son tan incógnitos como "x" "y" o "z"; con Ockam la metafísica se convierte en lógica. No obstante, su nominalismo sostiene que los conceptos una vez concebidos, poseen verdad y validez eterna. La influencia posterior en pensadores como Locke, Hobbes, o los empiristas ingleses es evidente.

³³ GOUGH, J. W., ob. cit. p. 40.

Ockam fue además el primero -lo que es muy importante para el contractualismo y la teoría de los derechos humanos- en definir una teoría de los derechos subjetivos. La ocasión fue la polémica con Juan XXII (1249-1334), acerca de la pobreza evangélica. Para resolver las dificultades prácticas suscitadas por la renuncia al derecho de propiedad en el seno de la orden franciscana, Papas anteriores habían hecho hincapié en la distinción entre el derecho de propiedad como tal (*ius proprietatis dominium*), atribuyéndolo al Papado, y el mero uso (*simplex usus facti*) de los miembros de la orden. Juan XXII sometió a revisión la postura de sus predecesores, con criterio jurídico más estricto (especialmente en la bula *Cum inter nonnullos*, de 1323), y asimiló el uso al derecho, dado el carácter perpetuo que en este caso tenía en particular en lo referente a los bienes fungibles: el uso no sería justo sin un *ius utendi*. También Cristo y los apóstoles, según él, tuvieron un derecho de propiedad sobre las cosas de uso³⁴. En oposición a las tesis del pontífice, Ockam insistió en la distinción entre el uso de hecho (*usus facti*), "el acto mismo de usar una cosa externa", basado en último término en el "derecho celestial" (*ius poli*), derecho positivo divino, y el derecho al uso (*ius utendi*), consistente en un poder lícito sobre una cosa externa (*potestas licita utendi re extrinseca*), del

³⁴ OCKAM, Guillermo. Breviloquium de potestate papae, ob. cit., pp. 25, 102, 119, 127. En síntesis, si Cristo vivió pobre habría que admitir que no tuvo ningún poder en los asuntos temporales.

que no se puede ser privado sin culpa o sin causa racional, y protegido judicialmente, fundado en la convención y la ley positiva humana. M. Villey ha visto en la caracterización del *ius utendi* por Ockam, un giro en la concepción tradicional objetiva del derecho: el derecho en sentido técnico deja de designar el bien que nos corresponde según la justicia y significa algo más estrecho: el poder que se tiene sobre ese bien³⁵.

Más radical que Ockam fue Marsilio de Padua (1275/80 a 1342/1343), aunque ambos se influyeron mutuamente, y la obra de Marsilio hubiera sido muy incompleta sin la teoría crítica del conocimiento (nominalismo) de Ockam.

La obra principal de Marsilio, *El Defensor Pacis*³⁶, fue condenada por la iglesia³⁷, y a consecuencia de ella, Marsilio y su ayudante, Juan de Jandún, fueron declarados herejes en 1327 por el Papa Juan XXII³⁸.

³⁵ VILLEY, Michel, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume de Occam", *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, 1964, pp. 97-127; recogido en sus *Œuvres, essais de Philosophie du droit*, Paris, 1969, 140-178. La autoría respecto a la noción de los derechos subjetivos se ha atribuido a Suárez, a Grocio o a Locke.

³⁶ Marsilio de Padua, "Il difensore della Pace", ob. cit.

³⁷ La bula *Licet juxta doctrinam*, publicada el 23 de octubre de 1327, emitida por Juan XXII condenaba solemnemente a Marsilio y a Juan de Jandún.

³⁸ Ockam también fue excomulgado. Marsilio y Ockam se agruparon en torno de la protección del emperador Luis de Baviera ("César, defiéndeme a mí con la espada y yo te defenderé con la pluma").

El Defensor Pacis se considera el tratado político más importante y original de la Edad Media³⁹. Se divide en tres partes. En la primera se dedica al examen de los principios del Estado; el segundo libro al estudio del origen y desarrollo de la Iglesia, su organización bajo el pontificado y sus relaciones con la autoridad civil; y el tercero contiene un resumen y conclusiones.

Marsilio rompe con Aristóteles y la Edad Media⁴⁰, y su obra es esencialmente desacralizadora, escéptica. Para él, nadie ha podido suministrar una prueba convincente de la beatitud ultraterrenal. Su concepción de la política es científica, naturalista (recordar que Marsilio era médico), y prelude a Maquiavelo. El fin de la comunidad estadual es la tranquilidad, de ahí el nombre y principal preocupación del Defensor Pacis.

El esquema del Estado es contractualista: basado en el consentimiento del pueblo. La civitas o el regnum está compuesto tan sólo de ciudadanos, sin importar si éstos son o no cristianos, pues el elemento constitutivo del Estado es el ciudadano puro y simple, incluyendo a clérigos y a laicos sin diferencia alguna entre ellos⁴¹.

³⁹ GETTEL, R., ob. cit., tomo I, p. 207.

⁴⁰ EBENSTEIN, N., Los grandes pensadores políticos, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1965, p. 319.

⁴¹ Marsilio de Padua, ob. cit., primer discurso o libro primero, capítulo IV, 3 (pp. 121 y ss): "Di conseguenza l'uomo ebbe bisogno di diversi generi e specie di arti per

En la discusión sobre las formas de Estado, Marsilio repite la división aristotélica de los tres buenos modelos (monarquía, aristocracia, democracia) y las tres clases de enfermedades (tiranía, oligarquía, demagogia). También dice que el criterio que se sigue para su diferenciación, es según Aristóteles, si un gobierno sirve a los gobernantes o a los gobernados. Hasta aquí no hay modificaciones sustanciales respecto a la obra del estagirita. Pero difiere radicalmente de Aristóteles cuando añade que en las buenas formas de gobierno el gobernante gobierna para el beneficio común y de acuerdo con la voluntad del pueblo. Y al contrario, las formas enfermas de gobierno son para beneficio de los gobernantes, sin el consentimiento del pueblo⁴².

Marsilio se separa de Aristóteles al escribir sobre el fin del gobierno (el beneficio común hasta entonces) remplazándolo por el método de gobierno, según el cual la norma política está por encima de los súbditos, voluntarios o no. Del mismo modo la teoría política contemporánea realiza que la democracia en el gobierno es en principio una cuestión de procedimiento, los resultados y las

.....
 evitare quel danni che abbiamo già ricordato. Ma siccome queste arti possono essere esercitate solo da un gran numero di uomini e le si possono ottenere solo per mezzo della loro reciproca associazione, gli individui singoli devettero associarsi insieme per ottenere con queste arti ciò che era vantaggioso ed evitare quanto era dannoso".

⁴² Marsilio de Padua, ob. cit., Libro I, capítulo VIII, 1, 2, 3, 4 (p. 141 y ss); capítulo IX, 1-11 (pp. 144 y ss.).

consecuencias pueden ser buenas o malas. Es una idea del pensamiento democrático moderno, como el de Marsilio, que el propio método de gobierno, es decir, el consentimiento, es más a propósito para producir buenos fines que los métodos antidemocráticos, aunque estos últimos, también pueden ser empleados en lograr el beneficio común. Esta conciencia dinámica entre medios y fines, es una contribución totalmente moderna de Marsilio, que pone de relieve que el problema de gobierno es de los medios tanto como de los fines⁴³.

La teoría de Marsilio sobre la ley, es otro de los elementos contractualistas de su concepción. A diferencia de los teóricos medievales, para quienes la obligatoriedad de la ley provenía de la voluntad del gobernante, para Marsilio eran los mismos ciudadanos quienes conferían el carácter de obligatoriedad a las normas de conducta. El pueblo es la causa eficiente de la ley⁴⁴, y por éste hay que entender a la universalidad de los ciudadanos, o por lo menos, a la parte mejor de ellos⁴⁵. Así Marsilio se acerca mucho a una

⁴³ Marsilio de Padua, ob. cit., Libro I, capítulo IX, 1-11, p. 144.

⁴⁴ Marsilio de Padua, ob. cit., Libro I, XII, 3, pp. 169-171.

⁴⁵ Este aspecto es considerado por algunos autores como un elemento aristocrático. Ver VASOLI, Cesare, "Introduzione", en Marsilio de Padua, *Il difensore della pace*, ob. cit., pp. 42-47.

concepción de soberanía política como poder constituyente del Estado.

El paduano se refiere igualmente a la función legislativa, en donde el *valentior pars* o pueblo, puede delegar la atribución en una o varias personas, pero sin perder su calidad de legislador originario⁴⁶. Marsilio sostenía que los dirigentes si violan la confianza en el cargo, el legislador tiene el derecho de corregirles y castigarles. Si la ofensa era grave, se podía incluso deponerlos. La diferencia con los autores medievales estriba en que Marsilio busca un método institucionalizado para hacer que el gobernante continúe siendo responsable ante toda la comunidad, si se excediese en su autoridad.

Respecto a la Iglesia, opinaba que ésta era una comunidad de creyentes y, como en la comunidad política, la única autoridad es el conjunto de los miembros. El derecho de nombramiento de los obispos y sacerdotes no pertenece ni al Papa, ni al César, sino a los propios creyentes. Además, la Iglesia no goza de ninguna jurisdicción exterior, y no puede perseguir herejes, pues nadie está obligado mediante el suplicio a seguir los preceptos del evangelio⁴⁷.

⁴⁶ Marsilio de Padua, ob. cit., Libro I, capítulo XII, 9, p. 177.

⁴⁷ Marsilio de Padua, ob. cit., Libro II, capítulo X, 7-9, pp. 364-367.

La Iglesia para cuestiones prácticas se convierte, según Marsilio, en un departamento del Estado, y llega hasta decir que sólo el gobierno civil tiene autoridad para regular el número de iglesias y de templos, sacerdotes y ministros. Considera que la enseñanza, del tipo que fuere, debe quedar bajo la autoridad exclusiva del gobierno civil. Las ideas de Marsilio conducen al Estado secular y laico de Maquiavelo⁴⁸, y preparan de alguna manera la reforma protestante.

Su pensamiento tuvo una fugaz efectividad práctica. Marsilio organizó en 1328, una ceremonia mediante la cual el pueblo entregaba la corona imperial a Luis de Baviera⁴⁹. Igualmente participó en la elección de un antipapa.

Puede considerarse su obra como la de un contractualista, por haber insistido en cuestiones tales como: La asociación es el origen del Estado; la fuente del poder reside en el consentimiento de los individuos; la legitimidad política se origina en el pueblo; el gobernante está obligado a seguir la voluntad popular, y se desvía, el legislador originario puede deponerlo; el método político democrático es tan importante como el fin del gobierno (bien común), etc.

⁴⁸ EBENSTEIN, N., ob. cit., p.326.

⁴⁹ TRUYOL Y SERRA, Antonio, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, tomo I, Alianza Editorial, 1982, p. 413.

II.2 Los contractualistas clásicos.

II.2.1 Algunas razones históricas que explican el auge de las doctrinas contractualistas clásicas.

Las teorías contractualistas son fruto de la filosofía del individualismo, de la secularización, del racionalismo, de la Reforma y de la Ilustración. Estas corrientes estaban necesitadas de una explicación, justificación y desarrollo, y eran producto del ascenso al poder de la burguesía, de la necesidad de fundamentar la soberanía popular, el gobierno representativo y el derecho a la revolución⁵⁰.

En el trasfondo histórico comprendido entre los siglos XVI-XVIII, destacaron: la revolución comercial, la aparición del Estado nacional, las guerras de centralización política, la aparición del mercantilismo, y el poder de las clases medias. Todos estos hechos dieron al pacto un fundamento nuevo, diferente al medieval o al que existió en Grecia o en Roma, en virtud de que la sociedad se homogeneizaba y el papel del individuo se exaltaba. Las clases emergentes requerían una base teórica sólida para disputarle el poder a los señores feudales y al monarca. Ese apoyo lo dieron las tesis del contrato social.

⁵⁰ BARNES, H. E. y BECKER, H., ob. cit., tomo I, pp. 372 y ss.

La revolución comercial de estos siglos no puede entenderse sin la existencia de la burguesía, y su creciente influencia para desarrollar una fuente de ingresos reales que permitió a los monarcas contratar oficiales y ejércitos leales, sin tener que recurrir a los impuestos o contribuciones feudales. De esta forma la centralización administrativa y el Estado nacional dinástico son consecuencia del papel dinámico del comercio, practicado en gran escala y sobre estructuras modernas que facilitaron su implantación y florecimiento. Los monarcas no pudieron menos que apoyar a esta clase que les aportaba grandes capitales.

Con el fluir incesante de las riquezas a las arcas reales, los monarcas pudieron construir grandes Estados nacionales, no sin vacilaciones, guerras y retrocesos. El Estado nacional significó el triunfo definitivo del monarca sobre el feudalismo, del absolutismo primero, y del desarrollo posterior, de fuerzas democráticas que habrían de disputar el poder a los reyes a finales del siglo XVIII.

El engrandecimiento del Estado nacional estaba necesitado de una política comercial nacionalista: el mercantilismo. Con este instrumento se aumentó la conciencia, el egoísmo y la envidia internacionales, y fué generador de fricciones en el escenario europeo. Sin embargo, era la base económica más adecuada para sostener a los Estados absolutos. Al paso del tiempo propiciaría,

igualmente, la crisis de esta forma de Estado, y generaría maneras distintas de entender las relaciones comerciales. La burguesía al destronar al monarca fundamentó el actuar comercial sobre elementos dinámicos-internacionales.

Las clases medias en el poder tuvieron que crear estructuras políticas que afianzaran sus posiciones e intereses⁵¹. Las nociones de soberanía popular, de gobierno representativo, de democracia igualitaria se generaron en este período, y el contrato social fué el andamiaje teórico más a propósito⁵².

II. 2.2. Hobbes y su contractualismo.

De la idea del pacto medieval al contrato hobbesiano existe un puente representado por posiciones contractualistas como las de Eneas Silvio, Hooker, Altusio, Grocio o Pufendorf, entre otros⁵³. Hooker (1552-1600) subrayó el hecho de que el gobierno tenía su origen en el consentimiento de los gobernados y debía, en consecuencia, ser administrado conforme a Derecho: no llegó tan lejos como Hobbes, pues no sostuvo que el hombre en estado de

⁵¹ Ver LASKI, H. J., El liberalismo europeo, Fondo de Cultura Económica, México, 1953.

⁵² FASSO, Guido, Historia de la Filosofía del Derecho, Ediciones Pirámide, traducción de José F. Lorca Navarrete, tomo I, Madrid, p. 38.

⁵³ Bien pueden ser señalados también como contractualistas: Francisco Suárez (1548-1617) y Juan de Mariana (1536-1624).

naturaleza fuese asocial⁵⁴. Hugo Grocio (1583-1645) conjugo el principio aristotélico de la sociabilidad con el contractualista como base de la sociedad política⁵⁵. Para Pufendorf (1632-1694) la familia y los grupos menores se deben al instinto de sociabilidad. en cambio es el pacto o contrato el que da lugar al establecimiento de la sociedad política (la búsqueda de la seguridad y la necesidad de defenderse. es el motivo que lleva a los hombres a crear el Estado. a través de dos pactos y un decreto). El mecanismo es el siguiente: Cuando son muchos los hombres que creyendo vivir en libertad natural se juntan para formar un Estado. entran individualmente en un convenio o acuerdo conjunto, en el sentido que están dispuestos a entrar en una permanente comunidad y manejar el negocio de su seguridad por un consejo y guía común. Luego de este convenio debe hacerse un decreto. que establezca la forma de gobierno que habrá de implantarse. porque hasta que no se haya cumplimentado este punto. nada podrá hacerse en beneficio de la seguridad común. Después del decreto concerniente al gobierno. se necesita otro pacto. cuando la persona o personas. a las que se confiere el gobierno del nascente Estado. se constituyen en autoridad. Por medio de este pacto ellos se comprometen a velar por la seguridad común. los demás a prestarle obediencia; y por el mismo decreto todos someten su propia

⁵⁴ GOUGH, J. W.. The social contract. ob. cit., p. 86.

⁵⁵ GROCIO, Hugo. Del Derecho de la Guerra y de la Paz. (prolegómenos 15 y 16). traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, Editorial Reus, Madrid, tomo I. 1925, pp. 15 y 16.

voluntad a la de la persona o personas elegidas, y al mismo tiempo se comprometen a usar sus poderes en bien de la defensa común. Y sólo cuando se ha cumplimentado este compromiso, nace un Estado regular y perfecto⁵⁶.

Thomas Hobbes (1588-1679). Pocas teorías del contrato son tan famosas y conocidas como las de este pensador. Se trata de un contractualista paradigmático que expresó una concepción específica del contrato y del hombre. Su tesis como dijo Don Enrique Tierno Galván, en su estudio preliminar sobre las obras de Hobbes⁵⁷, consiste en concebir al hombre como un animal esencialmente egoísta, cuya fórmula primera y fundamental es la supervivencia. Hobbes fué influido además decisivamente por el método científico de las ciencias naturales de la época: "Las leyes psicológicas

⁵⁶ En la tradición contractualista el primer momento (societatis) transformaba una multitud en un pueblo, mientras el segundo (subjectio) hacía de una pueblo una civitas. Pufendorf sigue esa tradición. Pufendorf, Samuel, De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural (en dos libros), libro segundo, capítulos 1-9, edición de la Universidad de Córdoba, traducción de Lelia B. V. de Ortiz, Córdoba, Argentina, 1980.

⁵⁷ Entre la bibliografía sobre Hobbes ver: Hobbes, Thomas, Del ciudadano y Leviatán, estudio preliminar de Enrique Tierno Galván, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; Bramhall, J., "The Catching of Leviathan", en Works, Tomo III., Dublin, 1976; MacIntyre, A. A Short History of Ethics, Routledge and Kegan Paul, Londres y Henley, 1976; Oakshott, M., Hobbes on Civil Association, Basil Blackwell, Oxford, 1975; Goldsmith, M. M., Thomas Hobbes o la política como ciencia, Fondo de Cultura Económica, México, 1988; José F. Fernández Santillán, Hobbes y Rousseau, Fondo de Cultura Económica, México 1988; Peters, R., Hobbes, Penguin Books, Middlesex, 1967; Watkins, J. W. H., Hobbes's System of Ideas, 2a. ed. Londres, 1973, (versión castellana ¿Qué ha dicho verdaderamente Hobbes?) Doncel, Madrid, 1972.

se reconducen a leyes fisiológicas anteriores, y éstas, a su vez, a las leyes generales de la mecánica. El hombre y el cuerpo político participan de las propiedades esenciales de toda realidad: ser materia en movimiento"⁵⁸.

En razón a la forma en que entiende al hombre y a la sociedad, Esperanza Guisán ha visto en él, a un empirista de la política y de la moral, pues no se comprometió con morales absolutas, pero tampoco adoptó posturas escépticas, nihilistas, no-cognitivistas o irracionales⁵⁹. La moral era para él la ciencia de lo bueno y malo en la conducta y vida en sociedad de la humanidad⁶⁰. La ética se basa en la naturaleza, pero se trata de una naturaleza socializada, de una naturaleza peculiar, porque la justicia o la injusticia no son facultades corpóreas o mentales, son cualidades que el hombre desarrolla en sociedad⁶¹. Esta concepción de la ética es importante porque prescinde de instancias superiores al hombre que decreten la moralidad, y porque se

⁵⁸ VALLESPIN ONA, Fernando. Las nuevas teorías del contrato social. John Rawls, Robert Nozick, y James Buchanan. Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 34.

⁵⁹ GUISAN, Esperanza. "Ética y política en Hobbes". Revista de Estudios Políticos. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, número 50, marzo-abril de 1986, pp. 145 y 146.

⁶⁰ HOBBS, Thomas. Del Ciudadano y Leviatán. Ed. Tecnos. 1987, primera parte, capítulo 15, pp. 138-141

⁶¹ HOBBS, Thomas. Leviatán, parte primera, capítulo 13, pp. 122-127.

busca encontrar una base objetiva que permita formular criterios éticos válidos.

En la estructura del contrato hobbesiano⁶², su postura sobre la ética es básica, pues desde el estado de naturaleza, las leyes morales tienen un sustento empírico. Si ese estado es de guerra de todos contra todos⁶³, y en él priva la existencia vil, sordida y embrutecedora, se requieren leyes de la naturaleza (la justicia, equidad, modestia, piedad, etc.), las que se descubren mediante la razón y prohíben al hombre hacer lo que es destructivo para su vida.

De la disposición a la paz de los hombres en el estado natural se colige una necesidad consistente en que estemos dispuestos a renunciar al "derecho natural" a todas las

⁶² La estructura del modelo de Hobbes al igual que la de los modelos iusnaturalistas, descansa en los siguientes elementos: 1) el punto de partida es el estado de naturaleza, es decir, un estado no político evaluado por Hobbes negativamente; 2) el estado de naturaleza está constituido por los individuos tomados singularmente y no asociados; 3) existe una relación de contraposición y exclusión recíproca entre a) el estado de naturaleza en el cual los individuos viven independientemente de su voluntad, reino de las pasiones y de la lucha permanente en ausencia de un orden y poder común; b) la sociedad civil (estado político) instituida con base en un proyecto racional de los hombres. De tal manera, el estado civil es una creación artificial. Ver a José Fernández Santillán que en esto y otras consideraciones sigue a Bobbio, FERNANDEZ SANTILLAN, José F. Hobbes y Rousseau (Entre la autocracia y la democracia) Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p.9.

⁶³ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, ob. cit., parte primera, capítulo 14, pp. 128-138.

cosas, a cambio de que los demás también lo hagan. Para ello es preciso el pacto.

Hobbes habla de un sólo pacto, el "pactum unionis", en base al cual cada uno de los individuos que componen una multitud cede a un tercero el derecho de autogobernarse⁶⁴. El poder se constituye, entonces, no como una consecuencia evolutiva, sino como una necesidad racional y voluntaria. Los hombres necesitan satisfacer sus deseos y preservar su vida. La satisfacción de los deseos exige la cooperación, la equidad y la imparcialidad. El mantenimiento del pacto a favor de las "leyes de la naturaleza", exige la constitución de un poder coercitivo que salvaguarde el cumplimiento de la justicia y de la imparcialidad. "Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras"⁶⁵.

El contrato hobbesiano parte de la hipótesis, como en la mayoría de los contractualistas, de hombres aislados,

⁶⁴ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, ob. cit., parte segunda, capítulo 18, pp. 147-156. Pufendorf como se ha señalado ya (cita 56) advertía varios pactos. Ver Chiappini, Julio O. "El iusnaturalismo protestante a través de Pufendorf, Thomasius y Wolff", en *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, primer semestre, 1983, número 22, pp. 75-89. También puede consultarse: Francisco Carpintero Benítez, "Voluntarismo y contractualismo: una visión suscita de la escuela del Derecho Natural", *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, número 13, 1985, pp. 61-109.

⁶⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, ob. cit., segunda parte, capítulo diecisiete, pp. 143-147.

libres e iguales. A través del pacto se instituye el estado civil. La condición nueva es producto de la voluntad humana, y es, por consiguiente, artificial. El pacto, sin embargo, deviene en el fundamento de legitimidad de la convivencia social. El es el punto de referencia para exigir obligaciones recíprocas, e implica el abandono y el transferimiento del derecho de cada uno a todos, al mismo tiempo que la renuncia voluntaria por parte de cada individuo al derecho o libertad naturales de usar las propias facultades contra los otros hombres.

En el sistema hobbesiano, se transfieren todos los derechos (excepto el derecho a la vida) y todo su poder al soberano. A este respecto, Bobbio establece que Hobbes, concibe el poder como absoluto, indivisible, e irresistible, pues el titular de la soberanía, ya sea un hombre o varios hombres, tiene el máximo poder, no está sujeto a las leyes civiles y su poder no puede dividirse. Sin embargo, como la misión del soberano es la de procurar la seguridad al pueblo, se requiere equidad en la administración de justicia -entre pobres y ricos-, y, por tanto su poder deja de ser razonable si en lugar de evitar el miedo lo produce, y ocasiona la destrucción del Estado o, si traspone los límites de lo necesario y se constituye en un poder superfluo⁶⁶. El soberano queda investido de un poder

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci. Editorial Debate, estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, primera edición, Madrid, 1985, p. 128.

absoluto al celebrarse el pacto quedando los súbditos sin posibilidad legal de hacer un pacto nuevo entre sí para obedecer a cualquier otro, en una cosa cualquiera, sin su permiso. En consecuencia, el derecho de resistencia en la concepción de Hobbes está prohibido, así como la divisibilidad del poder.

La libertad significa en este esquema ausencia de oposición. "La libertad de un individuo radica, por tanto, solamente en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha predeterminado el soberano ..." como comprar y vender, escoger la propia residencia, el propio tipo de vida, instruir a los hijos como se crea debido, etc.⁶⁷

Los anteriores planteamientos hacen que en el capítulo X de su obra "Del Ciudadano", se muestre partidario, sin reservas, de la monarquía, aunque "... si en una democracia el pueblo quiere dejar las deliberaciones respecto de la guerra y la paz en un solo hombre, o en el consejo de unas cuantas personas, contentándose en nombrar magistrados y demás funcionarios, es decir, no reservándose más que la autoridad, sin mezclarse con la administración, habría que confesar que en este caso democracia y monarquía serían en este punto prácticamente iguales"⁶⁸.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. Leviatán, ob. cit., segunda parte, capítulo veintiuno, pp. 159 y ss.

⁶⁸ HOBBS, Thomas. Del Ciudadano, ob. cit., capítulo diez, pp. 22 y 23.

El soberano es, por tanto, la fuente absoluta de la ley en el Estado. Dentro del Estado no existe ninguna ley que no sea una ley del soberano. A la inversa, lo que no ha sido autorizado por el soberano no es ley. Se sigue que las decisiones de los jueces, las opiniones de los abogados versados (o *responsa prudentium*), las órdenes de las asambleas subordinadas y las interpretaciones de la ley natural o divina sólo son ley si como tal las ha autorizado el soberano⁴⁹. Esto es considerado un gran avance, al reducir los fenómenos a un patrón inteligible, la explicación clarifica la estructura legal del Estado; muestra que todas las acciones creadoras y ejecutoras de leyes derivan sus poderes y jurisdicciones del soberano. El derecho natural de los humanos no se piensa ahora desde la idea de Dios, sino de un postulado fundamental de la física de Galileo: el principio de la conservación de la materia en cuanto ley universal que rige la naturaleza física del mundo. Lo que fue representación teocéntrica de la ley eterna como fundamento y origen inmutable del orden natural de los humanos deviene secularizada filosofía civil, ciencia política fisicalista, es decir, concepción desacralizadora del derecho y su reducción a fuerza o poder.

Recapitulando, respecto al contrato hobbesiano, éste como hipótesis, no está interesado en el origen empírico del

⁴⁹ GOLDSMITH, M. M., Thomas Hobbes o la política como ciencia, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 221.

Estado. La cuestión que se debate no es la historia, sino la validez del orden social y político, es decir la legitimidad, y por ende la obediencia al derecho, y ciertos supuestos de la desobediencia civil⁷⁰. El contractualismo hobbesino, a diferencia de posteriores elaboraciones teóricas es absolutista: los súbditos no pueden ejercer el derecho de resistencia, y además, el poder no puede dividirse. "El poder del soberano es la voluntad y el mando supremo del cuerpo político; es el máximo poder que garantiza la unidad del Estado; es la máxima potencia racional, artificialmente creada por los hombres"⁷¹.

Sobre su absolutismo algunos⁷², han querido derivar la presuposición de un modelo capitalista. Lo que ha sido contestado, no porque de él no se puedan deducir elementos de liberalismo económico, sino porque la principal tarea de Hobbes fue la del poder, y la de crear una ciencia de la política. La obsesión de Hobbes no era el capital o el

⁷⁰ CASSIRER, E. El mito del Estado. Fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 206.

⁷¹ FERNANDEZ SANTILLAN, José F., ob. cit., p. 44.

⁷² MACPHERSON, C. B., The Political Theory of Possessive Individualism Hobbes to Locke, Oxford University Press, 1965, p. 62. La tesis fundamental de este libro es que la teoría política inglesa del siglo XVII adoptó un modelo del hombre como ser libre y propietario, cuya característica fundamental reside en sus capacidades para intercambiar bienes con otros propietarios. Una crítica a la obra en cuestión puede verse en: SANCHEZ GONZALEZ, Santiago, "El pretendido "individualismo posesivo" de las teorías de Hobbes y de Locke", en Revista de Derecho Político, número 27-28, 1988, pp. 259-278; y en RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La teoría política del optimismo obsesivo: C.B. Macpherson", Revista Sistema, número 52, enero de 1983, pp. 45-63.

mercado, sino la autoridad porque si ésta no era absoluta, no era poder: si el poder no es absoluto se vuelve al estado de naturaleza, y el esquema elaborado queda minado en sus cimientos.

II.2.3 Spinoza: Un contractualista libertario.

Spinoza sigue a Hobbes, y según Norberto Bobbio⁷³ no tiene sentido atenuar esa vergüenza que sienten algunos por la "reductio ad Hobbestium", aunque el mismo autor reconoce diferencias, y no sólo de matices. En efecto, Gough⁷⁴ que sostiene el mismo punto de vista de Bobbio, admite que la distinción más notoria entre ambos pensadores está en la forma en que conciben los términos del contrato social y, particularmente, en el punto sobre las partes que participan en él. El contrato spinoziano es realizado por el individuo con toda la sociedad. Atilano Domínguez en su estudio introductorio al Tratado Teológico-Político de Spinoza abunda sobre los autores que además de Hobbes influyeron en su política, y cita así: a Josefo, a Quinto Curcio, y a Tácito en el mundo antiguo, y en el mundo moderno a Maquiavelo, Grocio, Van den Hove, Tomas Moro y Antonio Pérez⁷⁵.

⁷³ BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci, ob. cit., pp. 137-138.

⁷⁴ GOUGH, J.W. ob. cit., p. 113.

⁷⁵ SPINOZA, B. Tratado Teológico-Político. Alianza, Editorial, introducción, traducción y notas de Atilano Domínguez, Madrid, 1986, p. 31 del estudio introductorio.

La obra política de Spinoza se localiza en dos de sus obras fundamentales: El Tratado Teológico-Político, y el Tratado Político, aunque sin la *Ética* no se comprendería cabalmente su pensamiento⁷⁶. Es sabido como la teoría del contrato social se presenta de forma resumida en el escolio II de la proposición XXXVII del libro IV de la *Ética*, proposición que dice: "El bien que apetece para sí todo el que sigue la virtud, lo deseará también para los demás hombres, y tanto más cuanto mayor conocimiento tenga de Dios"⁷⁷. Es pues la *Ética*, la obra que prepara el camino de los tratados políticos, sobre todo, al sentar las bases de su realismo político, y de señalar las características del ser humano como sujeto a las pasiones, que sin embargo, puede dominarlas y orientarlas a través de la razón. De forma que la *ética* y la política en Spinoza están íntimamente vinculadas.

En cuanto a su contractualismo, es preciso comenzar por conocer como se concibe el estado de naturaleza. A diferencia de Hobbes, no lo define en forma explícita, pero coincide con él, en cuanto se trata de un estado de guerra latente. En el capítulo XVI del Tratado Teológico-Político y

⁷⁶ SPINOZA, B. *Tratado Teológico-Político*, ob. cit.; SPINOZA B. *Tratado Político*, Alianza Editorial, introducción, traducción y notas de Atilano Domínguez, Madrid, 1986; SPINOZA, B. *Ética*, Obra preparada por Vidal Peña, Editora Nacional, Madrid, 1975.

⁷⁷ SPINOZA, B. *Ética*, IV, proposición XXXVII, p. 300.

en el capítulo II del Tratado Político, el estado de naturaleza aparece como aquella situación hipotética en la que tan sólo rige el derecho natural, siendo lo último lo que interesa a Spinoza, pues en la etapa del derecho natural los hombres no se comportan guiados por la razón, sino por su instinto, son amorales. En tal estado prima el egoísmo pasional. Spinoza no alude a la agresividad positiva como Hobbes, pero manifiesta, en cambio, que "aquel que aún no ha conocido la razón o que no tiene todavía el hábito de la virtud, vive con el máximo derecho según las leyes del sólo apetito"⁷⁸. La ley natural es identificada con el derecho natural (derecho natural similar al hobbesiano, fundamentado en la fuerza); rompiendo la tradición que definía al derecho natural con la razón (Grocio, Suárez, Santo Tomás, San Agustín, Cicerón, los estoicos y Aristóteles).

A partir de este estado de naturaleza, de guerra latente, es necesario instaurar un orden de relaciones interhumanas que impongan la paz y la seguridad, pues el derecho natural no es en sí mismo razonable, y por lo tanto, tampoco generalizable. No obstante, este orden no se produce por la sola razón: "dado que los hombres se guían, como hemos dicho, más por la pasión que por la razón, la multitud tiende naturalmente a asociarse, no porque la guíe la razón, sino algún sentimiento común, y quiere ser conducida como

⁷⁸ SPINOZA, B., Tratado Teológico-Político, capítulo XVI, p. 332. SPINOZA, Tratado Político, capítulo II, pp. 84 y ss.

una solamente, es decir, por una esperanza o un miedo comun o por el anhelo de vengar un mismo daño ... Por otra parte, el miedo a la soledad es innato a todos los hombres, puesto que nadie, en solitario tiene fuerzas para defenderse ni para procurarse los medios necesarios de vida. De ahí que los hombres tienden por naturaleza al estado político, y es imposible que ellos lo destruyan jamás del todo"⁷⁹. Al respecto se pueden distinguir las tesis de Hobbes, Rousseau y Spinoza: Para Hobbes los hombres son naturalmente enemigos, sólo por el miedo se asocian y ceden sus derechos al soberano a fin de que esa asociación sea estable y eficaz; según Rousseau, los hombres son naturalmente buenos y felices, y fue la razón y la sociedad la que, al introducir la propiedad privada y las desigualdades, los hizo desgraciados y enemigos, no obstante, es en la nueva sociedad donde hallan su libertad; Spinoza se opone a Rousseau, en cuanto que no admite que sea el sentimiento ingenuo el que une a los hombres y la razón la que les separa, sino que intenta conciliar la tesis aristotélica con la de Hobbes, tratando de demostrar que la sociedad se funda por el miedo pero también por la razón.

Las pasiones y la razón generan la comunidad, dado que "nadie puede dudar, sin embargo, cuanto más útil les sea a los hombres vivir según las leyes y los seguros dictámenes de nuestra razón, los cuales, como hemos dicho, no buscan

⁷⁹ SPINOZA, B., Tratado Político, capítulo VI, p. 122.

otra cosa que la verdadera utilidad humanas. Ni hay nadie tampoco que no desea vivir, en cuanto pueda, con seguridad y sin miedo. Pero esto es imposible que suceda, mientras esté permitido que cada uno lo haga todo a su antojo y no se conceda más derechos a la razón que al odio y a la ira; pues no hay nadie que no viva angustiado en medio de enemistades, odios, iras y engaños, y que no se esfuerce, cuanto esté en su mano, por evitarlos. Y, si consideramos, además, que, sin la ayuda mutua, los hombres viven necesariamente en la miseria y sin poder cultivar la razón. ... veremos con toda claridad que, para vivir seguros y lo mejor posible, los hombres tuvieron que unir necesariamente sus esfuerzos. Hicieron, pues, que el derecho a todas las cosas, que cada uno tenía por naturaleza, lo poseyeran todos colectivamente y que en adelante ya no estuviera determinado según la fuerza y el apetito de cada individuo, sino según el poder y la voluntad de todos a la vez"⁸⁰. Es desarrollando la potencia propia como "fuerza" de afirmación de sí mismo excluyente e impuesta a los demás, y el concurso conjunto como se puede pasar a la comunidad⁸¹. En esta sociedad, a diferencia de Hobbes, los derechos no se transfieren a uno o a varios, sino a la sociedad misma, que es la que poseerá el supremo derecho de la naturaleza sobre todas las cosas, es decir, la soberanía.

⁸⁰ SPINOZA, B., Tratado Teológico-Político, capítulo XVI, pp. 334 y 335.

⁸¹ MUGNIER - POLLET, Lucien, La philosophie politique de Spinoza, Vrin, Paris, 1976, p. 96.

Spinoza se distingue también de Hobbes en cuanto que supone implícitamente dos contratos: el que instaure la comunidad y el que establece la forma de gobierno⁸². Las características del contrato que instaure la comunidad pueden ser resumidas así: No hacer a los demás lo que no se quiera para sí, para ello habrá que frenar en ciertos casos el apetito propio, bajo la óptica general de que el derecho de los otros es tan defendible como el de uno mismo; dirigirse en todo por los sólo dictámenes de la razón; y la transferencia del derecho natural a la sociedad, dicha transferencia es teórica, pues el derecho que se cede se recupera socialmente legitimado, si no en su totalidad, si al menos en lo que tiene de compatible con el derecho de los restantes ciudadanos, de manera, que cada hombre conserva óptimamente su derecho natural.

El contrato de comunidad requiere de un contrato de gobierno, pues el derecho natural no cesa en el estado civil⁸³, y además, tampoco se puede concebir el permitir a cada ciudadano interpretar los decretos o derechos de la sociedad. La utilidad de la comunidad social debe garantizarse y asegurarse. Spinoza no quiere confiar la solución de los males humanos en la buena voluntad individual. La solución debe ser humana, y la coacción del

⁸² SPINOZA, B., Tratado Político, capítulo IV, parágrafo 6, pp. 116 y 117.

⁸³ SPINOZA, B., Tratado Político, capítulo III, parágrafo 3, p. 101.

Estado es imprescindible para lograrlo⁸⁴ pues ninguna sociedad puede subsistir sin ella. Surge el derecho común como una resultante del contrato, este derecho común o poder político, se genera por la fuerza común de los ciudadanos, por su decisión soberana, no les es impuesto, ellos lo han escogido.

Respecto a las formas de gobierno, Spinoza analiza las tres clásicas desde la perspectiva de un Estado democrático, surgido del consenso, es decir, de la soberanía del pueblo. Prefiere la monarquía constitucional a la absoluta; la aristocracia representativa a la oligarquía hereditaria; y la democracia parlamentaria a las anteriores⁸⁵. El poder debe ser controlado al residir la soberanía en la comunidad. Para Spinoza la democracia se caracteriza porque nadie trasfiere a otro su derecho natural, y en ella se realiza la libertad que la naturaleza nos cede⁸⁶. Spinoza está convencido de que la democracia reúne los caracteres esenciales de un gobierno ideal: poder absoluto en el Estado y libertad máxima en los ciudadanos. Poder absoluto, porque es el poder de todos unidos y en su expresión suprema, unión de intereses y convicciones. Libertad máxima, porque, como

⁸⁴ SPINOZA, B., Tratado Teológico-Político, capítulo V, pp. 157 y ss.

⁸⁵ SPINOZA, B., Tratado Político, capítulo VII, parágrafo 3, pp. 142 y 143 y capítulo XI, parágrafo 2, pp. 221-222.

⁸⁶ SPINOZA, B., Tratado Teológico-Político, capítulo XVI, p. 341 y Tratado Político, último capítulo inconcluso, párrafos 1-3, pp. 220 y ss.

el Estado democrático se funda en el consenso de todos, nadie obedece a otro y en beneficio ajeno, sino a sí mismo y en beneficio propio. Sin embargo, la democracia de Spinoza excluye de participación a las mujeres y a los siervos⁸⁷.

La finalidad del Estado de Spinoza es la libertad. El hombre es más libre cuando más se conforma con la razón: "El fin último no es dominar a los hombres ni sujetarlos por el miedo y someterlos a otro, sino, por el contrario, librarlos a todos del miedo para que vivan, en cuanto sea posible, con seguridad; esto es, para que conserven al máximo este derecho suyo natural de existir y de obrar sin daño suyo ni ajeno. El fin del Estado, repito, no es convertir a los hombres de seres racionales en bestias o autómatas, sino lograr más bien que su alma (mens) y su cuerpo desempeñen sus funciones con seguridad, y que ellos se sirvan de su razón libre y que no se combatan con odios, iras o engaños, ni se ataquen con perversas intenciones. El verdadero fin del Estado, es pues, la libertad"⁸⁸. De esta posición se sigue el derecho a pensar, juzgar y expresarse públicamente.

La libertad al hombre, sin embargo, no le permite acusar o criticar a la autoridad con ánimo sedicioso o para abrogar una ley, por ejemplo, pues al hacerlo podría ser

⁸⁷ SPINOZA, B., Tratado Político, capítulo XI, pp. 220-224.

⁸⁸ SPINOZA, B., Tratado Teológico-Político, capítulo XX, p. 410 y 411. SPINOZA, B., Tratado Político, capítulo II, párrafo 11, p.91.

declarado como perturbador y rebelde. El ciudadano debe obedecer a la autoridad y a la norma jurídica. El derecho de crítica debe efectuarse en términos pacíficos, respetuosos, y sin ánimo de iniquidad. Cuando se trata de una crítica a la ley, por ningún motivo, debe dejar de observarse. Spinoza por tanto, no radicaliza respecto a la obediencia al derecho, a la desobediencia civil, o al derecho de resistencia, su concepción del contrato (los derechos no se transfieren a un soberano sino a la comunidad misma, que es quien posee la soberanía) sino la matiza, dejando que sean los gobernantes los únicos autorizados para modificar una decisión, y adelgazando evidentemente, el control político. Bobbio ha señalado, en descargo de Spinoza, que el gobernante debe seguir los dictados de la razón, so pena de decretar su perdición.⁸⁹

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci, ob. cit., p. 129. Por otra parte, hay quien sostiene que la postura de Spinoza no debe confundirse totalmente con la de Hobbes como ya hemos asentado aquí, pues la finalidad del contrato hobbesiano es solamente la utilidad sin agregar la posibilidad de un itinerario moral (la libertad) como lo hace Spinoza. Ver GALLICET CALVETTI, Carla, Spinoza - lettere del Machiavelli, Milan, Pubblicazioni della Università Cattolica, 1972, p. 47. Consultar también DOMINGUEZ, Attilano, "Libertad y Democracia en la Filosofía Política de Spinoza", Revista de Estudios Políticos, número 11, septiembre-octubre, 1979, pp. 131-156; GARCÍA LEAL, Jose, "La teoría del contrato social: Spinoza frente a Hobbes" Revista de Estudios Políticos, número 28, julio-agosto, 1982, pp. 125 y ss; y HERMOSA ANDUJAR, Antonio, La Teoría del Estado de Spinoza, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla España, 1989.

El juicio crítico a la filosofía de Spinoza expuesta en sus obras políticas y en la *Ética*, y articulada alrededor de la idea del pacto, es un antecedente valioso sobre las posteriores elaboraciones teóricas en torno a la democracia, la libertad y la tolerancia. Es claro que las vicisitudes de la vida de Spinoza influyeron en su quehacer teórico. Su condición de excomulgado y el vivir en un país pluralista le sirvieron para expresar con rigor los ideales ilustrados antes de la propia Ilustración.

II.2.4 Locke: El Estado Liberal.

En el siglo XVII, un autor inglés, Roberto Filmer formuló en apoyo del derecho divino, la doctrina denominada patriarcal. Esta doctrina se basaba en la identificación del reino con la familia y del poder regio con el paternal. Se consideraba al rey idéntico al cabeza de familia y su poder, natural e indispensable como el del patriarca. Se unía a esta opinión un argumento genealógico: se decía que Dios había conferido originalmente a Adán todo el poder secular y que los reyes representaban el depósito existente de ese poder originariamente conferido a Adán y transmitido después a través de los patriarcas y reyes subsiguientes. La obra política de Locke (1632-1704) y de autores como Sidney (1622-1683 *Discourses Concerning Government*) tuvieron por objeto refutar estas ideas, y sostener el origen humano del poder: el consentimiento de los gobernados.

El principal trabajo político de Locke es el "Ensayo sobre el Gobierno Civil"⁹⁰, segundo de sus tratados políticos, que estuvo inspirado en el pensamiento de Hooker, tuvo por objeto refutar la teoría patriarcal de Filmer, pero también contradecir el absolutismo hobbesiano, aunque algunos opinan que esa oposición no es directa, sino velada⁹¹.

El contractualismo de Locke difiere notablemente de los modelos expuestos no sólo por Hobbes, sino incluso de los de Spinoza, o de autores como Pufendorf. Locke negaba que fuese una situación de guerra o desorden la generadora del contrato. La causa principal e inmediata por la que el hombre acordaba el pacto era la preservación de las propiedades y el mantenimiento de la seguridad. Se dice que Locke de alguna manera sostuvo la historicidad del contrato aunque esta opinión no tiene una base demostrable en sus escritos.

Lo mismo que el resto de los autores contractualistas, Locke inicia su tratado con una concepción del estado de naturaleza. Este estado se apoya en la eficiencia del derecho natural que permite el intercambio de bienes y servicios, la circulación monetaria y la satisfacción

⁹⁰ LOCKE, John, Ensayo sobre el gobierno civil, Ediciones y Distribuciones Alba, Madrid, 1987.

⁹¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, tomo II, Alianza Editorial, 1982, p. 195.

general de las necesidades por medio de la propiedad privada. No obstante, el hombre deja dicho estado. Locke se pregunta: "¿Por qué motivo va a desprenderse de esa libertad, de esa capacidad suprema, para subyugarse al gobierno y a la autoridad de otro poder? La respuesta más diáfana es que, aunque tenga a su disposición tales derechos en el estado de naturaleza, es muy inestable el goce de los mismos en ese estado, constantemente expuesto a ser arrollado por otros individuos. Siendo todos tan reyes como él, cualquier individuo es su igual; como la mayoría de los individuos no reconocen estrictamente los preceptos de la igualdad y de la justicia, está muy inseguro y mal protegido el goce de las propiedades que cada cual tiene en ese estado. Ese es el motivo por el que los individuos consienten en renunciar a esa condición natural, que, por muy libre que sea, está llena de sobresaltos y de reiteradas amenazas. Poseen motivos suficientes para tratar de escapar de la misma y por decisión propia entrar en sociedad con otros individuos que ya están juntos, o que tienen la intención de juntarse para la protección mutua de sus vidas, libertades y bienes, a todo lo cual englobo dentro del nombre genérico, de propiedades"⁹².

El estado de naturaleza lockeano es pre-político y no pre-social, por tanto, no es demasiado diferente del hombre

⁹² LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil, ob. cit., capítulo IX, pp. 138-139.

organizado socialmente. La ley de naturaleza por medio de la razón define lo que es recto y lo que es equivocado; si se produce una violación de la ley, la pena es, en el estado de naturaleza, ponerlo en manos de los hombres, pues cada uno tiene derecho a castigar a los transgresores de esa ley hasta un grado tal, que no pueda obstaculizar su violación. Locke insiste de manera clara cómo sin un órgano coercitivo o de autoridad que la imponga, no es posible que pueda haber ley, y que en la ley natural la parte perjudicada queda autorizada a ser el juez de su propio caso y llevar a cabo el juicio en contra el culpable.

La ley de naturaleza, no es eficiente por lo menos en tres puntos importantes: Primero, no es bastante clara. Si todos los hombres se quisiesen por la razón pura, todos considerarían a la ley, pero los hombres se sienten atraídos por sus intereses y equivocan su interés respecto de las normas generales de la ley; Segundo, no hay un tercero que juzgue, y los hombres que juzgan sus propios asuntos, son presa fácil para dejarse llevar por la pasión y la venganza; tercero, en el estado de naturaleza la parte perjudicada no es siempre bastante fuerte para ejecutar una sentencia de ley justa. El proyecto del contrato social persigue establecer un orden que evite las irregularidades del estado de naturaleza.

Al salir del estado natural y constituirse el Estado, el hombre no renuncia a derechos como la libertad, la propiedad o la vida, sólo renuncia a uno: el tomarse la justicia por su propia mano⁹³. Esta idea parte de la formulación de los derechos naturales anteriores al contrato que son inalienables, por tanto, y al no haber enajenación absoluta de derechos al soberano, cabe el derecho de ofrecerle resistencia, por incumplimiento del pacto. De esta manera, el contractualismo de Locke no es absoluto como en Hobbes, Spinoza, Rousseau o Kant, en tanto que el soberano si está vinculado por las leyes que tiene el poder de crear. Si en Hobbes el poder es absoluto, indivisible e irresistible; en Locke el poder es limitado, divisible y resistible⁹⁴. Así dice Locke: "Obtenemos pues, que lo que empieza y verdaderamente constituye una sociedad política cualquiera no es otro hecho que la autorización de una cantidad cualquiera de personas libres susceptibles de conjuntar mayoría para ligarse e integrarse dentro de tal comunidad. Y eso, exclusivamente eso, es lo que origino o podría dar origen a un régimen legítimo"⁹⁵.

⁹³ BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci, ob. cit., p. 128.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci, ob. cit., pp. 126-128.

⁹⁵ LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil, ob. cit., capítulo VIII, p. 115.

Locke es el gran teórico de la democracia liberal. El principio del consentimiento es la base y fundamento de la construcción del Estado. Locke llega a afirmar que: "Ningún edicto o disposición, sea de quien sea, esté expuesto en la forma que lo esté y cualquiera que sea la autoridad que lo apoye, posee la fuerza y el poder de coacción de una ley si no ha sido legitimado por el poder legislativo seleccionado y determinado por el pueblo. Puesto que, sin esta legitimación la ley no podría poseer la condición absolutamente imprescindible para que lo sea, a saber, el consenso de la comunidad, ya que no existe nada por encima de ella con autoridad para promulgar leyes si no es a través de su autorización y con el poder que esa comunidad le ha dado".⁹⁶

No obstante la última cita, y a pesar de que el pueblo es el soberano, su poder no es omnimodo, en tanto que el derecho de resistencia solo puede ejercitarlo cuando el gobierno se extralimita, y cumpliendo ciertas condiciones de forma⁹⁷. Además, el pueblo está siempre sometido a la ley natural que en Locke es ley divina.

⁹⁶ LOCKE, John, ob. cit., capítulo XI, pp. 146 y 147.

⁹⁷ LOCKE, John, ob. cit., capítulo XIX, p. 242. Las condiciones formales a la resistencia son: Primera, afirmar que hay que oponer resistencia con reverencia. Segunda, debe ser sin premio ni castigo, y la explicación que aduce es que "el inferior no puede condenar al superior".

Locke a diferencia de Hobbes, distingue entre Estado y el gobierno. Locke demostró que puede disolverse el último sin destruir el primero. Por tanto, puede hablarse de dos contratos en Locke. El contrato social que produce el Estado, y el contrato político que establece el gobierno, definiendo el último, los derechos de los gobernados y el poder de los gobernantes. La revolución producto del derecho de resistencia destruye el gobierno, pero no al Estado. El gobierno de Locke no es una parte que contrata con el pueblo, su tarea asignada es la de hallar la ley, más bien que de hacerla a la manera hobbesiana. En Locke la ley precede al Estado, y en Hobbes es su producto. Esta importancia en hallar la ley natural anterior al contrato, hace que Locke distinga tres poderes: El legislativo, el ejecutivo y el federativo. El legislativo controla al ejecutivo, el ejecutivo comprende la administración de justicia, y el federativo tiene por finalidad las relaciones internacionales. La trascendencia del poder legislativo propicia a su vez, la necesidad de controles y límites. El legislativo es el poder más limitado, así aunque sea el sumo poder, no puede actuar arbitrariamente sobre las vidas y propiedades de las personas: en segundo lugar, la autoridad legislativa debe dispensar justicia y decidir los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas con anterioridad, y a través de jueces autorizados y conocidos; en tercer lugar, el poder legislativo no puede quitar a hombre alguno parte de su propiedad sin su consentimiento:

on cuarto lugar, el legislativo no puede transferir el poder de hacer leyes a otras manos.

La insistencia de Locke en la propiedad, ha ocasionado que un importante sector de la teoría política lo considere uno de los adalides más reputados del liberalismo económico y del ascenso de la burguesía. Sobre todo la obra de Macpherson⁹⁸, que lo ha señalado como defensor de los derechos de los propietarios por encima de los derechos de los no propietarios, situación injusta, pues Locke, como ya se ha mostrado, engloba con el término propiedades a la vida y a las libertades. Parece bastante creíble la confusión y la lectura parcial a la obra de Locke, pues la conexión que el autor establece resulta lógica si se piensa que la simple protección de la vida puede no ser suficiente, dado que la conservación y adecuado desarrollo de la misma exigen la disponibilidad de ciertos bienes y la posibilidad de actuar de acuerdo con la propia voluntad. No cabe duda que Locke defiende a los propietarios -en el sentido más amplio de la expresión- y no, como se pretende, a la específica clase burguesa, que en aquel tiempo se hallaba "in status nascendi". La propiedad de bienes externos en Locke es pues, una extensión de la libertad, y la preocupación central lockeana no es la propiedad strictu-sensu sino la superación de las deficiencias del estado de naturaleza a través de la

⁹⁸ MACPHERSON, C. B., The political theory of Possessive Individualism Hobbes to Locke, ob. cit.

seguridad jurídica que proporciona el contrato social y el pacto de gobierno.

La gran aportación de Locke es el Estado liberal: La concepción del gobierno como depositario de la confianza popular y, por tanto, sometido a la consecución de determinados fines, cuyo incumplimiento implica el cese de la obligación de obediencia, y el correlativo derecho de resistencia. La libertad defendida por Locke es la libertad negativa: "La libertad del hombre en sociedad reside en no encontrarse sometido a otro poder legislativo que al que se instituye con autorización dentro del Estado, ni a la tiranía de voluntad alguna, ni a las limitaciones de cualquier ley, excepto las que ese poder legislativo dicte conforme al cometido que se le ha confiado... La libertad del hombre sometido a un poder civil estriba en disponer de una norma fija para adaptar a ella su vida, que dicha norma sea compartida por todos los que forman parte de esa sociedad y que haya sido promulgada por la autoridad legislativa que en ella rige. Es decir, la posibilidad de guiarme por mi propia voluntad en todo aquello que no haya sido estipulado por esa norma; de no estar subyugado a la voluntad insegura, inconstante y arbitraria y desconocida de otro hombre ..."⁹⁹. Aquí una vez más queda claro como la teoría del contrato social ha sido empleada para justificar las ideas más dispares y ambivalentes. Si en Hobbes sirvió

⁹⁹ LOCKE, John, ob. cit., capítulo IV, pp. 45-46.

para explicar y justificar el absolutismo. en Locke sirve para fundamentar un Estado liberal democrático en su versión de monarquía constitucional.

II.2.5 Rousseau: El contractualismo democrático.

La obra de Rousseau fue muy prolija y se refirió a campos muy diversos. En materia política y para intentar comprender su pensamiento es necesario conocer el "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres" y el "Contrato Social"¹⁰⁰. Las opiniones sobre él son contradictorias: mientras unos lo consideran como un liberal anarquizante, otros le reprochan su glorificación del poder estatal y del colectivismo¹⁰¹.

¹⁰⁰ ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos. Editorial Tecnos, Madrid, 1987; Juan Jacobo Rousseau, El contrato social o principios de derecho político, Ed. Tecnos, Madrid, 1988. Importantes también son el Discurso sobre la Economía política, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; Emilio o de la Educación, Edaf, Madrid, 1985; Las confesiones, Edaf, Madrid, 1980; Escritos sobre la paz y la guerra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982. Una aportación documental sobre las fuentes del pensamiento político de Rousseau puede localizarse en Derathé, R., Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps, Vrin, Paris, 1974. Respecto a obras políticas sobre Rousseau ver: Della Volpe G., Rousseau e Marx, Martínez Roca, Barcelona, 1978; Mondolfo R., Rousseau y la conciencia moderna, Eudeba, Buenos Aires, 1967; Vicens, A., Juan Jacobo Rousseau, Dopesa, Barcelona, 1978. Consultar también el número 8 de la Revista de Estudios Políticos, número monográfico sobre Rousseau, Centro de Estudios Constitucionales, marzo-abril, 1979.

¹⁰¹ FESTSCHER, Iring, "Filosofía moral y política en J. J. Rousseau", Revista de Estudios Políticos, número 8, Centro de Estudios Constitucionales, marzo-abril, 1979, p. 7.

Al igual que Kant, y que otros contractualistas -tal como lo he mencionado- el contrato es sólo una hipótesis, un modelo científico que sirve para entender la evolución del hombre del estado de naturaleza al estado social, y ver cómo y por qué perdió su libertad y su igualdad natural, y de qué manera es posible restituirle en sus derechos.

Rousseau en su "Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres" nos dice que existen dos clases de desigualdades: "Una, que yo llamo natural o física porque ha sido instituida por la naturaleza, y que consiste en las diferencias de edad, de salud, de las fuerzas del cuerpo y de las cualidades del espíritu o del alma: otra, que puede llamarse desigualdad moral o política porque depende de una especie de convención y porque ha sido establecida, o al menos autorizada, con el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios de que algunos disfrutan en perjuicio de otros, como el ser más ricos, más respetados, más poderosos, hasta el hacerse obedecer"¹⁰².

De las dos desigualdades, le preocupa la desigualdad moral o política. El "Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres" se encarga de explicar cómo fue que se produjo la diferencia moral o política entre los

¹⁰² ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre el origen..., ob. cit., pp. 117 y 118.

individuos. y para ello. se retrotrae hasta el estado de naturaleza. en donde. y desde su peculiar elaboración. se percibe a un hombre libre. pues "no es el entendimiento lo que establece entre los animales y el hombre la distinción específica. sino su calidad de agente libre"¹⁰³. Este hombre natural no era bueno ni malo. en tanto que no tenía vicios ni virtudes. a menos -dice Rousseau- que tomando estas palabras en un sentido material. se llame vicio en un individuo a las cualidades que pueden ser perjudiciales a su propia conservación. y virtudes a las que puedan contribuir a ella¹⁰⁴.

El hombre natural según Rousseau cuenta con dos instintos fundamentales: el amor de sí mismo y la piedad. Este último fue un principio que Hobbes no observó. y que consiste en una virtud moral universal que precede al uso de toda reflexión y que suaviza en ciertas circunstancias la ferocidad del amor de sí mismo o deseo de conservación. El amor de sí mismo es un sentimiento natural que lleva a todos los animales a velar por su conservación. y que guiado en el hombre por la razón y la piedad. produce la humanidad y la virtud. El amor propio. en cambio no es más que un sentimiento relativo. ficticio. nacido en la sociedad. que lleva a cada individuo a hacer más caso de sí que de nadie y

¹⁰³ ROUSSEAU. Juan Jacobo. Discurso sobre el origen.... ob. cit., p. 132.

¹⁰⁴ ROUSSEAU. Juan Jacobo. Discurso sobre el origen.... ob. cit., pp.146 y 147.

que inspira a los hombres todo el mal que se hacen mutuamente¹⁰⁵.

Así, y tal como vemos, el hombre roussonianos es un hombre libre, pero no en un sentido plenamente moral, porque no ha desarrollado la razón discursiva, la cual es un estado tardío del despliegue del espíritu.

Pero ¿cómo aparece la desigualdad? La desigualdad nacerá con el origen de la propiedad y de la sociedad civil. Rousseau dice poéticamente: "El primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y halló gentes bastante simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil"¹⁰⁶.

La sociedad civil se convierte en un lugar de guerra constante, de injusticias, de expolio y de desigualdad, en virtud de dos principios que hacen un uso incorrecto de la razón: la querencia del parecer o amor propio y la querencia del haber o riqueza.

De esta forma, el "Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres" condena el pacto que crea la sociedad civil porque es el que origina la desigualdad

¹⁰⁵ ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre el origen..., ob. cit., pp. 148 y ss.

¹⁰⁶ ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre el origen..., ob. cit., p. 161.

social y política. El pacto social es un pacto entre egoístas. La labor o cometido, entonces, del "Contrato Social" es: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes del asociado, y por virtud de la cual cada uno uniéndose a todos, no abadezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes".¹⁰⁷. ¿Cómo interpretar esta contradicción, pues, el pacto en el "Discurso" crea la desigualdad, y el "Contrato Social" tiene, por finalidad la defensa y garantía de la libertad? La respuesta no es sencilla. Juan Cruz sostiene que el propio Rousseau salió en defensa de su incoherencia al señalar: "Cuando un autor no quiere repetir sin cesar, una vez que ha establecido claramente su sentimiento sobre una materia, no está obligado a aducir siempre las mismas pruebas al razonar sobre el mismo sentimiento: sus escritos se explican los unos por los otros; y los últimos cuando existe método, suponen siempre los primeros. He aquí lo que he tratado siempre de hacer, y lo que hago"¹⁰⁸. Por tanto, Rousseau, en un intento dialéctico buscó en un contrato, en un nuevo contrato social, las condiciones de transformación del hombre, a fin de que este recobrara la libertad y la igualdad que había perdido al formarse la sociedad civil.

¹⁰⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo, Discurso sobre el origen..., ob. cit., libro I, capítulo 6, p. 14.

¹⁰⁸ CRUZ CRUZ, Juan, "La dialéctica de la sociedad democrática en Rousseau", Revista Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, número 7, 1980, p. 32.

pero que, a diferencia del estado de naturaleza, donde no había moralidad, tenga la libertad y la igualdad con plena consciencia, y haciendo uso de la razón discursiva discipline las pasiones, ya que el hombre de naturaleza no era perfecto y acabado.

Esta es entonces la intención del Contrato Social, pero cómo compaginar una total libertad con una seguridad jurídica plena. Rousseau dirá que enajenando cada asociado todos sus derechos a la comunidad. La clave está en la voluntad general. La voluntad general no es la voluntad de la mayoría. Esta sólo vería por el interés privado, y conduce a la tiranía y a la intolerancia. La voluntad de todos tampoco constituye la voluntad general. La distinción es cualitativa: lo que conforma la voluntad general no es el número de votos, sino el interés común que les une, es decir, la voluntad general debe estar en correspondencia con una idea de justicia racional universal. La voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública, sin que por ello se siga que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud¹⁰⁹. El problema está en la forma o manera de distinguir la voluntad general. Rousseau reconoce que sólo está en condiciones de conocerla "la más suprema de las virtudes". Sin embargo, se pueden desglosar algunas reglas concretas para acercarnos al ideal de la voluntad

¹⁰⁹ ROUSSEAU, Juan Jacobo, Discurso sobre el origen..., ob. cit., Libro II, capítulo III, pp. 28 y ss.

general, y que en cierta forma conforman el constructo normativo roussoniano: La soberanía se fundamenta en la voluntad general porque "sólo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de la institución, que es el bien común": la soberanía es inalienable e indivisible porque la voluntad no se representa: la voluntad general no puede errar en la asamblea pública si el pueblo delibera suficientemente informado y se evita la formación de grupos partidistas en su seno; la publicidad de la deliberación es garantía formal para la manifestación de la voluntad general; procedimentalmente, los límites del poder soberano los fija el mismo contrato social; sólo la asamblea pública puede ser legisladora soberana y autónoma, al examinar las propuestas del legislador o expertos; pero la legislación no se promulga en abstracto, sino en concreto; el sistema legislativo tiene como objetivo el salvaguardar la libertad y la igualdad; el soberano (asamblea pública) no puede ejercer el poder ejecutivo; la institución del gobierno se hace por ley, no por contrato, pero el soberano supervisa al gobierno de continuo; la voluntad general se expresa de ordinario por el sufragio de la mayoría; la unanimidad sólo se precisa para el pacto social, en todo lo demás es sospechosa; el único régimen político legítimo es la democracia, pero el gobierno depende de las características

de cada Estado, y en todo caso, todo gobierno legitimo es republicano¹¹⁰.

Una manera contemporánea de conocer los dictados o principios de la voluntad general, sería posible a través de los imperativos categoricos kantianos o de los principios de justicia de Rawls, en tanto que, intentan instituirse como actitudes formales de moralidad, y principios de justicia universalizables. No obstante, esta tesis no es la interpretación comun. En todo caso, la que ha privado, por lo menos a partir de finales del siglo XVIII y del siglo XIX (Benjamin Constant), es la que ve, en la voluntad general o en el guía legislador, los elementos de creación de un Estado totalitario o antidemocratico¹¹¹.

Tomando en consideración esta versión crítica a Rousseau, completada con la afirmación de que sus obras posteriores de caracter politico, especialmente el "Projet de Constitution pour la Corse" y las "Considerations sur le

¹¹⁰ Ver: RUBIO CARRANCEDO, Jose, "Democracia y legitimación del poder en Rousseau", Revista de Estudios Políticos, número 56, octubre-diciembre de 1987, pp. 215 y ss. BONACHELA, Manuel, "Comentarios sobre el principio de separación de poderes en J. J. Rousseau", Revista de Estudios Políticos, número 28, julio-agosto de 1982, p. 75-193; y HERMOSA ANDUJAR, Antonio, "El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia representativa", Revista de Estudios Políticos, número 50, marzo-abril, 1986, pp. 101 y ss.

¹¹¹ FERNANDEZ, Eusebio, "El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales", Anuario de Derechos Humanos, número 2, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Madrid, marzo, 1983, pp. 90-92.

"Gouvernement de Pologne" suponen una evolución en su pensamiento político, y que tal evolución se produce en el interior mismo de los cauces lógicos trazados por el Contrato Social para dar paso a una democracia representativa, o a una monarquía. O las constantes manifestaciones contrarias a Rousseau que expresan las contradicciones dentro del mismo Contrato Social: la iniciativa legislativa de la voluntad general dejando paso al poder de los magistrados, limitándose la participación de cada ciudadano a la aprobación de la ley y al derecho al sufragio; la esclerosis del concepto de naturaleza humana, así como el emboscamiento del individuo hasta el límite de no poder ser de otro modo que como es; impelen a decantarse por una vertiente democrática y no autoritaria en Rousseau, sobre todo respecto a la libertad civil, única vía de socialización a través de las leyes justas, y en cuanto a la elaboración de un incipiente modelo procedimental de legitimación, pues el contrato social no sólo sella la ruptura con el estado de naturaleza, sino que significa un nuevo principio social de carácter racional¹¹².

II. 2. 6 Kant: El cuarto imperativo categórico.

Kant es un pensador fundamental dentro del contractualismo, y de la filosofía política moral, aunque

¹¹² HABERMAS, Jürgen, La reconstrucción del materialismo histórico, Taurus, Madrid, 1981, reimpresión de 1985, pp. 250 y ss.

algunos como W. Kersting, mantienen que el contractualismo kantiano, no es en realidad sino "una cita sistemáticamente insignificante", porque en el contrato originario no ve Kant una fundamentación del Estado, sino un ideal del Estado de Derecho y, con ello, una idea práctica de la razón que obliga solo al soberano¹¹³, aspecto que dejó para más adelante. El Kant político es el de obras como: "En torno al tópic: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica" (1793)¹¹⁴; "La paz perpetua" (1795)¹¹⁵; y sobre todo, la "Metafísica de las Costumbres" (1797)¹¹⁶, en la parte destinada a los principios metafísicos de la doctrina del derecho o Rechtslehre.

La influencia de Rousseau en la filosofía política de Kant es notable, aunque no menor es la influencia de Pufendorf respecto al tema de la ley natural y el estado de naturaleza (estado de inseguridad y temor mutuos). Kant intentó distanciarse de Hobbes, y así el ensayo "De la

¹¹³ KERSTING, W. Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staats-Philosophie. Berlin/New York, 1984. pp.224.

¹¹⁴ KANT, Immanuel, "En torno al tópic: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica", en Teoría y práctica, estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo y traducción de M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, editorial Tecnos, Madrid 1986.

¹¹⁵ KANT, Immanuel, La paz perpetua, presentación de Antonio Truyol y Serra, traducción de Joaquín Abellán, editorial Tecnos, Madrid, 1985.

¹¹⁶ KANT, Immanuel, La Metafísica de las Costumbres, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

relación entre teoría y práctica en el derecho político"¹¹⁷.
 lo dirige subtítulándolo "Contra Hobbes". Su contribución
 simplifica y aclara el status metódico que le corresponde al
 contrato social, y lo ubica dentro de su sistema filosófico:
 la moralidad es un concepto puramente racional que en modo
 alguno puede ser derivado de condiciones empíricas; el
 principio de la moralidad, la autonomía de la voluntad, a
 diferencia del principio del amor propio o de la propia
 felicidad, de la heteronomía de la voluntad, está libre de
 todo elemento empírico; la regla del comportamiento moral es
 el imperativo categórico; y, el deber de sellar el pactum
 unionis civilis está en la entraña del más elemental esquema
 de la clasificación de los deberes jurídicos, para cuyo
 bosquejo Kant atiende a la clasificación de Ulpiano, aunque
 modificando el sentido de sus fórmulas: "1) Se un hombre
 honesto (honestae vive). La honestidad jurídica (honestas
 iuridica) consiste en esto: en afirmar el propio valor como
 hombre en la relación con otro, deber que se expresa en la
 proposición: No te conviertas en un simple medio para los
 demás, sino sé para ellos a la vez un fin". Este deber se
 esclarecerá en lo que sigue como obligación surgida del
 derecho de la humanidad en nuestra propia persona (lex
 iusti); 2) No dañes a nadie (neminem laede), aunque para
 ello debieras desprenderlo de toda relación con otro y
 evitar toda sociedad (lex iuridica); 3) Entra (si no puedes

¹¹⁷ KANT, Immanuel, "En torno al tópico...", ob. cit., p.
 25.

evitar lo último) en una sociedad con otros, en la que a cada uno se le pueda mantener lo suyo (suum cuique tribue). Si esta última fórmula se tradujera como: da a cada uno lo suyo, formularía un despropósito: porque no puede darse a nadie lo que ya tiene. Por consiguiente, si ha de tener sentido, tendría que decir así: entra en un estado, en el que pueda asegurarse a cada uno lo suyo frente a los demás (lex iustitiae)¹¹⁸. De este último deber se deriva el contrato que debe tener por fin asegurar a cada uno lo suyo que ya le pertenecía por naturaleza.

La teoría del contrato pertenece al ámbito del derecho (Rechtslehre) por tratarse de los deberes estrictos y no amplios de la virtud (Tugendlehre) y, por cierto, a la filosofía pura, a la filosofía del derecho. El contrato social no es un concepto empírico sino racional, una idea a

¹¹⁸ KANT, Immanuel, La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., p. 47. Ver también HOFFE, Otfried, Estudios sobre teoría del derecho y la justicia, Editorial Alfa, Barcelona/Caracas, 1986, p. 19 y ss.; CORTINA, Adela, "El contrato social como ideal del Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant", en Revista de Estudios Políticos, número 59, enero-marzo, 1988, p. 49 y ss.; GONZÁLEZ VICEN, Felipe "El neokantismo jurídico axiológico", en Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, tomo III, 1986, pp. 249 y ss.; MACÍA MANSO, Ramón, "Derecho y Moral en Immanuel Kant", Anales de la Catedra F. Suárez, n. 28, 1988, pp. 353 y ss.; THIEBAUT, Carlos, "Las racionalidades del contrato social: Kant en Rawls", Zona Abierta, número 32, julio-septiembre de 1984; LAFLAU, Martín, "La problemática de los derechos humanos en la filosofía de Kant", Anales de la Catedra F. Suárez, n. 26-27, 1986-1987, pp. 203 y ss.; HERNÁNDEZ VEGA, Raul, "El concepto del derecho en Kant", Revista Jurídica Veracruzana, 41/42, abril-septiembre de 1987, Xalapa, Veracruz, México, p. 79 y ss.; etc.

priori de la razón práctica, una idea regulativa de la razón. Kant dice: "Pero respecto de este contrato (llamado *contractus originarius* o *pectum sociale*), en tanto que coalición de cada voluntad particular y privada, dentro de un pueblo, para constituir una voluntad comunitaria y pública (con el fin de establecer una legislación, sin más legítima), en modo alguno es preciso suponer que se trata de un hecho (incluso no es posible suponer tal cosa); poco más o menos como si, para considerarnos ligados a una constitución civil ya existente, ante todo hubiera que probar primero, partiendo de la historia, que un pueblo, en cuyos derechos y obligaciones hemos ingresado como descendientes, tuvo que verificar realmente alguna vez un acto semejante y legarnos de él, sea de palabra o por escrito, una información segura o cualquier documento. Por el contrario, se trata de una mera idea de la razón que tiene, sin embargo su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en la medida que éste quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal. Pues ahí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública"¹¹⁹.

¹¹⁹ KANT, Immanuel, "En torno al tópico ..." ob. cit., pp. 36 y 37.

El contrato kantiano no es una "cita sistemáticamente insignificante" como afirma Kersting, se trata de una pieza fundamental de su sistema, en particular de los imperativos categóricos. Philonenko sostiene que se trata de una cuarta formulación del imperativo categórico¹²⁰ que afecta al soberano para que oriente sus acciones según la máxima kantiana señalada en el párrafo anterior, máxima universalizable por el respeto que inspira. Es una orden moral incondicionada, que reviste la forma negativa de los deberes perfectos: "Lo que no puede decidir el pueblo sobre sí mismo y sus componentes, tampoco puede decidirlo el soberano sobre el pueblo"¹²¹. Este contrato, ciertamente no persigue fundamentar el Estado, sino proporcionar reglas para su administración precisando el ideal de la legislación, del gobierno y de la justicia pública. La idea de un pactum unionis civilis es la de un procedimiento que pretende garantizar la justicia de las leyes a las que se aplica, igual que el imperativo moral. Para adoptarlo es menester abandonar los intereses unilaterales y adoptar la perspectiva universal de la razón práctica: o como dice Truyol y Serra, destacando la interpretación kantiana que se puede deducir de la "voluntad general" roussoniana: "La generalidad de la voluntad es aquí la validez general de la

¹²⁰ PHILONENKO, A. *Théorie et Praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793*. Paris, 1968, pp. 33, 43 y 54.

¹²¹ KANT, Immanuel, "En torno al tópico ...", ob. cit., p. 47.

razón, de la que todo individuo participa como legislador en el reino de la libertad. Lo que une las voluntades no es el interés, sino el imperativo de la razón. No es, por consiguiente, el arbitrio de cada individuo el que a través del contrato da lugar al derecho (y al Estado): es la incondicionalidad del deber jurídico lo que hace posible la fuerza obligatoria de los contratos. Lo que conduce al Estado no es el arbitrio del individuo, ni su interés bien entendido, sino la idea del derecho como imperativo categórico de la razón¹²². Es oportuno recordar aquí la distinción kantiana entre libertad y arbitrio. Libertad en Kant no es la posibilidad de obrar caprichosamente de una u otra manera, sino la determinación de obrar según la ley moral. En este punto, es donde pueden encontrarse elementos de conexión entre la obra kantiana, y la interpretación rawlsiana u otras como las de Habermas y de K. O. Apel basadas en la idea de procedimientos imparciales, aunque con las debidas matizaciones, pues en el caso de Rawls, por ejemplo, si hay motivaciones radicales en el interés de sus individuos espectrales de la situación inicial, no obstante, es bastante claro que tanto Kant como Rawls reformulan y reconstruyen el concepto de voluntad general roussoniano.

Kant respecto del estado de naturaleza mantiene una posición intermedia, no adopta una concepción hobbesiana de

¹²² TRUYOL Y SERRA, Antonio, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, tomo II, ob. cit., pp. 234 y 235.

un estado de guerra, ni la postura lockeana de un estado pacífico primitivo. El estado de naturaleza, en Kant, depende del tipo de obra en que se realiza. En el *Muthmasslicher Anfang der Menschengeschichte*, el estado de naturaleza se elabora desde una perspectiva empírica, pero si se trata de discernir las condiciones de posibilidad del Derecho y del Estado, entonces Kant asume una perspectiva racional práctica, desinteresada del mundo de la experiencia, y preocupada por indicar que el rasgo esencial del estado de naturaleza es la ausencia de ley, que comporta la falta de reconocimiento de los derechos naturales. En el *Rechtslehre*, el estado de naturaleza se distingue del estado civil no en tanto estado sin leyes respecto a uno que las tiene, si no en cuanto estado que no posee poder coercitivo capaz de garantizar la integridad de los derechos de todos. En el estado de naturaleza, hay sociedad y existen derechos como el de propiedad y los que nacen de convenios entre los individuos, pero no hay sociedad civil ni poder coercitivo capaz de hacer respetarlos. Kant menciona que "lo primero que el hombre se ve obligado a decidir, si no quiere renunciar a todos los conceptos jurídicos, es el principio: es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública; por tanto, entrar en un estado en el que a cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder

suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil. Ciertamente, no por eso el estado de naturaleza debiera ser un estado de injusticia, en el que los hombres se tratasen mutuamente sólo desde la medida de su violencia; pero era en verdad un estado sin derecho, en el cual, cuando el derecho era controvertido, no se encontraba quien competente alguno para dictar una sentencia con fuerza legal, por lo que cada uno pudiera incitar a otro por la violencia a entrar en un estado jurídico; en efecto, aunque según los conceptos jurídicos de cada uno se puede adquirir algo exterior por ocupación o por contrato, esta adquisición, sin embargo, es sólo provisional mientras no cuente con la sanción de una ley pública, porque no está determinada por una justicia (distributiva) pública ni asegurada por ningún poder que ejerza este derecho"¹²³.

El contrato originario kantiano, por el que el pueblo se constituye en Estado no es como se dijo ya, un factum, sino una "mera idea de la razón que tiene, sin embargo realidad práctica"¹²⁴. El contrato al situarse en el ámbito

¹²³ KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, ob. cit., p. 141. Ver también GONZÁLEZ VICEN, Felipe, *La Filosofía del Estado en Kant*, Ediciones de la Universidad de la Laguna, España, 1952.

¹²⁴ Para Adela Cortina, O. von Gierke, señala las peculiaridades en la noción kantiana de contrato: 1) sustituyendo la idea de contrato histórico por la de contrato racional, Kant separa la pregunta por el fundamento jurídico del Estado de la pregunta por su surgimiento; 2) en la medida en que Kant explica la entrada en la sociedad estatal como un mandato de la razón, prepara el tránsito a

de lo hipotético. implica vivir en el estado civil, en el espacio de la razón, supone dar un sentido a los hechos, y si el estado civil permite defender los derechos naturales mejor que el estado preestatal, es menester regular la dominación desde la idea de la voluntad unida del pueblo. Se trata de un modelo que no persigue lograr la felicidad, sino asegurar la esfera de libertad que permita a cada individuo el logro de la felicidad propia, en la medida en que no viole con ello la esfera de libertad de las otras personas. El Estado kantiano no es paternal, es patriótico, en cuanto que no busca imponer el bien común inmiscuyéndose en la esfera de autonomía individual. La personalidad humana reviste un valor absoluto, que sólo puede existir y desarrollarse a través de un comportamiento libre, autónomo, surgido en forma directa del individuo. La función del derecho es la de ser garante de la libertad externa, a la cual sólo se puede limitar cuando el libre arbitrio de una persona infrinja el ámbito de libertad de otras personas. Por tanto, la función de gobernar tiene que ser exclusivamente por deber, y el gobernante debe respetar en principio la máxima del cuarto imperativo categórico:

una teoría que sitúa el fundamento jurídico del Estado en su necesidad racional; y 3) en tanto que interpreta la voluntad general como unión de las voluntades individuales, pero sustituye la suma de las voluntades empíricas por las racionales, destruye la interpretación del Estado como una sociedad individualista y termina postulando un dominio del poder estatal empíricamente dado, mediante los principios abstractos del derecho racional. Ver Cortina, Adela, "El contrato social como ideal del Estado de Derecho..." artículo citado, p. 54.

"dictar sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en la medida que éste quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal". En tal virtud es por lo que se considera a Kant como propiciador del concepto de "Estado de Derecho", al dejar en el Estado un amplio margen a la actividad de los individuos, y sólo tener por finalidad brindar seguridad jurídica a los súbditos.

Sobre las formas de gobierno, Kant es partidario del Estado republicano, pormenoriza las funciones de los tres poderes y sus relaciones mutuas. Aunque no está a favor del derecho de resistencia (acaso sí de la negativa) señala importantes limitaciones al soberano, pues no puede éste, poseer ningún terreno como propiedad privada, porque en tal caso podría extender indefinidamente sus dominios, convirtiendo en siervos a sus súbditos. También menciona que el gobernante no puede privar de su cargo a un empleado ni hacer uso del derecho de gracia más que si el delito se refiere a su persona y siempre que con ello no se ponga en peligro la seguridad de sus súbditos. Otra limitación importante, derivada del cuarto imperativo categórico, consiste en que el soberano no puede decidir sobre lo que tampoco el pueblo puede decidir. La idea del contrato

expresa siempre la voluntad unida del pueblo. El contrato legitima el dominio del soberano¹²⁵.

En Kant, existen aspectos conservadores muy marcados: Justifica la pena de muerte; defiende la ley del Tali3n; la representaci3n pol3tica en su esquema puede ser solo formal y no materializarse en un sistema parlamentario, pues basta que el soberano actue de acuerdo con el llamado cuarto imperativo ceterog3rico; el voto esta reservado a ciertos individuos, etc. Sin embargo, la cuesti3n m3s debatida es su negativa a admitir un derecho de resistencia frente al soberano.

En lo que respecta a est3 cuesti3n, se ha dicho que pervive en Kant como en Fichte, el pacto subjectionis¹²⁶, y que hay un retroceso en el contrato social hasta Pufendorf. Kant aduce como razones para no permitir el derecho de resistencia las siguientes: una m3xima que ordena a los subditos resistir violentamente en determinados casos, destruir3a, si se universalizara, toda constituci3n civil y provocari3a el retorno al estado carente de justicia; en virtud del contrato originario, el pueblo ha abandonado en manos del soberano su derecho a administrar la constituci3n

¹²⁵ KANT, Immanuel, La Metaf3sica de las Costumbres, ob. cit., pp. 139-165.

¹²⁶ Ver la exposici3n sobre el surgimiento y evoluci3n de esta doble forma de pacto. DERATHE, R., Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps, ob. cit., pp. 207-247.

civil y, por tanto, una resistencia con base legal supondría que el pueblo o el soberano juzgarían en causa propia: no cabe incluir en la constitución una cláusula que confiera la facultad de juzgar en caso de litigio a un tercer poder, porque debería encontrarse por encima del soberano: si el contrato originario hiciera referencia a un objeto de la experiencia posible, es decir, a un factum podría rescindirse, pero es una idea de la razón: puesto que el pueblo no posee el derecho legal de coaccionar con anterioridad a su constitución como voluntad general, y después sólo posee el derecho de ejercerla a través del soberano, si coaccionara al soberano se constituiría como soberano frente al soberano: el monarca siempre puede aducir en su defensa que la salud pública exigía la acción realizada y el pueblo ha de poder admitir que el soberano no quiere ser injusto con él, por tanto, el modo de expresar la voluntad popular es la queja convenientemente expuesta y/o el derecho de pluma¹²⁷. Se han aducido argumentos para justificar la negativa kantiana sobre el derecho de resistencia: el temor a la censura, una ciega defensa del Estado prusiano, la triste experiencia de la revolución francesa, el pragmatismo de quien, deseando realizar la libertad en las soberanías históricas, va aproximando paulatinamente las ideas de eficacia pragmática¹²⁸. Estas

¹²⁷ KANT, Immanuel, La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., pp. 148-155, también ver KANT, Immanuel, "En torno al tópico ...", ob. cit., pp. 40 y ss.

¹²⁸ VLACHOS, G., La pensée politique de Kant, Métaphysique de l'ordre et dialectique du progrès, Paris, 1962, pp. 349-363.

razones materiales como las teóricas señaladas anteriormente, son contradictorias con el resto del sistema kantiano: el derecho positivo no puede contradecir al natural porque chocaría con la idea de obediencia al derecho, y si el soberano se extralimita, el pueblo debe contar con un derecho mejor que el de la pluma.

Recapitulando sobre estas pinceladas al pensamiento contractualista kantiano es factible siempre coincidir en la trascendencia de su filosofía moral, en el énfasis en la dignidad de la persona, en la acentuación de las obligaciones morales del soberano, en el contrato como idea regulativa de la razón, etc. Conceptos que no por casualidad han sido ahora reformulados para adoptar lo valioso de ellos a una teoría política compleja que apuesta por la solución a los problemas de legitimidad y a los déficits democráticos de los Estados contemporáneos.

II.2.7 La decadencia del contractualismo clásico.

El contractualismo que predominó de los siglos XVI-XVIII como un explicación racional del poder, durante el siglo XIX y parte del XX entra en una severa crisis. Todavía a finales del siglo XVIII y principios del XIX, paralelamente a Kant, Fichte (1762-1814) sostenía que el poder solo podía ser engendrado por un contrato, el

"Contrato Civil" (Bürgervertrag), dimanante de la "voluntad común" de los miembros de la sociedad. El contrato civil en la posición fichteana constaba de un contrato constitutivo de la propiedad, o sea, de garantía mutua de una actividad libre en el mundo sensible, de un contrato de protección, y de un contrato de unión propiamente dicho, que asegura los dos primeros. Como Kant, el contrato social no era en Fichte un hecho histórico, sino una pauta de valoración y un principio de progreso civil: el hombre como ente de razón no puede obedecer sino a leyes positivas por el mismo establecidas!¹²⁹

Después de Fichte, la nascente teoría sociológica, predominantemente descriptiva, con sus concepciones inspiradas en el organicismo y en el conflictualismo, generan la salida del contractualismo de la escena de la teoría política. Hubo, sin embargo, en el siglo XIX, algunos intentos por parte de la propia teoría orgánica para absorber elementos contractualistas: Spencer (1820-1903) ve la solidaridad social como un acuerdo espontáneo de los intereses individuales, expresados en los contratos individuales; H. S. Maine (1822-1888) ve la evolución histórica como un progresivo pasaje de un régimen status a un régimen de contrato; A. Fouillée (1838-1912) teoriza la sociedad como organismo contractual. El contractualismo estaba desgastado por un doble orden de motivos: La

¹²⁹ GOUGH, J.W. ob cit., pp. 179 y ss.

hipótesis del estado de naturaleza se mostraba irreal luego de los abundantes estudios antropológicos de la época; por otro lado, el contractualismo ofrecía escaso auxilio en la elaboración de las teorías del orden y del conflicto¹³⁰.

En los primeros 70 años del siglo XX, el contractualismo se mantuvo desacreditado. La corriente que parte de Durkheim (1855-1917)¹³¹ y que se extiende a través del estructuralismo y del funcionalismo, explicaba que el orden social es posible por una solidaridad orgánica basada en la división del trabajo, y que el poder se ejercía en función de la sociedad, nunca en contra de ella, siendo expresión de una voluntad general de valores comunes. La teoría del conflicto: el marxismo, el psicoanálisis, y hasta la ciencia política alemana, remarcan que la política es esencialmente hostilidad, lucha, conflicto entre grupos y clases rivales, y que el soberano es el más fuerte, el que decide la coerción jurídica y la suspensión del derecho.

En este clima, una teoría normativa del consenso como el contractualismo poco tenía que hacer. Las voces críticas no sólo se dieron en el campo de las ciencias sociales sino

¹³⁰ BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola. Diccionario de Política. A.-J. "Contractualismo". Editorial Siglo XXI, Madrid, España, 1982, p. 417.

¹³¹ La abundante bibliografía de Durkheim y la escrita sobre él, puede ser localizada en las páginas 552-600, del interesante estudio de LUCKES, Steven, *Emile Durkheim, Su vida y su obra*, edición española, Centro de Investigaciones Sociológicas y Siglo XXI de España, Madrid, 1984.

en el ámbito de la filosofía política. Paradigmáticos son los casos de Hegel, Hume, Bentham, Burke, etc.¹³²

Hegel en "La Constitución de la Germania", funda su crítica al contrato apoyándose en la distinción entre el derecho privado y el derecho público. Hegel consideraba el derecho privado como un momento inferior del proceso de realización de la idea del derecho, y el derecho público como un momento superior y positivo. Una de las consecuencias que derivan de la subordinación del derecho privado al derecho público, según Hegel, es que el Estado como ente de Derecho Público no puede estar fundamentado en un instituto típico del derecho privado como es el contrato. Hegel, dice que el contrato privado procede del arbitrio de los dos contratantes, y no de la voluntad de otro superior (la voluntad que deriva de una voluntad común y no de una voluntad general). Para Hegel el objeto del contrato es siempre una cosa particular externa, y no todas las cosas externas son materia del dominio del Estado. Al contrario, el Estado en Hegel es, o más precisamente debe ser, un Estado en el pleno y total sentido de la palabra, la expresión de una voluntad superior a los individuos, expresión que se manifiesta a través de la ley. Si el Estado fuese fundado en un contrato, señala Hegel, no se podría dar una explicación, ni una justificación de las tres

¹³² Sobre los negadores de las teorías pactistas Ver a LLINARES, J. A., Pacto y Estado, Publicaciones de la Institución Aquinas, Madrid, 1963.

características fundamentales del mismo, que lo distinguen de otras asociaciones: a) Mientras que los sujetos de un contrato privado pueden romper el vínculo, los ciudadanos de un Estado no pueden hacerlo; b) mientras que los contratantes miran a sus intereses particulares, el Estado ve por los intereses generales; y c) mientras que el contrato tiene siempre por objeto una cosa particular externa, el estado puede imponer a sus ciudadanos aun el sacrificio de la vida, como ocurre en la guerra¹³³.

El punto de vista hegeliano deviene de su concepción sobre el Estado, que implica, como dice López Calera, una sustancialización, esto es, un proceso de mitificación del propio Estado¹³⁴. El Estado se configura como una realidad válida en sí y para sí. Hegel entendió al Estado como "La realización de la libertad" y como la "entrada de Dios en el mundo". En Hegel el Estado es un lugar ético para la superación y sublimación de lo individual. Lo criticable de la posición hegeliana reside en no poner el Estado al servicio de la sociedad civil. Además, obvio es que el contrato social no tiene la misma naturaleza y función que el contrato privado. El contrato social es diferente y de

¹³³ BOBBIO, Norberto, *Contrato Sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli, 1980, pp. 21 a 25.

¹³⁴ LOPEZ CALERA, Nicolás Ma., "Derechos individuales y derechos del Estado", *Discurso de apertura Universidad de Granada*, curso académico 1986-1987, editada por el servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1986, pp. 49-51.

superior orden, en el que es discutible si se puede o no romper el vínculo que lo forma, en donde está sujeto a una teoría específica del contrato si este es inmodificable o modificable, en el que si los contratantes miran al interés particular no es óbice para que se situen en un plano de igualdad respecto a su participación efectiva o a sus derechos; y en fin, en el que el contrato social tiene por objeto cosas externas y comunes a todos los individuos, sin que pueda afectarse su dignidad ni sus derechos fundamentales.

David Hume critica en sus ensayos políticos a la doctrina del derecho divino de los reyes y a la teoría del contrato social. Sobre el contrato social afirma que no está probada su existencia, y que "casi todos los gobiernos ... fueron originalmente fundados sobre la usurpación o la conquista ..."¹³⁵. El origen del poder reside en la fuerza. Hume intentó demostrar que la doctrina del contrato implicaba un conocimiento anterior a la experiencia, pues el pueblo solo podía conocer las ventajas del gobierno después de que este hubiese existido. Para él, la base del origen del gobierno civil es la fuerza, y la única causa de la fidelidad política como obligación moral consiste en la reflexión de que la sociedad no podía existir sin gobierno. La obediencia es el verdadero cemento social. Sin embargo,

¹³⁵ HUME, David, "Del contrato original" y "De la obediencia pasiva", en *Ensayos Políticos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 97 y ss.

establece Hume, la sumisión no es nunca perfecta: hay siempre una lucha en todo Estado entre autoridad y libertad. La autoridad no debe ser absoluta ni incontrolable, por eso debe dividirse el poder en varias partes, pero en caso de disputa, la autoridad prevalece sobre la libertad porque la primera es esencial para la existencia de la sociedad. Existe, según Hume, un fundamento último de la sociedad: la necesidad sexual, ampliada por la influencia de la simpatía.

La crítica humeana, antecedente de algunas posturas utilitaristas, se centra en la visión antropológica-histórica. Norberto Bobbio ha establecido la existencia de los dos modelos antagónicos que explican el origen del Estado: por una parte lo que denomina "el modelo del iusnaturalismo", que es el modelo contractualista, y por otra, el modelo aristotélico. El primero se constituye sobre la base de dos elementos fundamentales: el estado de naturaleza y el estado civil. Se trata claramente de un modelo dicotómico -según Bobbio- en donde el hombre se halla, o bien, en estado de naturaleza, o en el estado civil. Entre ambos existe una relación de contraposición: el estado natural es el estado no político, y el estado político es el estado no natural. El paso de un estado a otro se concibe o se da, mediante una o varias convenciones, siendo su base de legitimidad el consentimiento. El modelo aristotélico es el modelo opuesto al contractualista: su origen y fundamento es histórico. En su Política,

Aristóteles señaló ya, las etapas principales de la formación del Estado, siendo estas: La familia, la aldea, la ciudad y por último el Estado. La base de legitimidad de este modelo es la fuerza u otro medio ajeno al consentimiento de los gobernados¹³⁶. Censurable, por tanto, es el que Hume no haya valorado el sentido hipotético del contrato, ni su carga prescriptiva que pretende dar o negar legitimidad al poder, mostrando que el mismo se funda, o se debe fundar sobre el consenso de los individuos, y no en la violencia, la usurpación, u otro tipo de contingencias más allá de la voluntad individual.

Burke y Bentham son autores que también condenan, al contrato social como explicación del fundamento del poder. Burke (1729-1797) niega que las instituciones sean una creación consciente de los hombres. Las instituciones han de entenderse como resultado de una evolución en la que la razón individual desempeña un papel secundario. El historicismo burkiano se refleja en su antidualismo y en un contractualismo de segundo nivel, donde lo importante es la herencia, la costumbre, el uso y los hábitos adquiridos en la constitución de las sociedades¹³⁷. Más radical en cuanto a conservadurismo es Jeremias Bentham

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci. Editorial Debate, estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, primera edición, Madrid, 1985, pp. 95 y 97.

¹³⁷ BURKE, Edmund. Reflexiones sobre la revolución francesa. traducción y prólogo de E. Tierno Galván, Madrid, 1954.

(1748-1832). En su primera obra "A Fragment on Government" formulo la concepcion del utilitarismo, segun la cual, tanto el poder como los limites del poder estan justificados en base a diferentes principios: no haciendo referencia a los derechos de los individuos, ni a los derechos naturales, sino aludiendo a la "mayor felicidad del mayor numero"¹³⁸. Para Bentham, cuando se emplea la palabra derecho se trata del derecho positivo exclusivamente. En el Fragment, Bentham describe pragmaticamente la naturaleza de la sociedad politica en terminos del habito de la obediencia y no del contrato social, derechos naturales y demas "ficciones". Establecia que los hombres han de mantener sus promesas y obedecer la ley, porque va en el interes de todos hacerlo, y no por la causa de las normas del derecho natural o del razonamiento abstracto. El problema de la obligacion politica es un problema de hecho, y los subditos han de obedecer "mientras los probables perjuicios de la obediencia sean menores que los probables perjuicios de la resistencia", y es deber de los subditos obedecer "exactamente hasta donde lleguen sus intereses y no más alla"¹³⁹.

¹³⁸ BENTHAM, J. A Fragment on Government, traduccion castellana, Fragmento sobre el Gobierno, traduccion e introduccion de Julian Larros Ramos, Ed. Aguilar, Madrid, 1973.

¹³⁹ Una exposicion brillante sobre Bentham, y el utilitarismo posterior puede verse en: HART, H. L. "Utilitarismo y derechos naturales", en Anuario de Derechos Humanos, número 1, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1981; H. L. A. HART, "Entre el principio de utilidad y los derechos humanos", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 58, 1980; y H. L. A. HART,

Con este bagaje pragmático, histórico y utilitarista, el contractualismo quedó catapultado, esperando ser aun enterrado, como ya se señaló por las teorías del orden y del conflicto, en el siglo XIX, y por el funcionalismo, estructuralismo, marxismo, ciencia política alemana y psicoanálisis en el siglo XX, hasta que el neocontractualismo del último tercio de este siglo apareciera para explicar los déficits democráticos del Estado contemporáneo, en sus versiones de Estado mínimo-gendarme o Estado del bienestar, a fin de construir una corriente teórica normativa que insistiera en la legitimidad política fundamentada en los derechos humanos, en el papel del individuo en la Historia, en la crítica a cualquier tipo de determinismo, y en la certeza de que el Estado sólo se entiende para y en función del gobernado.

"Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill", en Anuario de Derechos Humanos, número 3, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985.

III. EL NEOCONTRACTUALISMO

III.1 Su significación.

Sobre las causas que hacen resurgir el contractualismo y su significación en las últimas tres décadas del siglo XX, casi nadie difiere:

Norberto Bobbio opina que el neocontractualismo es la propuesta de un nuevo pacto social, global y no parcial, de pacificación general y de fundación de un nuevo ordenamiento social, una "nueva alianza" que nace de la conciencia de debilidad del poder público en las sociedades contemporáneas, sobre todo, por su complejidad y su ingobernabilidad¹⁴⁰.

Carlos Thiebaut aduce que el neocontractualismo es una respuesta a los problemas de la legitimidad en los sistemas políticos contemporáneos, que hacen totalmente necesario un tipo de análisis que, al igual que el del siglo XVIII, replanteara las bases de la sociedad. La cuestión central del neocontractualismo, para este autor, está en el intento de articular un discurso público que pueda presentarse como legitimación tanto de las defensas como de las correcciones o críticas que es necesario plantear a las sociedades y

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Editorial Plaza Janés, Barcelona, 1985, p. 192.

Estados contemporáneos. El interés que tal esfuerzo tiene para los filósofos morales y políticos salta a la vista porque, entre otros aspectos, ese intento de reconstrucción de un discurso público suministra un terreno específico para la discusión de lo que pudieran ser las aportaciones de una ética y racionalidad de corte dialógico¹⁴¹.

Hart, ha señalado respecto a las obras de Rawls, Nozick o Buchanan, su significación para la filosofía política, al implicar un replanteamiento, ausente desde los tiempos clásicos, de la relación entre justicia y libertad, y de la posibilidad de ejercer un tipo de autocomprensión filosófica y moral de las bases de nuestra sociedad¹⁴².

Porras Nadal menciona que el reciente éxito del neocontractualismo, que presenta una clara línea de continuidad con el discurso teórico de los clásicos del siglo XVIII, destaca el replanteamiento del análisis del Estado dando prioridad a la sociedad. Se trata —a juicio de este autor— de una posición que rechaza de antemano todas las derivaciones del positivismo, y cuya importancia en los

¹⁴¹ THIEBAUT, Carlos, "Las racionalidades del contrato social: Kant en Rawls", artículo citado, pp. 117 y 118.

¹⁴² HART, H. L. A., "Rawls on liberty and its priority", en Daniels (comp.), *Reading Rawls*, Oxford, 1970, pp. 230-252. También ver la respuesta de Rawls a Hart en "Las libertades fundamentales y su prioridad", Ciclo Tanner de Conferencias sobre los valores humanos, pronunciada en la Universidad de Michigan 10 de abril de 1981, publicada en *Libertad, Igualdad y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 11 y ss.

fundamentos mismos del constitucionalismo occidental, en las teorías del poder constituyente, o en la construcción del sistema de declaraciones y garantías de los derechos y libertades, no puede ser disimulada. El neocontractualismo "despolitiza" a la teoría para operar como un mecanismo legitimador que revisa el estado de un sistema político dado. Se trata de una alternativa frente a los modelos históricos y deterministas. El modelo neocontractualista se apoya en: la ahistoricidad, en el apriorismo lógico, en la tendencia a constituir un sistema social "puro", para y con la finalidad de rechazar el incremento del poder estatal, establecer límites al Estado, y resaltar el papel de los derechos humanos como único fundamento del poder¹⁴³.

Rubio Carracedo precisa que la tradición utópica del contrato social es recogida por el neocontractualismo, proponiendo como ejemplos paradigmáticos a Rawls o Nozick, y estableciendo que, esta corriente, puede incluir a otros autores, aunque no hayan mención expresa al contrato, como puede ser Habermas y su ética universal de la comunicación, o Apel y su pragmática trascendental. El neocontractualismo, para este autor, produjo el renacimiento de la filosofía política, materia que se consideraba muerta (Laslett), y que fue rebautizada por la aparición de "A Theory of Justice"¹⁴⁴.

¹⁴³ PORRAS NAFALES, Antonio, "Contractualismo y neocontractualismo", Revista de Estudios Políticos, número 41, septiembre-octubre, 1984, pp. 15 y ss.

¹⁴⁴ RUBIO CARRACEDO, José, Paradigmas de la Política, Editorial Anthropos, Barcelona, 1990, pp. 13 y ss.

Para Javier Muguerza, el neocontractualismo viene a constituir una cristalización de la concepción dialógica de la racionalidad en el dominio de la filosofía analítica, aunque no se muestra de acuerdo con el consenso por irrealizable, sino a favor del disenso¹⁴⁵.

Adela Cortina sostiene que el mérito del neocontractualismo consiste en haber elaborado una teoría moral sistemática, que cuenta con elementos éticos, jurídicos, políticos, económicos, psicológicos, metodológicos y lógicos que pretende construir una filosofía moral y política, que tiene como principal tarea la de la justificación de normas y de instituciones¹⁴⁶.

Miguel Ángel Rodilla señala que "... el renacimiento del contractualismo se inscribe dentro de un movimiento amplio, de contornos difusos y empujado por tendencias muy diversas, de reivindicar la competencia práctica de la teoría, o, expresándolo en los términos de un obra bien

¹⁴⁵ MUGUERZA, Javier, "Entre el liberalismo y el libertarismo (reflexiones desde la ética)", Zona Abierta, número 30, enero-marzo de 1984, p. 14; y MUGUERZA, Javier, "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia. Una intrusión en un debate", Revista Sistema, número 70, enero, Madrid, 1986, pp. 27-40.

¹⁴⁶ CORTINA, Adela, *Ética mínima*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 170 y 171.

representativa de este orden de cosas, de "rehabilitación de la filosofía práctica"¹⁴⁷.

Carlos Alba Tercedor y Fernando Vallespín indican que el neocontractualismo representa algo distante de la tradición anglosajona del positivismo lógico y de la escuela analítica de la filosofía, significa la vuelta a lo sustantivo, a los temas de la filosofía clásica. La herramienta conceptual del contrato tiene varios propósitos: Una función crítica frente al utilitarismo y al intuicionismo; una función analítica que, a la vez, proporciona un modelo concreto para reducir a términos manejables un problema complejo; establece los requisitos formales y procedimentales de los que depende una concepción de la justicia; y es un mecanismo normativo y justificador para enjuiciar las instituciones básicas de la sociedad y orientar la práctica¹⁴⁸. El neocontractualismo aborda el problema normativo, el problema de la crisis de legitimidad de los Estados contemporáneos, recupera la teoría clásica de la democracia para centrar su atención en el hombre y sus

¹⁴⁷ RODILLA, Miguel Angel, "Buchanan, Nozick, Rawls, variaciones sobre el estado de naturaleza", Anuario de Filosofía del Derecho, nueva época, tomo II, Madrid, 1985, p. 230. O también RODILLA, Miguel Angel, "Introducción" a John Rawls, Justicia como equidad, Materiales para una teoría de la Justicia, editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. IX y ss.

¹⁴⁸ ALBA TERCEDOR, Carlos R., y VALLESPÍN, Fernando, "El neocontractualismo de "A Theory of Justice" de John Rawls: Una introducción a la literatura", en Revista de Estudios Políticos, número 8, marzo-abril, 1979, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 233 y ss.

derechos, y además "propugna por el establecimiento de una ciencia política en su sentido aristotélico de "ciencia maestra", de síntesis de filosofía moral y social; como actividad que no sólo abarca y explica todas las demás ciencias de la sociedad, sino que las dota de cierto orden y sentido, encuazándolas hacia fines y metas susceptibles de posibilitar o, cuando menos, de intentar hacer posible, la vida buena"¹⁴⁹.

Eusebio Fernández no tiene dudas al respecto. Las teorías neocontractualistas fundamentan el orden político, o señalan sus deficiencias. Su preocupación está conectada con el principio de legitimidad democrática. Se considera que el Estado está fundado en un contrato para defender la causa del poder ascendente contrapuesto al poder descendente; sostener que el poder va de abajo arriba y no de arriba abajo, en suma, defender la democracia frente a la autocracia. La legitimidad contractual se preocupa por un compromiso justo para aducir buenas razones al obedecer las normas y las instituciones o para desobedecerlas. El neocontractualismo es el mejor mecanismo para justificar, en base a razones éticas, a la democracia cuando existe un verdadero sistema democrático respaldado por el respeto y

¹⁴⁹ VALLESPIN ONA, Fernando, Nuevas teorías del contrato social, John Rawls, Robert Nozick, y James Buchanan, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 32.

claridad de los procedimientos y cuando los resultados se ajustan a los derechos humanos¹⁵⁰.

El neocontractualismo pertenece a las tendencias que, o bien, se interesan por el compromiso obtenido mediante la discusión pública para plasmar en las leyes el equilibrio de las distintas opciones de poder (Hobbes-Buchanan) o, por una visión social de la política que se preocupa por la legitimidad del poder (Kant-Rawls). Rechaza, por tanto, la posición que establece como objeto de la ciencia política la conquista, la conservación y el aumento del poder estatal (Maquiavelo)¹⁵¹, en donde se podrían situar a todas las doctrinas de la razón de Estado¹⁵². El neocontractualismo es ¹⁵⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

¹⁵¹ Sobre Maquiavelo, y principalmente respecto a la discusión entre el Maquiavelo del "El Príncipe" y el Maquiavelo de los "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", puede verse la interpretación dialéctica que sobre ellos hace Ana Martínez Arancón en la Introducción que realiza a los Discursos (p. 9), cuando dice que "... Los Discursos se ocupan fundamentalmente del análisis de las repúblicas, porque, por los motivos que expondré más adelante, Maquiavelo pensaba que esa era la forma de gobierno más perfecta. Sin embargo, existían circunstancias excepcionales, como la fundación de un Estado o su reforma en caso de crisis o de profunda corrupción, que exigían que el poder permaneciera, por cierto tiempo, en manos de una sola persona. En esas circunstancias excepcionales volvemos a necesitar las enseñanzas de "El Príncipe". Ambas obras, pues se complementan". Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza Editorial, Introducción y notas de Ana Martínez Arancón, Madrid, 1987; y también ver Maquiavelo, *El Príncipe*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

¹⁵² Sobre la razón de Estado consultar el *Diccionario de Política*, de Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, editorial siglo XXI, segunda edición en español, Madrid, 1982, en donde (páginas 1382 a 1392) se describen los momentos

la continuación del contractualismo clásico, sin embargo, se apoya en un gran componente científico como puede ser el uso de la teoría de los juegos, la teoría de la decisión, la teoría de la comunicación, la teoría de la racionalidad práctica, las teorías de los sistemas, y el uso de la llamada metodología "constructivista" o "reconstructivista". Además del uso de este gran componente teórico, la realidad política, o económica es muy diversa, situación que obliga a que el neocontractualismo se alinee con tesis liberales o neoliberales, o con otras de carácter progresista y socialdemócrata, que quieren conciliar la libertad y la igualdad. El neocontractualismo está en el centro del debate político, jurídico y constitucional moderno, y es sobre todo, una postura que cree aun en la razón, y que da respuesta, desde el humanismo de una floreciente ilustración, a los pesimistas del orden social y político. Es por tanto, una visión utópica en el mejor de los sentidos.

históricos de esta posición. Para ellos, el primer momento de la razón de Estado, se ubica en los umbrales de la Edad Moderna, y está representado por la aportación de Maquiavelo. El segundo momento está representado por los preceptistas italianos del 1500 y del 1600. Como tercer momento se refieren a la conceptualización alemana del 1800, y principios del 1900 (Hegel, Ranke, Treitschke, Meinecke, etc).

III.2 La crítica comunitarista al neocontractualismo.

"El espectro de Hegel desafia una vez más al espíritu de Kant". dice un conocido profesor latinoamericano, en referencia las críticas comunitaristas que ha sufrido el neocontractualismo, y en general, el liberalismo. Se trata el comunitarismo de una corriente que fija el acento en la teoría del bien en oposición a una teoría de la justicia: en la crítica a los supuestos epistemológicos, metafísicos y psicológicos del liberalismo: en la reformulación de las relaciones de lo privado y lo público: y en la vuelta a la tradición¹⁵³.

Para explicar y refutar cada una de estas cuatro posturas, es necesario apuntar previamente que en tales

¹⁵³ Entre los comunitaristas más importantes puede verse a: Gutman, "Communitarian Critics of Liberalism", *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, pp. 308 a 322.; Alisdair MacIntyre, *After Virtue*, U. of Notre Dame Press, 1981; S. Toulmin, "The recovery of practical philosophy", *Avalon Lecture*, Northwestern University, 1987; Michael Sandel, *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge U. Press, 1982; Taylor Charles, *Hegel and Modern Society*, Cambridge U. Press, 1979; Michael Walzer, *Spheres of Justice*, N. Y. Basic Books, 1983; William Sullivan, *Reconstructing Public Philosophy*, U. of California Press, 1982; Bellah, *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*, Harper and Row, 1985, entre otros. De la obra de Alisdair MacIntyre existe traducción española bajo el título "Tras la Virtud" editorial Crítica, Barcelona, 1987. Entre los autores de lengua hispana que se han ocupado del tema ver: Thiebaut Carlos, *Cabe Aristóteles*, Visor, Madrid, 1988; Thiebaut Carlos, "De nuevo criticando al liberalismo", *Revista Arbor*, número 503-504, tomo CXXVIII, noviembre-diciembre, Madrid, 1987, pp. 147 a 162; y Nino Carlos, "liberalismo versus comunitarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 1, septiembre-diciembre, 1988.

críticas late una gran incomprensión hacia el contrato, derivada del hecho de asociar neoliberalismo y neocontractualismo con el individualismo posesivo. Situación que ha provocado una reacción teórica que acude a Aristóteles, y a Hegel para buscar en las ideas del "hogar común", la "comunidad", y de las tradiciones, los fundamentos de la vida social, y no más en el individuo, tachando al neocontractualismo de ficticio por ver en los humanos entes noumenales que carecen de telos distintivo y por poseer casi una identidad sobre-humana independiente de sus deseos, intereses subjetivos y ajena al medio social. En síntesis, reclaman la historicidad del hombre y su ubicación en una nación, patria o comunidad.

Las críticas que son atendibles requieren ser comentadas una a una. Respecto a la primera se dice que no puede haber ética sin teoría del bien, que el bien debe entenderse, como el bien -consustancial-a-una-práctica, y que defender el bien sobre la justicia implica reconocer la pluralidad de bienes. Los bienes están determinados por las prácticas sociales y la valoración moral debe someterse a las tradiciones y prácticas de cada comunidad. Como puede apreciarse, una primacía del bien o de lo bueno sobre los derechos individuales, desde la óptica neocontractualista, relativizaría la moral, y justificaría políticas perfeccionistas que intentarían ideales de excelencia y de virtud aun cuando los individuos no lo percibieran así. Los derechos humanos al pasar a segundo término podrían ser

dejados de lado, pues el bien o la idea de lo bueno, podría realizarse sin ellos. Lo que constituiría una amenaza autocrática sin posibilidad para establecer límites y controles al gobernante.

La segunda crítica comunitaria hace referencia a los elementos sociales como prevalentes sobre los derechos. Se entiende que no cabe un sujeto al margen de sus roles sociales y políticos, y que el neocontractualismo presenta a un sujeto previo a estos roles. Desde el neocontractualismo la respuesta advierte que si el elemento social es prevalente, entonces la concepción de lo bueno puede conducir a justificar sacrificios de los individuos como medio para promover o expandir el florecimiento de la sociedad, o del Estado concebido en términos holísticos. Además el neocontractualismo igualitario si toma en cuenta los roles sociales y económicos, basta pensar en el principio de diferencia rawlsiano, a través del cual se intenta buscar el equilibrio y la verdadera armonización entre las autonomías individuales, sin maximizarlas, como lo hace el liberalismo conservador a costa de reducir el margen de autonomía de otros individuos.

La tercera crítica fundamental del comunitarismo consiste en sustituir la relación privado/público por la relación comunidad/sociedad. Se intenta relativizar los derechos y obligaciones de los individuos a las

particularidades de sus relaciones con otros individuos, a su posición en la sociedad y a las peculiaridades de ésta. El neocontractualismo precisa que la exaltación de los vínculos particulares con grupos sociales como la familia o la nación puede servir de fundamento a las actitudes tribalistas o nacionalistas en detrimento de los derechos humanos. Abundando en lo último, el neocontractualismo estima que erigir como criterio legitimante a la comunidad significa negar la importancia de la persona, sus potencialidades y su libertad. El comunitarismo al prescindir de la idea del contrato, y reivindicar una especie de pacto cívico basado en una concepción moral e incluso religiosa de tintes puritanos, deja poco espacio para la disidencia y el inconformismo¹⁵⁴.

El último argumento del comunitarismo que subraya una dependencia de la crítica moral respecto de la práctica moral de cada sociedad, tal como aquella se manifiesta en la tradiciones, convenciones e instituciones sociales, puede dar lugar a un relativismo conservador. Relativismo incapaz para resolver conflictos entre quienes apelan a tradiciones o prácticas diferentes en el contexto de una sociedad. Debe tenerse en cuenta que tal valoración presupondría esas prácticas y no es posible discriminar entre prácticas valiosas y disvaliosas sin contar con principios morales que

¹⁵⁴ Esta posición repite la articulación de la sospecha que Thiebaut ha desarrollado en "La Ética y el Presente", en La Balsa de Medusa, número 2, 1987.

sean independientes de ellas. Lo expuesto podría conllevar a concluir que lo importante en una sociedad democrática, además de reconocer la dignidad, la imparcialidad y la autonomía de las personas, es admitir la importancia de la práctica de la discusión moral, donde todo debe someterse a ella, menos la práctica misma de criticar, y la forma en que la discusión moral satisface estas funciones es mediante la búsqueda del consenso o contrato, a fin de que la aceptación libre y compartida de los mismos principios sirva para guiar las acciones y actitudes, y el neocontractualismo tiene, entre otras, esa función.

III.3 James Buchanan: La Escuela del Public Choice.

Empiezo con Buchanan contra toda cronología, pues la primera obra fundamental del neocontractualismo fué la de Rawls, después vino la aportación de Nozick, y al final la de James Buchanan. Sin embargo, también es cierto, que Buchanan desarrolla su teoría contractualista en casi todas sus obras, desde la más conocida, "El cálculo del consenso" de 1962¹⁵⁵, hasta en otras posteriores: "The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan" de 1974¹⁵⁶. "The Ethical

¹⁵⁵ BUCHANAN, James, y TULLOK, Gordon, The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1962. Hay traducción al español de Javier Salinas Sánchez, editorial Espasa-Calpe, S. A. Madrid, 1980.

¹⁵⁶ BUCHANAN, James, The Limits of Liberty Between Anarchy and Leviathan, Chicago-London, U. of Chicago Press, 1974.

Limits of Taxation" de 1984¹⁵⁷, y "The Ethics of Debt Default" de 1987¹⁵⁸, etc. En Español han sido traducidas entre otras, "El cálculo del consenso" "El poder fiscal", y "El análisis económico de lo político"¹⁵⁹. En su pensamiento existe un paulatino desarrollo contractualista (algo semejante a la construcción rawlsiana), lo que tiene su explicación en su adscripción a la escuela establecida en torno al Virginia Polytechnic Institute, y al movimiento intelectual denominado del Public Choice, y a los desarrollos que este ha tenido a partir de los análisis económicos de la democracia, de los actores políticos, y de las instituciones. La escuela de Buchanan viene por tanto avalada por una tradición doctrinal consistente originada en la economía, pero que ha trasladado sus enfoques al ámbito político y es especial, a la filosofía política.

La Teoría de la Elección Pública parte de cuatro supuestos fundamentales. El primero de ellos atiende a una concepción antropológica del hombre como un ser egoísta y racional que busca maximizar su utilidad, en consonancia con

¹⁵⁷ BUCHANAN, James, "The Ethical Limits of Taxation", The Scandinavian Journal of Economics, n.2, vol.86, 1984, pp. 102-114.

¹⁵⁸ BUCHANAN, James, "The Ethics of Debt Default" in Deficit, Oxford and New York, Basil Blackwell, 1987.

¹⁵⁹ BUCHANAN, James, MAC CORMICK, Robert E. y TOLLISON, Robert D., El análisis económico de lo político, estudio introductorio de José Casas Pardo, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984; BRENNAN, Geoffrey y BUCHANAN, James, El poder fiscal, Unión Editorial, Madrid, 1987.

las formulaciones de contractualistas clásicos como Hobbes y Spinoza. Este primer supuesto es importante porque la utilidad que persigue el hombre puede ser cuantificada y sujeta a todo tipo de cálculos y estudios empíricos. El segundo supuesto se relaciona con el individualismo, en tanto que el hombre es el único que toma decisiones. La sociedad no. Las elecciones colectivas son el resultado de un método agregativo de las decisiones individuales. El tercer supuesto se encarga de la transferencia de los dos supuestos anteriores, básicamente económicos, al campo político. Este planteamiento quedó plenamente estudiado por Downs¹⁴⁰, al sostener que los individuos que participan en los procesos de decisión colectiva (votantes, políticos y burocratas) son los mismos que intervienen en el mercado, y que por tanto, su comportamiento y motivaciones son exactamente las mismas al tomar cualquier decisión mercantil o económica que al votar. Se trata de un esquema semejante al expuesto por el juez Holmes, cuando refiriéndose a la responsabilidad solidaria, afirmó que se trata de un presupuesto "muy común", pero falso, pues los hombres cuando votan actúan con sentido económico y maximizador y no con sentido altruista y solidario. El cuarto supuesto, implica como consecuencia la interrelación entre los fenómenos económicos, las instituciones, y los procesos políticos.

¹⁴⁰ DOWNS, Anthony. La teoría económica de la democracia, traducción española de Luis Adolfo Martín Merino, Editorial Aguilar, Madrid, 1973.

A partir de estos cuatro supuestos Buchanan sostiene que el viejo paradigma de las ciencias sociales ha sido sustituido por uno nuevo, el de la Escuela del Public Choice, y así en una conferencia denominada "política sin romanticismos" manifiesta que: "La Teoría de la Elección Pública ha sido el vehículo a través del cual un conjunto de ideas románticas e ilusiones sobre el funcionamiento de los gobiernos y el comportamiento de las personas que gobiernan ha sido sustituido por otro conjunto de ideas que incorpora un mayor escepticismo sobre lo que los gobiernos pueden hacer y sobre lo que los gobernantes harán, ideas que sin duda son más acordes con la realidad política que todos nosotros podemos observar a nuestro alrededor"¹⁶¹.

Considera la complejidad de la política sobre la economía, aduciendo dos razones que le auxiliarán para conformar su teoría política y filosófica. Las razones son: Primera. El intercambio político básico, el contrato social, que es el contrato conceptual bajo el cual se establece el propio orden constitucional, debe preceder a cualquier

¹⁶¹ Buchanan, James y otros. El análisis económico de lo político, ob. cit. Ver aquí "Política sin romanticismos. Esbozo de una teoría de la elección pública y de sus implicaciones normativas", pp. 108-109. Consultar también: Enrique Moldes Teo, Elección Pública: Hacia una teoría de los fallos colectivos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987; y Julio Segura, Francisco Cabrillo, Gabriel Tortella y otros, La reforma del Estado asistencial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. En este último atender a la reflexión del profesor Francisco Cabrillo titulada "La reforma del Estado asistencial: Reflexiones sobre la crisis del Estado del Bienestar", pp. 43-53.

interacción económica significativa, es decir, el comercio de bienes y servicios privados sólo puede tener lugar dentro de una estructura definida que establezca los derechos de propiedad y de control de los individuos sobre los recursos, que haga cumplir los contratos privados y que establezca los límites al ejercicio del poder. Segunda. Dentro de un orden legal bien definido y en funcionamiento, el "intercambio político" necesariamente involucra a todos los miembros de la comunidad, en lugar de a las dos partes contratantes que actúan en el intercambio económico. De estos dos niveles de intercambio político nace la Teoría Económica de las Constituciones y la Teoría de las Instituciones. La primera, la Teoría Económica de las Constituciones es la que se ocupa del contrato social. La segunda incluye teorías sobre las votaciones y sobre las reglas de votación, teorías de la competencia electoral y entre partidos, y teorías de la burocracia.

La Teoría Económica de las Constituciones que se encuentra difuminada por la obra de Buchanan, aparece desarrollada en "The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan". En este estudio, los problemas que preocupan a Buchanan son la expansión incontrolada del sector público, y el síndrome del pragmatismo político. Culpa de estos males a la burocracia estatal y a la clase política norteamericana¹⁶². La anarquía del sector público, desde su punto de

¹⁶² Una defensa del aumento del gasto público, en oposición a Buchanan, puede encontrarse en Harris David. La

vista, sólo puede resolverse replanteando las bases generales de la convivencia, un nuevo contrato social "que ponga lo mío y lo tuyo en un arreglo estructural nuevamente definido y donde el amenazante Leviatán sea situado dentro de nuevos límites"¹⁶³. Buchanan deducirá la legitimidad del Estado de la voluntad de cada persona, y para ello elaborará un procedimiento contractual. Lo justo o legítimo será el resultado del procedimiento en cuestión, cualquiera que sea.

Su estado de naturaleza es hobbesiano, en el los individuos son desiguales, razón por la que es lógico que en el Estado postcontractual existan diferencias. La formación del Estado se inicia con una serie de acuerdos parciales, basados generalmente en la teoría de los juegos, y en el análisis coste-beneficio del desarme. Se debe llegar al acuerdo global, y esto implica actuar para alcanzar un mayor óptimo paretiano¹⁶⁴. Paulatinamente se irán elaborando contratos constitucionales entre dos o más personas o grupos, con sus correspondientes asignaciones de derechos dentro de cada grupo. Estos mantienen conflictos con grupos o personas no integrados (independientes), surgiendo nuevas distribuciones naturales o fases de equilibrio hasta que, a

Justificación del Estado de Bienestar, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990.

¹⁶³ BUCHANAN, James. The Limits of Liberty... ob. cit., p. 180.

¹⁶⁴ BUCHANAN, James. The Limits of Liberty... ob. cit., p. 60. Aquí se señala la posibilidad de un acuerdo de esclavitud, siempre y cuando se favoreciera a ambas partes.

través de distintas evoluciones y nacimiento de coaliciones se llegue a un contrato constitucional final, vinculante para todas las partes, que definirá los derechos de cada persona en la comunidad global.

El contrato por las ventajas que supone impide las violaciones unilaterales, pues las consecuencias de su rompimiento serían peores. Aquí recurre al famoso dilema de los prisioneros, y al pensamiento hobbesiano: "Dirijamos nuestra mirada hacia Thomas Hobbes cuya visión en el siglo XVII resulta muy atractiva para quienes vivimos en la última parte del siglo XX. Hobbes describió la vida de las personas en una sociedad sin gobiernos, sin leyes, como "solitaria, pobre, horrible, bestial y corta". En esta perspectiva hobbesiana, cualquier persona en una jungla valoraría tan alto la seguridad de la vida y de la propiedad que cualquier contrato con un gobierno soberano le parecería altamente beneficioso. La persona estaría de acuerdo en acatar las leyes establecidas por el soberano, aun advirtiéndole que no pueden ponerse límites al uso que el soberano pueda hacer de las leyes para sus propios fines explotadores"¹⁶⁵.

Su teoría de las Constituciones, al nacer de su preocupación por el aumento del aparato estatal se dirigirá a limitar ese poder. El Estado, entonces tendrá dos

¹⁶⁵ BUCHANAN, James, "Política sin romanticismos...", ob. cit., pp. 118 y 119.

vertientes: protector (como lo será en Nozick) y productor. El Estado protector vela porque los términos del contrato constitucional sean cumplidos, sin poseer ninguna función legislativa, ni en general de toma de decisiones. Las funciones del Estado protector son policiales y jurisdiccionales, únicamente. En cambio, el Estado productor, es la instancia activa encargada de definir las reglas a través de las cuales la comunidad ha de dotarse de bienes públicos, de limitar sus financiaciones, y en general de establecer la práctica de la acción pública¹⁶⁶. Sobre el Estado productor van sus críticas, pues si fue aceptado por unanimidad por los contratantes, y se establecieron en consecuencia las bases de su desarrollo, este nunca puede traspasar los límites inicialmente marcados. De ahí que se sostenga que la paradoja de Arrow ha sido trascendida, pues de lo que se trata es que las elecciones públicas sean consecuentes con el sustrato pactado por unanimidad, y no coherentes con preferencias individuales de carácter transitorio¹⁶⁷. Debe recordarse que los elementos de todo contrato social en Buchanan son: la limitación del comportamiento de cada persona respecto de las otras; la fijación de los derechos de propiedad; los términos de la ejecutoriedad de los derechos; y las reglas básicas del

¹⁶⁶ BUCHANAN, James. *The Limits of Liberty*,... ob. cit., pp. 68-130.

¹⁶⁷ Un buen estudio sobre la teoría de los juegos y las reglas de la elección pública se puede localizar en el apéndice II denominado "Los presursores teóricos" de Tullok, incluido en *El Cálculo del Consenso*, ob. cit., pp. 368-392.

Estado productor que son las normas bajo las cuales debe operar la comunidad en la creación y ejecución de las decisiones sobre la provisión y financiamiento de bienes públicos.

En cuanto a la posibilidad de que se puedan legitimar en el modelo de Buchanan mecanismos de justicia distributiva, habría que señalar que si se acordaron en el acuerdo constitucional, la respuesta debería ser afirmativa. Sin embargo, teniendo en cuenta que el contrato tiene por propósito la limitación del gasto público, es difícil considerar su existencia. La crítica a esta teoría se detiene en el reduccionismo de la posición de Buchanan. Su Estado tiene razón de ser para defender, proteger y promover la propiedad particular y limitar el intervencionismo estatal. La intención evidente de dismantelar el Estado Social y proponer en su lugar uno más injusto y desigual, en donde el criterio de legitimidad estriba en constatar si las decisiones públicas han sido tomadas de conformidad con el acuerdo constitucional, acuerdo constitucional que puede ser en cualquier sentido, y en el que lo importante no es la referencia al fondo de la decisión global tomada, sino la forma de decisión (regla de unanimidad y estrategias de decisión), hace del contractualismo buchaniano un paradigma del conservadurismo norteamericano en boga. No obstante, es de alabar su hincapié en una justicia de carácter procedimental, aunque parece que no es todo lo neutral que

sería deseable, pues se parte de una concepción predeterminada del ser humano, y con el deseo de proteger exclusivamente cierto tipo de derechos fundamentales.

III.4 Robert Nozick: El Estado mínimo.

La visión de Nozick es una de las más radicalizadas. Combina el liberalismo con el anarquismo en nombre de la ética. Para él, el Estado mínimo es el Estado más extenso que puede justificarse y cualquier otro tipo de Estado viola los derechos fundamentales. La obra de Nozick, al igual que la de Buchanan, tiene como propósito destruir las bases que fundamentan al Welfare State. Nozick pertenece a una de las tradiciones del pensamiento político que Fernando Quesada denomina de liberalismo extremo¹⁶⁸, en oposición a otra que llama de democracia: clasificación que sigue el punto de vista de Macpherson, razón que obliga a Javier Muguerza a señalar que: "Individualismos como el nozickiano son de la misma estirpe que el que Crawford Macpherson ha llamado -atribuyéndoselo a Locke, pero también a Hobbes, que sería su precedente decisivo a este respecto- el individualismo posesivo. En la caracterización de Macpherson, los supuestos del individualismo posesivo se dejan resumir en el siguiente punto: La sociedad consiste ante todo en una serie de

¹⁶⁸ QUESADA CASTRO, Fernando. "La filosofía política hoy: recuperación de la memoria histórica", en Revista Arbor, número 503-504, tomo CXXVIII, noviembre-diciembre, Madrid, 1987, pp. 23-29.

relaciones mercantiles, es una invención humana para la protección de la propiedad que el individuo tiene sobre su propia persona y sobre sus bienes y, consecuentemente, para el mantenimiento de relaciones de cambio debidamente ordenadas entre individuos considerados como propietarios¹⁶⁹.

El liberalismo de Nozick difícilmente tiene parangón en la filosofía política contemporánea. Comparte con el resto de sus compañeros de corriente el concepto fuerte de los derechos fundamentales del individuo, pero si por ejemplo Hart¹⁷⁰ mantiene una cierta posición utilitarista de los derechos, y Dworkin¹⁷¹ se mueve, asumiendo la idea de los derechos, entre el utilitarismo y alguna perspectiva deontológica de ellos, Nozick absolutiza su concepto al grado de llegar a un anarquismo libertario de corte hiperconservador. Su individualismo circunscribe el ámbito de la moral al individuo, que no debe nada a la sociedad, y en donde no cabe un "contrato normativo para la defensa del bien común", puesto que no existe vínculo solidario alguno con valor moral que haga aparecer al Estado como algo más que protector de derechos de propiedad. Esto explica, en su

¹⁶⁹ MUGUERZA, Javier, "Entre el liberalismo y el libertarismo ...", ob. cit., 38.

¹⁷⁰ HART, H. L. A., "Utilitarismo y Derechos Naturales", Anuario de Derechos Humanos, número 1, facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1981, pp. 148 y ss.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel, Barcelona, 1984; y Ronald Dworkin, El imperio de la justicia, Editorial Gedisa, Barcelona, 1988.

contra, la aparición y el clamor de la filosofía moral más reciente: el comunitarismo. La que quiere vínculos más solidarios, pero que lleva a extremos sus puntos de vista, negando todo papel a la persona, lo que debe considerarse igualmente equivocado.

Nozick, se piensa heredero de Kant¹⁷² y de Locke¹⁷³, y así se apropia del imperativo categórico kantiano basado en la fórmula: "Actúa de tal modo que trates a la humanidad, ya sea en tu propia persona o en la de cualquier otro, nunca simplemente como un medio, sino al mismo tiempo como un fin". Aplicación que debe ponerse en duda más en el caso de Kant, pues dicho imperativo permite tratar a otros como medios si, y solo si, se les trata al mismo tiempo como fines, y el desarrollo de la obra nozickeana reducirá a las personas a medios para salvaguardar las propiedades. La herencia del imperativo categórico, en todo caso, le sirve a Nozick para construir su concepto de derechos, expresando que éstos imponen restricciones morales a los demás, en el sentido de que nadie puede afectarlos sin el consentimiento previo del individuo, pues hacerlo implicaría transgredir el imperativo aludido.

¹⁷² NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Inc., New York, 1974. Aquí sigo la traducción castellana de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, 1988, p. 43.

¹⁷³ NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, ob. cit., pp. 21 y ss.

La obra de Nozick de 1974 (*Anarchy, State and Utopia*), es una respuesta a las ideas liberal sociales de Rawls. Esta dividida en tres partes claramente distinguibles. La primera se encarga del Estado mínimo con la intención de legitimarlo. En la segunda se descalifica a todo Estado intervencionista, distribuidor de la riqueza, y se desarrolla la teoría de los derechos adquiridos por justo título o "entitlement theory"; y en la tercera argumenta que el Estado mínimo es el mejor espacio para impulsar los experimentos utópicos personales.

La primera parte denominada "Teoría del estado de naturaleza o como regresar al estado sin proponerse lo realmente", aborda las razones de por qué elaborar una teoría del estado de naturaleza, describe el proceso de formulación del Estado y el papel de los derechos fundamentales, construye una teoría de los riesgos para explicar la incorporación al Estado de los llamados "independientes", y termina fundamentando el Estado mínimo. Para él, el estado de naturaleza presenta los convenientes que Locke había visto en él, y sus inconvenientes se centran -como en el Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil- en la carencia de una instancia que vele por el respeto, satisfacción y garantía de los derechos naturales, aunque Nozick buscará en dicho estado, encontrar solución a esos

inconvenientes, y sólo acudiría al estado civil como último e irremediable recurso¹⁷⁴.

El Estado, por las razones arriba expuestas, no surge inmediatamente, sino que paulatinamente individuos egoístas irán formando asociaciones protectoras, cuya función principal será proteger los derechos de sus asociados estableciendo procedimientos de enjuiciamiento. La protección se extienda tanto a violaciones de derechos cometidos entre miembros como realizados por un no miembro en contra de uno que si lo sea¹⁷⁵. Las asociaciones protectoras crecerán, y seguramente, una de ellas absorberá a las otras y se convertirá en dominante. Habrá Estado cuando una de las agencias tenga el monopolio efectivo de la vis física y dote de protección a toda persona que habite en su territorio¹⁷⁶. Nozick a través de diversos argumentos - desde los "risky acts" o actos riesgosos hasta los de división de beneficios de intercambios- reducirá a los independientes a la agencia única, ahora, Estado mínimo¹⁷⁷.

¹⁷⁴ NOZICK, Robert, Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., p. 23.

¹⁷⁵ NOZICK, Robert, Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., pp. 24-28.

¹⁷⁶ NOZICK, Robert, Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., pp. 35-38.

¹⁷⁷ Existe un estudio, en lengua castellana, sobre los independientes en la obra de Nozick, en donde se critican los argumentos de Nozick. Ver Miguel Beltrán, "La falacia de los independientes: La fundamentación del Estado en Nozick", en Revista Sistema, número 78, Madrid, mayo de 1987, pp. 113-120.

La formación del Estado mínimo ocurre sin que nadie realmente lo intente, es decir, por un proceso de mano invisible¹⁷⁸. Lo que es criticable, pues no es dable deducir de ello, la legitimidad de tal Estado, en tanto que sólo los individuos son auténticos titulares de derechos, y no se explica como es posible que una agencia que tiene derechos derivados que le han sido transmitidos por los titulares, se convierta en dominante, a no ser que la explicación que se dé, sea exclusivamente por contar con un mayor poder fáctico, lo que muestra que la moralidad de Nozick, no se sustenta en razones, sino en la fuerza de dominación. Además que ésto hace dudoso su contractualismo, en tanto que no son las voluntades libres de los titulares las que generan el Estado, sino el proceso de mano invisible. Proceso que excluye el pacto porque admitirlo expresamente en la concepción de Nozick conllevaría a ampliar la base legitimadora-social del Estado¹⁷⁹. Lo que parece haber en Nozick es, en todo caso, una "empresa de acciones" o "club de protección", en tanto que de acuerdo con la primera denominación, lo que importa es la propiedad, y de conformidad con la segunda, que el Estado, club o agencia proteja ese derecho. El Estado mínimo no se ocupara de los bienes públicos o externalidades, y en ese sentido, la

¹⁷⁸ NOZICK, Robert. Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., pp. 30-35. Ver también GOODWIN, Barbara. El uso de las ideas políticas, traducción de Enrique Lynch, Ediciones Península, Barcelona, 1988, p. 61.

¹⁷⁹ RUBIO CARRACEDO, José. Paradigmas de la política, Editorial Anthropos, Barcelona, 1990, pp. 255-256.

división de Buchanan, entre Estado protector y productor es muy superior a la teorización reduccionista de Nozick.

En cuanto a los derechos, Nozick considera que se trata de restricciones laterales o indirectas que expresan la inviolabilidad de otras personas. "¿por que no se puede infringir esta inviolabilidad por un bien social mayor? Cada uno de nosotros, individualmente, escogemos, algunas veces, padecer algún dolor o un sacrificio para obtener un beneficio mayor o para evitar un daño más grande: vamos al dentista para evitar, a la postre, un sufrimiento peor; hacemos algún trabajo desagradable por sus resultados; algunos se someten a dieta para mejorar su salud o su aspecto; algunos ahorran dinero para mantenerse en la vejez. En cada caso, algún costo es impuesto en razón de un bien mayor superior. ¿Por que no sostener, de forma similar, que ciertas personas tengan que soportar algunos costos que beneficien a otras personas en razón de bien un social superior? Sin embargo, no hay ninguna entidad social con un bien, la cual soporte algún sacrificio por su propio beneficio. Hay solo personas individuales, diferentes personas individuales, con sus propias vidas individuales. Usar a uno de estos individuos en beneficio de otros es usarlo a él y beneficiar a otros. Nada más. Lo que ocurre es que algo se le hace a él por el bien de otros. Hablar de un bien social superior encubre esta situación (¿intencionalmente?). Usar a una persona en esta forma no

respeto, ni toma en cuenta suficientemente, el hecho de que es una persona separada, que esta es la única vida que tiene. El no obtiene algún bien predominante por su sacrificio y nadie está facultado a forzarle a esto —menos aún, el Estado o el gobierno que reclama su obediencia (en tanto que los otros individuos no) y que, por tanto, tiene que ser escrupulosamente neutral entre sus ciudadanos.¹⁸⁰ Como se ve, se trata de una crítica muy fuerte a las posiciones utilitaristas. Estos derechos laterales en la interacción social necesitan de contenidos. Los contenidos son las restricciones "límites libertarios" que incluyen el deber de no agredir físicamente a nadie y de no utilizar a nadie en beneficio de otro. Lo importante será el respeto a esos derechos, y moralmente es indiferente como se constituya un determinado sistema social.

¿Cómo legitima Nozick su Estado mínimo? Los capítulos siete, ocho y nueve¹⁸¹ de su obra están dedicados a dar respuesta a esta pregunta. El capítulo séptimo critica a todos aquellos estados que establecen pautas de justicia distributiva, el octavo rechaza cualquier función del Estado no relacionada con la protección de los derechos de propiedad, el noveno replantea la legitimidad de la democracia como procedimiento de deliberación colectiva.

¹⁸⁰ NOZICK, Robert, Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., pp. 44 y 45.

¹⁸¹ NOZICK, Robert, Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., pp. 153 y ss.

directa o representativa, que decida por mayoría -absoluta o simple- sobre las cuestiones que afectan a todos y cada uno de los ciudadanos.

La teoría de la justicia como titulación o "The Entitlement Theory", comprendida en el capítulo siete, se divide en tres rubros: Adquisición original de las pertenencia, transferencia de las pertenencia y rectificación de la injusticia en las pertenencias¹⁸². El primero de ellos se rige por el principio de "justicia en la adquisición". El segundo se rige por el "principio de justicia en las trasferencias". Para Nozick si el mundo fuera justo bastaría con estos dos principios: Una distribución sería justa si todos tienen título de las pertenencias que poseen bajo la distribución o si procede de otra distribución justa por medios legítimos. Este mecanismo procedimental que garantiza la justicia, requiere del tercer rubro: la rectificación de la injusticia en las pertenencias, a través del cual, históricamente debe probarse si la adquisición y la transferencia de los bienes se realizó a través de medios legítimos: compraventa y donación. La justicia que consiste en Nozick exclusivamente en el establecimiento de una justicia procedimental

¹⁸² BELTRAN, Elena, "Nozick, la justificación de la propiedad", Revista Sistema, Madrid, número 77, 1987, pp. 131-139. En este artículo Elena Beltrán analiza la teoría del título en sus tres fases: justicia en las adquisiciones, justicia en las transferencias, y el principio de rectificación.

encargada de verificar las adquisiciones y transferencias de bienes es muy criticable pues deja sin resolver una serie de preguntas: ¿Que se puede hacer para rectificar si existen dificultades en la identificación de las propiedades? ¿Cuales son las obligaciones de los que ocasionan injusticias hacia los que sufren? ¿Que ocurre cuando los beneficiados y lo perjudicados no son los participantes directos en el acto de injusticia? ¿Hasta donde podríamos remontarnos en el tiempo para rectificar? ¿Donde fijaríamos el principio de la Historia? ¿A partir de qué momento hay que exigir una justicia en la transmisión?

La crítica al estado distributivo, según lo apuntado, parte de la propia concepción de los derechos. Si el único derecho a respetar es el de propiedad (propiedad que debe ser entendida en el sentido lockeano, es decir, comprende la vida, la libertad y la propiedad en strictu sensu) luego entonces, el Estado no puede intervenir para distribuir, porque hacerlo sería tanto como tener una participación en las actividades y productos de otras personas, razón por la cual, los impuestos sobre la renta del trabajo personal son equiparados a una condena a trabajos forzados. Esta forma de entender la propiedad lleva a sostener, como manifiesta Elena Beltrán que los Estados finalistas (end-state principles) con pretensiones redistributivas conllevan a que los ciudadanos tengan una participación en el producto social total y esto para Nozick "es como tener una

participación en las actividades y productos de otras personas, es decir, sería un derecho de propiedad sobre los demás. Esto es inmoral porque implica una violación de los derechos individuales por parte del Estado, ya que sólo cabe justificar moralmente aquel tipo de Estado que se origina según el proceso descrito en *Anarchy State and Utopia*¹⁸³.

De la segunda parte de su libro y en concordancia con la teoría del título -como parte de ella- es relevante la teoría de la adquisición, en la que como Locke, la propiedad es resultado de un procedimiento de unión del trabajo del apropiador al objeto. En suma, la apropiación originaria se fundamenta en el mérito de cada uno. Aquí, no obstante, y como en otros muchos aspectos, Nozick se contradice, ya que si la justificación última de la propiedad es el esfuerzo personal: como aceptar la herencia en cuanto derecho absoluto e ilimitado. Al no poder dar respuesta clara a esta cuestión, Nozick, utilizó a su manera el argumento lockeano conocido como "Lockean proviso", que consiste en admitir como justa la apropiación originaria si se supone que se ha de dejar "tanto y de igual calidad para los demás", y digo que lo acomoda a su gusto porque este principio lo interpreta de la siguiente manera: cualquier adquisición será legítima si nadie resulta en peligro de perder su vida y mientras pueda mantenerse que, en general, nadie "sufr

¹⁸³ BELTRAN, Elena, "Nozick, la justificación de la propiedad", artículo citado, p. 133.

una pérdida neta' como consecuencia de la apropiación de otro. Nozick, nunca da una explicación clara de lo que ha de entenderse por "pérdida neta", y solo manifiesta que los que fueron incapaces de apropiarse de objetos nullius pueden y deben sentirse satisfechos de pertenecer a una sociedad donde continuamente se producen mas bienes que están a disposición de los consumidores¹⁸⁴.

La tercera parte de Anarchy, State and Utopia, "Un marco para la utopia", sostendrá que el Estado mínimo es el mejor espacio para realizar las utopias personales. En ese mundo no habrá dictadores, cada persona recibirá su contribución marginal al producto social, y hasta es posible que si todos lo consienten, se establezca algun principio de distribución. En ese mundo dorado todos respetarán la individualidad de cada cual, e intentarán profundizar en el desarrollo individual propio¹⁸⁵. Se trata de encontrar un marco para la utopia dentro del liberalismo extremo, buscar un "calor popular" para el liberalismo, de intentar conciliar la libertad e igualdad como lo puede hacer el socialismo democrático o determinadas tendencias liberal-sociales. Situación evidentemente destinada al fracaso en el liberalismo tipo Nozick pues está orientado a la "positividad del aquí y ahora, esto es, a la consideración

¹⁸⁴ NOZICK, Robert, Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., pp. 196 y ss.

¹⁸⁵ NOZICK, Robert, Anarquía, Estado y Utopía, ob. cit., pp. 287 y ss.

primaria del individuo concreto y sus derechos"¹⁸⁶ y difícilmente con estos elementos puede formularse una utopía.

¿Qué crítica hacer a Nozick? Se pueden señalar dos incoherencias en su teoría: Primera. El fundamentar el Estado no en la voluntad de los individuos, sino en los poderes facticos de la mano invisible. Segunda. Su teoría de las adquisiciones está tan lejana del pensamiento de Locke, y es tan poco consistente, en especial cuando alude a la justificación de las herencias, y a su vago concepto de "pérdidas netas", que no legitima, no digo su Estado mínimo, sino ni siquiera su propia teoría del título. Sin repetir la acida crítica de Javier Muguerza, debe reconocerse que la obra de Buchanan es muy superior a la de Nozick en cuanto a consistencia, y no se diga la de Rawls¹⁸⁷.

¹⁸⁶ RUBIO CARRACEDO, José. Paradigmas de la política. ob. cit., p. 272.

¹⁸⁷ MUGUERZA, Javier. "Entre el liberalismo y el libertarismo ...", ob. cit., p. 35. Dice este autor que "la obra de Nozick no pasa en el mejor de los casos de una pieza secundaria de literatura filosófica tan banal unas veces como pedante otras, en ocasiones simultáneamente, además de rampionalmente provinciana casi siempre. La misma incommensurabilidad, para acabarlo de decir todo, que separa a sus clásicos: Kant para Rawls y, para Nozick, ni tan siquiera Locke, sino Ayn Rand".

III. 5. Rawls: El contractualismo liberal-social.

Rawls. es el iniciador del interes por la filosofia política. su obra¹⁸⁸ representa un hito fundamental en el

¹⁸⁸ El pensamiento de Rawls desde su obra "Outline of Decision Procedure for Ethics" de 1951 a "Justice as Fairness: Political, not Metaphysical" de 1985, ha sido abundantemente comentada por autores en castellano. Entre los que cito a: Aguila R. del y Vallejo, F. "Sobre Rawls y Habermas", Zona Abierta, número 31, 1984; Agra Romero, M. J., "¿Es la versión castellana de A Theory of Justice una versión modificada?", Teorema, XIII, 1985; Agra Romero, M. J., "Rawls: el sentido de la justicia en una sociedad democrática", Universidad de Santiago de Compostela, 1985; Alba Tercedor, C. R. y Vallejo, F., "El neocontractualismo de A Theory of Justice de John Rawls: Una introducción a la literatura", Revista de Estudios Políticos, número 5, 1979; Albi, E., "La Teoría de la justicia de Rawls y el criterio redistributivo maxi-min", Revista Española de Economía, 4, 1974; Camps, V., "El velo de la ignorancia de John Rawls", en La imaginación ética, Seix Barral, Barcelona, 1983; Giorello G. y Mondadori, M., "El utilitarismo como filosofía de cambio", Zona Abierta, 30, 1984; González Soler, M. D., Fundamentos, análisis y crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls, Ed. de la Universidad Complutense, Madrid, 1985; Herera Flores J., "La participación política de John Rawls y el concepto de participación democrática", Revista de las Cortes Generales, número 5, segundo cuatrimestre, 1985; Jiménez Redondo, M., "A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls a Theory of Justice", Revista Teorema XI, 1981; Martínez García J. L., La Teoría de la Justicia en John Rawls, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; Pontara G., "Neocontractualismo, socialismo y justicia internacional", en N. Bobbio, G. Pontara y S. Veca, Crisis de la democracia, Editorial Ariel, Barcelona, 1985; Porras Nadales, A. J., "Contractualismo y neocontractualismo", Revista de Estudios Políticos, número 41, 1984; Rodilla M., A., "Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza", Anuario de Filosofía del Derecho, nueva época, número 2, 1985; Rubio Carracedo J., "Constructivismo, utopía y ética: La legitimación ética del poder", en Revista de Estudios Políticos, número 40, 1984; Thiebaut C., "Las racionalidades del contrato social: Kant en Rawls", Zona Abierta, número 32, 1984; Wolff, R. P., "Para comprender a Rawls... Una reconstrucción y una crítica a la teoría de la justicia, versión castellana de M. Suárez, F.C.E., México, 1981; Rawls John, A Theory of Justice, Belknap Press (Cambridge-Mass., 1971), Edición definitiva: Harvard University Press (Cambridge- Mass. 1972).

pensamiento filosófico, pues las tesis que deriende en "Una Teoría de la Justicia" son producto de una serie de artículos publicados desde 1951 hasta la actualidad, por lo que se puede decir que la obra rawlsiana permanece aún inacabada, y que "Una Teoría de la Justicia" es una obra básica pero no la definitiva o terminal. La posición rawlsiana es sólida precisamente por haber sometido sus trabajos a la crítica especializada, haber sopesado tales críticas y continuamente haber matizado las posturas en beneficio de una construcción sólida y argumentalmente defendible.

Los trabajos rawlseanos reniegan del "egoísmo ético", del utilitarismo, del perfeccionismo, del intuicionismo, del realismo a ultranza, y hasta de la filosofía analítica tradicional. Rawls se propone elaborar una alternativa teórica a las éticas utilitaristas e intuicionistas, mediante la revitalización del contractualismo, y con ese elemento, entre otros, ofrecer una solución de síntesis a la persistente confrontación de libertad e igualdad, gracias a su concepto de persona moral. Su proyecto pretende unificar la moral, el derecho, la política y la sociedad, a través de un horizonte utópico: el del consenso público sobre la "sociedad bien ordenada". Para ello Rawls, apelará a las ciencias del momento y a las teorías más sofisticadas: La racionalidad económica, la teoría de los juegos, la teoría

de la decisión. etc., lo que presta al modelo su credibilidad y ambigüedad características.

Rechaza el "egoísmo ético"¹⁸⁹, pues niega que se tengan razones para promover nuestro propio bienestar pero no el de otros. En cambio acepta cierto igualitarismo al admitir entre los bienes primarios, además de la libertad, el bienestar económico para todos, en especial para los más necesitados, y la libertad de oportunidades. Además, "un rasgo de la justicia como imparcialidad es el pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados"¹⁹⁰.

Del utilitarismo, Rawls nos dice que no considera seriamente la distinción entre las personas¹⁹¹. Por ello, la tesis rawlsiana busca: "afianzar el sentido del propio valor de la persona y consiguientemente la posibilidad de realizar su plan racional de vida elegido libremente y teniendo como base la igualdad de todos, el derecho igual. La caracterización de la personalidad moral pone de relieve la integridad (capacidad de sentido de justicia) y la libertad (capacidad de sentido del propio bien). A nivel individual,

¹⁸⁹ La expresión "egoísmo ético" y el significado que de la misma he usado, puede verse en David Lyons, *Ética y Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, primera edición, 1986, pp. 120-121.

¹⁹⁰ RAWLS John, *Teoría de la justicia*, edición en castellano, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 31.

¹⁹¹ RAWLS John, *Teoría de la justicia*, ob. cit. p. 46

pues, la capacidad de sentido de justicia corresponde a la esfera del derecho y la justicia, la capacidad de proyectar un plan de vida racional corresponde al bien. En Rawls la reciprocidad constituye el marco para una cooperación justa que preserve el autorrespeto y la autoestima de todos sus miembros y de ahí que el respeto mutuo sea el soporte de la reciprocidad. Por esta razón Rawls afirma que justicia y bondad son congruentes¹⁹². El utilitarismo es descartado en "Una Teoría de la Justicia" de manera insistente. Rawls dirá que para un utilitarista lo que importa son los deseos y su satisfacción, y que la justicia es algo secundario, en dónde y de existir, la sociedad utilitarista no sería un esquema cooperativo para ventajas mutuas, sino una sociedad con ganadores y perdedores, en la que interesa la suma total de satisfacción, desapareciendo el individuo bajo las cifras globales¹⁹³.

Respecto del perfeccionismo, Rawls manifiesta que los tipos de perfección se imponen apriorísticamente justificando privaciones de libertad, en tanto que el

¹⁹² AGRA ROMERO, Ma. José. J. Rawls: El sentido de la justicia en una sociedad democrática. U. de Santiago de Compostela, 1985, p. 31.

¹⁹³ RAWLS John. Teoría de la justicia, ob. cit. pp. 214 y ss. Una reciente defensa al utilitarismo se puede encontrar en Martín Diego Farrel. Utilitarismo, Ética y Política, A. Perrot. Buenos Aires, 1985, pp. 225 y ss. Ver también en Hart. "Entre el principio de utilidad y los derechos humanos", traducción de M. Dolores González, F. Laporta y Liborio Hierro, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 58, 1980, pp. 7 y ss.

perfeccionismo sostiene que es misión del estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana. Rawls teme el perfeccionismo por opinar que se puede llegar a un Estado ético, o cuando menos paternalista¹⁹⁴. Este argumento debe, sin embargo, matizarse con el propio pensamiento rawlsiano, y en relación al principio de autonomía que se maneja, es decir, a un tipo de autonomía de carácter "social" que no puede ser identificable absolutamente con la autonomía kantiana, en tanto que en Kant el principio de autonomía se origina en cada persona en particular, y en Rawls en un agente colectivo, es decir, los principios de justicia se establecen por los ciudadanos con determinadas condiciones, circunstancias y requisitos, trascendiendo por tanto el individualismo kantiano y la pureza de dicha autonomía. Rawls señala esto más claramente cuando dice: "Aunque considero la concepción de la justicia como equidad como una concepción kantiana, difiere de la doctrina de Kant en importantes aspectos. Hago notar aquí que la concepción de la justicia como equidad asigna cierta primacía a lo social, esto es, el primer objeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad, y los ciudadanos tienen que llegar en primer lugar a un entendimiento público sobre una concepción de la justicia aplicable a este objeto. Este entendimiento se interpreta a través del acuerdo unánime de las partes en

¹⁹⁴ MARTINEZ G., Jesús I., La teoría de la justicia en John Rawls, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 53.

la posición original. En contraste con ello el tratamiento kantiano del imperativo categorico se aplica a las máximas personales de individuos sinceros y conscientes en la vida diaria. Claro que en el proceso de poner a prueba esas máximas tenemos que comparar mundos sociales, esto es, comparar el mundo social que resulta cuando todos siguen la máxima propuesta, como por ley natural, con el mundo social en el que se sigue la máxima contradictoria de aquella. Pero esta comparación de mundos sociales se emprende individualmente por cada persona y al objeto de juzgar una determinada máxima personal. Así pues, Kant procede a partir del caso particular, e incluso personal, de la vida diaria, y da por supuesto que este proceso, llevado correctamente, proporcionaría a la larga un sistema coherente y suficientemente completo de principios, incluyendo principios de justicia social. La concepción de la justicia como equidad se mueve en la dirección totalmente opuesta: su construcción parte de un acuerdo colectivo, unanime, regulador de la estructura básica de la sociedad, dentro de la cual todas las decisiones personales y asociativas han de hacerse de conformidad con este compromiso previo ¹⁹⁵.

Además debe tenerse en cuenta la distinción rawlsiana entre autonomía plena y racional. La autonomía racional es

¹⁹⁵ RAWLS John. "Kantian Constructivism in Moral Theory". *The Journal of Philosophy*, 77, sep. 1980, pp. 515-572. Rawls John. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia, Ed. Tecnos, 1986, pp. 169-170.

propia de la posición original y sirve para elegir los principios de justicia. La autonomía plena es propia de la sociedad bien ordenada y nos manda actuar conforme a los principios de justicia. En este sentido, el tema del perfeccionismo debe analizarse en Rawls siempre en concordancia con los principios de justicia acordados en la posición original, pues pretender entenderlo de otra forma sería desvirtuar su pensamiento. Sin embargo, lo que queda claro, es el carácter procedimental puro de la justicia, y la negativa rawlsiana a establecer o señalar conceptos de excelencia humana predeterminados, aunque por otra parte, es de mencionarse que la concepción de libertad en la sociedad bien ordenada debe realizarse respetando invariablemente los dos principios. No existe una concepción del bien que sea vinculante, y los principios de justicia han de entenderse como el marco para que cada uno realice su propio proyecto y plan de vida.

Sobre el intuicionismo, Rawls entiende que en la intuición no hay un conocimiento, sino un desconocimiento. En el intuicionismo hay destellos de verdad, de ideas intuitivas que aparecen sin llegar a articularse, rasgos confusos y fragmentarios, e incluso contradictorios. Rawls entenderá que de ellos podemos prescindir, pero que tenemos que ir más allá intentando buscar algo que los abarque y les de unidad. "Una Teoría de la Justicia" tiene que explicar nuestras convicciones de sentido común, pero no

quedándose en ellas. Rawls, parte de una idea o noción intuitiva de la posición original¹⁹⁶, pero desarrolla tal noción y profundiza en ella, a través del equilibrio reflexivo que consiste en un proceso de ajuste y reajuste entre los principios de justicia, hasta que se logra una perfecta concordancia o conformidad entre ellos, obteniendo juicios bien meditados y madurados. Como dice Vallespín Oña: "Rawls no se identifica con el intuicionismo. Con el equilibrio reflexivo no pretende que estemos todos de acuerdo con todas y cada una de sus premisas, sino, simplemente, que seamos capaces de razonar conjuntamente sobre determinados problemas morales dentro de un determinado procedimiento donde han de ponerse a prueba los juicios éticos que intuitivamente son considerados como los más razonables, ya sea porque los hemos heredado de una determinada tradición histórica, o porque son los más congruentes con un orden moral concreto del que todos participamos por una común educación o cualquier otro motivo. En esto es bastante claro al negar su identificación con el intuicionismo"¹⁹⁷.

Del utopismo, que decir de la obra de Rawls. ¿Es Rawls un pensador utópico? Para algunos, por ejemplo, Ma. José

¹⁹⁶ RAWLS John, Teoría de la Justicia, ob. cit., p. 37, 52 y ss.

¹⁹⁷ VALLESPIN OÑA, Fernando, Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 88.

Agra Romero. John Rawls no es utópico porque busca establecer unos principios que sirvan de guía para la reforma de la sociedad¹⁹⁸. Otros, consideran que la concepción política que Rawls deriva de la posición originaria resulta irreal por contar ya con un acuerdo unánime sobre lo justo, de manera que uno de los principales objetivos de la política en las sociedades actuales no ha dejado de ser un problema¹⁹⁹. Carlos Alba Tercedor y Fernando Vallespin sostienen que el contractualismo rawlsiano cumple con la función de ser un mecanismo normativo y justificador para enjuiciar las instituciones básicas de la sociedad y orientar la práctica, razón por la que la obra rawlsiana tiene poco de utópica²⁰⁰. José Rubio Carracedo menciona que el contractualismo rawlsiano forma parte de la tradición utópica, especialmente en la elaboración de la sociedad bien ordenada²⁰¹. ¿Qué pensar entonces ante juicios tan dispares?

Para empezar es conveniente distinguir entre dos significados del término utopía. Un significado lato nos

¹⁹⁸ AGRA ROMERO, Ma. José. J. Rawls: El sentido de la justicia en una sociedad democrática, ob. cit., p. 13.

¹⁹⁹ MARTINEZ G. Jesus I., La teoría de la justicia en John Rawls, ob. cit., p. 167.

²⁰⁰ ALBA TERCEDOR, Carlos R. y VALLESPIN, Fernando. "El neocontractualismo de Theory of Justice de John Rawls: Una introducción a la literatura", Revista de Estudios Políticos, número 8, Madrid, 1979, p. 235.

²⁰¹ RUBIO CARRACEDO, José Rubio, "Constructivismo, utopía ética: La legitimación ética del poder", Revista de Estudios Políticos, número 40, julio-agosto, 1984, p. 139.

dice que utopía implica que cualquier construcción teórica que proponga un sistema social o forma de Estado en consonancia con determinados valores o principios en donde se realice la armonía, la convivencia o cualquier otro valor es utópica. Por otra parte, la expresión utopía, también puede restringirse a una construcción teórica, cerrada, invariable, perfeccionista, que estima su formulación como única e irreductible, y que además carece de posibilidad real de concretarse. ¿En qué sentido ubicar la obra de Rawls? Creo que en el primer sentido, al que le llamo positivo. Rawls no busca determinar los planes y proyectos de vida de cada uno sino que acordados los principios de justicia, los ciudadanos tienen amplio margen para optar por el que quieran, y de modificarlo todas las veces posibles, si lo desean. Los principios de justicia en este esquema sólo son instrumentos para resolver las controversias sociales, y para permitir el desarrollo de cada persona. El interés rawlsiano se centra en el establecimiento de pautas, a través de las cuales, enjuiciar la legitimidad de las sociedades democráticas desarrolladas, y para justificar un adecuado Estado Social²⁰². Además, en la revisión que Rawls hizo de su obra, en 1980, se determina que la teoría de la justicia propuesta, no atiende a un problema epistemológico, pues no se trata de encontrar la verdad moral fijada de antemano por un orden ontológico y axiológico, sea de origen

²⁰² Un análisis de las utopías occidentales puede verse en Ramón García Cotarelo, Las utopías en el mundo occidental, Universidad Menéndez Pelayo, España, 1981.

divino o natural, sino de encontrar una base razonable para conseguir un acuerdo fundado en nuestras convicciones más firmes y críticas sobre el hombre y la sociedad. El constructo, así concebido, no es dable conciliarlo con la utopía en el sentido negativo, sino con una utopía que persigue una reforma en la sociedad.

En cuanto a la filosofía analítica tradicional, Rawls no cultiva el análisis del lenguaje moral, ni tampoco reduce la ética a la metaética. La posición política que utiliza, es en el sentido de una "cristalización de la concepción dialógica de la racionalidad", en donde evidentemente hay una vuelta a los problemas reales recuperando una dimensión normativa que da respuesta a cuestiones tales como lo bueno, lo justo. La filosofía rawlsiana se independiza de las tradiciones filosóficas en boga en el siglo XX. Adquiere solidez buscando un procedimiento de decisión para la ética, y apoyándose en el contrato, perfecciona el constructo para salvaguardar por igual la supremacía de la libertad y de la igualdad a través del concepto roussoniano-kantiano de la persona moral. Los esquemas clásicos de la filosofía analítica son superados por el sentido moral de una teoría que ahonda sus bases en el proyecto de la Ilustración, y que recupera y revitaliza el papel de la razón humana en planos distintos a los del lenguaje o de la metaética, aunque sin prescindir de ellos²⁰³.

²⁰³ RAWLS, John. Justicia como equidad. Materiales de la obra cit., p. 122.

Vistos estos rasgos metodológicos de la obra rawlsiana, cabe describir su contractualismo, las revisiones que le ha imprimido a lo largo de las sucesivas respuestas a sus críticos, y la viabilidad del modelo para explicar y fundamentar un Estado social-democrático.

El contractualismo rawlsiano intenta fundamentar unos principios de justicia aplicables a la estructura básica de la sociedad que definan el sistema de expectativas fundamentales públicamente sancionadas. En contraste con los derechos individuales de Nozick, los principios de justicia no son propuestos ni postulados; y a diferencia del contrato constitucional de Buchanan, no son resultado de una negociación, son el producto de un acuerdo hipotético alcanzado con arreglo a un procedimiento en el que no estamos representados como individuos particulares, sino como personas morales libres e iguales en cuyas deliberaciones carecen de influencia presiones institucionales e intereses empíricos. Estos principios son fruto, pues, de un consenso de fondo cuyo cumplimiento nos permite apreciar nuestras relaciones sociales no como el efecto de la coerción natural o de la violencia institucional, sino como una forma de cooperación voluntaria, de tal suerte, que el individualismo de un Nozick o un Buchanan sea trastocado por un individualismo cooperante y solidario. En la obra de Rawls hay tres

momentos o partes nodales que nos permiten conocer la estructura de sus construcción: la concepción de la persona, la posición originaria, y la sociedad bien ordenada.

¿Cómo concibe Rawls a las personas? Rawls lo dice tanto en "Una Teoría de la Justicia" como en sus "Dewey Lectures" de 1980. En "Una Teoría de la Justicia", precisa las características de las personas morales: "La primera, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de su bien (expresada por un proyecto racional de vida); y segunda, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de la justicia, un deseo normalmente eficaz de aplicar y de actuar según los principios de la justicia, por lo menos hasta un cierto grado mínimo"²⁰⁴. En las "Dewey Lectures", lo vuelve a decir en otras palabras cuando señala que las personas son libres e iguales, capaces de actuar razonable y racionalmente; en donde lo racional implica la noción del bien, es decir, de proyectar y tener planes de vida; y lo razonable, entraña la idea de perseguir nuestro bien de acuerdo a principios de equidad y de justicia. Es decir, Rawls, elabora un ética deontológica que subordina el bien a la justicia²⁰⁵, pero no por ello se

²⁰⁴RAWLS John, Teoría de la Justicia, ob. cit. pp. 557-558.

²⁰⁵ RAWLS John, Teoría de la Justicia, ob. cit. pp. 565 y 566. Es conveniente señalar que la teoría de la justicia no agota la ética. El análisis completo del hombre desde el punto de vista moral supondría según Rawls una teoría de la rectitud. La moral, además no se limita a nuestra conducta y actitudes en relación con las demás personas, sino que se extiende a los animales y al resto de la naturaleza.

despreocupa del bien, al contrario, en su teoría edifica a una especie de infraestructura necesaria para que podamos realizar nuestros planes de vida, dicha infraestructura la constituyen los bienes primarios que deben ser poseídos por todos, y que comprenden tanto bienes naturales como sociales: ejemplo: derechos, libertades, oportunidades, poderes, ingresos, riquezas, autoestima, etc.

Concebida así la persona, y teniendo en mente que es necesario encontrar unos principios de justicia que distribuyan los derechos y deberes fundamentales, y determinen la división de las ventajas provenientes de la cooperación social con el propósito de establecer una sociedad bien ordenada, es preciso, contemplar un mecanismo que nos muestre tales principios, pues ocurre que lo que llamamos justicia, encubre muchas veces cuestiones de interés. Teóricamente, y a fin de localizar los principios de justicia, Rawls recurre a la hipotesis de la posición original o inicial, elaborando un procedimiento puro²⁰⁶. La

²⁰⁶ LYONS, David, *Ética y Derecho*, ob. cit., pp. 130-140. En esta obra David Lyons comenta el procedimiento puro de la obra rawlsiana, distinguiéndolo de uno "perfecto" y de otro "imperfecto". Sobre el procedimiento puro dice: "Podemos reconocer cuales son los principios mutuamente aceptables si aplicamos a nuestra situación unos mínimos baremos de moralidad. Debemos buscar principios generales que se pueden aplicar a todos los casos y no están hechos a medida en beneficio de nuestros propios intereses. También necesitamos un procedimiento imparcial para seleccionarlos, que tenga en cuenta que cada persona es libre por esencia y merece la misma consideración que los demás. Gracias a la imparcialidad hallaremos un procedimiento que nos permita comparar varias concepciones alternativas de justicia.... Carecemos de una idea fija sobre cuál ha de ser el resultado correcto; mas bien es la imparcialidad del procedimiento lo

posición originaria se justifica como vehículo para arribar al acuerdo sobre los principios de justicia. La justicia se concibe "como un pacto entre egoístas racionales, cuya estabilidad depende de un equilibrio de poder y una similitud de circunstancias".²⁰⁷ ¿Pero como conceptualizar la concepción originaria? Se suele sintetizar así: las partes aparecen motivadas para promover su concepción del bien, pero sometidas a una serie de condicionantes formales que les fuerzan a mantenerse en el umbral de la imparcialidad. Los límites formales son de dos tipos: las condiciones formales del concepto de lo justo y el velo de la ignorancia. Por condiciones formales del concepto de lo justo se entienden aquellas limitaciones que son necesarias no sólo para escoger los principios de la justicia, sino todo principio ético, en especial, toda prescripción normativa con pretensión de generalidad: Deben ser generales, universales, públicos, reguladores de pretensiones antagonicas, y deberan además ostentar el carácter de última instancia justificadora del razonamiento práctico. El velo de la ignorancia por su parte, implica que las partes no saben el lugar social que ocupan, su status o clase social, desconocen sus habilidades, su concepción del bien, los detalles o las particularidades de sus planes de vida, los distintos aspectos concretos de su psicología, la que asegurará un resultado imparcial, como en el caso de una lotería bien planificada ...".

²⁰⁷ RAWLS John, Justicia como Equidad. Materiales para una teoría de la Justicia, ob. cit., p. 36.

generación a la que pertenecen o los accidentes concretos a los que se halla sometida su sociedad. sólo conocen hechos generales, es decir, conocimientos sobre sociología, antropología, psicología, economía, en definitiva de las ciencias, aunque el mismo Rawls aclara que en este ambiente de abstracción el único hecho particular que conocen las partes es que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia²⁰⁸. Por otra parte, es necesario aclarar que los sujetos de la posición originaria no son personas sin más, sino lo que Rawls llama "personas duraderas" (jefes de familia o líneas genéticas), es decir, personas con un determinado supuesto motivador consistente en que no se interesan exclusivamente por sí mismos sino también por las futuras generaciones, es decir, representan líneas continuas de demandas, como si actuaran por personas o instituciones duraderas. Una vez que se tienen todos estos datos previos, y otros —como el de la igualdad de las partes (todos tienen los mismos poderes y derechos en el proceso de toma de

²⁰⁸ RAWLS John, Teoría de la Justicia, ob. cit. Sobre el velo de la ignorancia ver las páginas 163-169. Respecto a las circunstancias de la justicia consultar las páginas 152 y siguientes. Las circunstancias de la justicia hacen posible y necesaria la sociedad, son datos empíricos que nuestro autor recoge de la tradición empirista de Hume y de otros autores contemporáneos como Harsanyi. Estas circunstancias pueden ser objetivas y subjetivas. Entre las objetivas se mencionan la coexistencia de los individuos, su igualdad aproximada en fuerza, y la escasez moderada. Entre las subjetivas destaca que los intereses de las personas son semejantes o complementarios, por lo que es posible un acuerdo para el beneficio mutuo, además, de que tienen diferentes planes de vida que pueden entrar en conflicto, y requieren ponerse de acuerdo; y, finalmente, poseen ideas diversas sobre lo justo, que es otro factor de conflicto.

decisiones. no existen ventajas o privilegios para nadie): o el del cumplimiento u observancia de las reglas a aprobar; y la autonomia racional (que significa que son autonomos en el sentido de que las partes, al entrar a la deliberación, no están vinculadas ni sometidas todavía a ningún principio de la justicia. no poseen ninguna concepción de la justicia dada con anterioridad a la misma presentación de las alternativas, y han de elegir según los dictados de su racionalidad)- se pasa a la decisión de los principios de justicia. ¿Como se realiza la decisión? Rawls aqui emplea la teoría de la decisión racional y la teoría de los Juegos, y la llamada regla del maximin que aconseja elegir aquella línea de acción cuyo peor resultado sea mejor que los de las demás. De esta forma las partes combinando su ignorancia sobre los hechos propios y su conocimiento sobre los hechos generales, temiendo siempre lo peor (pues puede ocurrir que la posición propia sea la menos afortunada) elegiran no lo que quieren, en tanto que no conocen sus intereses particulares, sino lo que deben, es decir elaboran los principios de justicia sobre una ética deontológica²⁰⁹. Los principios de justicia elegidos obedecen a dos concepciones: La general y la especial. Según la concepción general: "Todos los bienes sociales primarios -libertad, igualdad de

²⁰⁹ Una de las criticas mas fuertes que se ha hecho a Rawls estriba en señalar el dudoso carácter kantiano de sus principios de justicia, en tanto que en Kant, como hemos de recordar, el hombre actua moralmente sólo si lo hace por puro respeto al deber, y no por cualquier otra motivación, y en Rawls, los individuos son una mezcla de interés y desinterés.

oportunidades, renta, riqueza, y las bases del respeto mutuo, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno ó de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados". La concepción especial contempla dos principios: "Primer principio. Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos. Segundo principio. Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades"²¹⁰. Los principios tienen a su vez normas de prioridad: "Primera norma de prioridad (la prioridad de la Libertad). Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad misma. Hay dos casos: a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos; b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptada por aquellos que detentan una libertad menor. Segunda norma de prioridad (la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar). El segundo principio de la justicia es lexicográficamente anterior al

²¹⁰ RAWLS, John, Teoría de la Justicia, ob. cit., pp. 340 y 341.

principio de la eficacia, y al que maximiza la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos: a) La desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos; b) una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga"²¹¹.

La enunciación de los principios y su prioridad lexicográfica ha sido modificada por el mismo Rawls en posteriores revisiones que más adelante se comentarán. Además en "Una Teoría de la Justicia", se sostenía que la concepción general se aplicaba cuando no se hubiese alcanzado un suficiente grado de desarrollo económico que permitiera arribar a un igual disfrute de libertades, lo que implicaba que la concepción especial era vigente exclusivamente en el caso de que se encontrara satisfecho el crecimiento económico. Así, la concepción general admitía vulnerar el principio de prioridad de la libertad a favor de la consecución de un mínimo de riqueza²¹². No obstante esto, Rawls ha manifestado en sus últimas revisiones, que "Una Teoría de la Justicia" es una teoría aplicable sólo a las

²¹¹ RAWLS, John, Teoría de la Justicia, ob. cit., p. 341.

²¹² RAWLS, John, Teoría de la Justicia, ob. cit., pp. 598 y ss.

sociedades democráticas con un alto grado de desarrollo económico²¹³.

Una vez elegidos los principios de la justicia, los contratantes entran en una convención constitucional para concretar y desarrollar los principios de justicia, posteriormente se sigue una etapa legislativa, y finalmente se pasa a la fase de aplicación de la ley. Al concluir estamos frente a una sociedad bien ordenada con un debido funcionamiento de las instituciones justas en donde los individuos pueden realizar sus planes y proyectos de vida con plena autonomía. La sociedad bien ordenada, es "una sociedad en la que todos aceptan y saben que los otros aceptan los mismos principios de la justicia, y las instituciones sociales básicas satisfacen y se sabe que satisfacen estos principios"²¹⁴.

La anterior y apretada descripción de la teoría de la justicia de Rawls ha sufrido importantes revisiones, siendo las más importantes, de la 1980 y la de 1985²¹⁵. En la revisión de 1980, Rawls expresa como propósito fundamental

²¹³ RAWLS, John. "Justice as Fairness: Political, not Metaphysical". *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, 223-251.

²¹⁴ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pp. 501 y 502.

²¹⁵ RAWLS, John. "Kantian constructivism in Moral Theory". *The Journal of Philosophy*, 77, sep. 1980, 515-572; Rawls, John. "Justice as Fairness: Political, not Metaphysical". *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, 1, 223-251.

desprender la estructura de la doctrina de Kant de sus bases en el idealismo trascendental para darle una interpretación procedimental por medio del constructo de la posición original. Rawls pasa revista al concepto de "bienes primarios", clarifica la distinción entre autonomía racional y plena o la distinción entre lo racional y lo razonable, distingue el modelo liberal-social del modelo liberal-radical, limita su modelo a las sociedades democráticas modernas, y advierte que su teoría y la objetividad de los principios de la justicia descansan en un procedimiento constructivista puro.

La revisión de 1985, tiene un doble propósito: replantear la teoría de la justicia de modo que se eviten las implicaciones "filosóficas y metafísicas", pues en una democracia constitucional, la concepción pública de la justicia debe ser independiente de controversias filosóficas y religiosas; y por otra parte, hacer una explicación de ciertos aspectos de la concepción política de la justicia. Rawls con esta revisión establece que su pretensión no es encontrar un procedimiento de decisión para la ética, sino presentar un procedimiento de decisión para la filosofía política, y además precisa que la teoría de la justicia como él la concibió, solo puede ser practicable en una democracia constitucional. En esta revisión, Rawls ofrece una nueva redacción de los principios de la justicia: "1. Cada persona tiene un derecho igual a un esquema plenamente adecuado de

iguales derechos y libertades básicas, compatible con un esquema similar para todos. 2. Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primera, que estén anejas a oficios y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una real igualdad de oportunidades; y segunda, han de redundar en el mayor beneficio de los menos aventajados miembros de la sociedad²¹⁶. Esta redacción y su inversión de prioridades no deja de ser significativa, ya que traduce la acentuación del componente liberal a expensas del componente social de su teoría. Lo que resulta criticable, pues con los actuales elementos es difícil que el valor de la igualdad permanezca en equilibrio con el de la libertad, razón que sin duda motivó el que Habermas señalara distancias respecto a Rawls por el excesivo formalismo de este²¹⁷.

Lo anteriormente expuesto ha provocado que algunos autores niegen la eficacia del modelo rawlsiano para justificar un Estado de carácter democrático-social. Luis Prieto Sanchis²¹⁸ considera insuficiente la jerarquización de los principios rawlsianos, pues a su juicio, como la

²¹⁶ RAWLS, John, "Justice as Fairness: Political, not Metaphysical", artículo citado, p. 227.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen, Conciencia moral y acción comunicativa, Península, Barcelona, 1985, pp. 86-88.

²¹⁸ PRIETO SANCHIS, Luis, "Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas", en Anuario de Derechos Humanos, número 4, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, pp. 291 y ss.

libertad tiene prioridad sobre la igualdad, los derechos económicos, sociales y culturales quedan reducidos a un segundo plano perdiendo en cierta forma su carácter de derecho. Compartiendo en parte la crítica del profesor Prieto, es opinable que el modelo rawlsiano deje sin fundamento a los Estados democráticos sociales, pues la viabilidad del constructo solo es posible avanzando las libertades políticas en un sistema de intercambio de opiniones, y con partidos transparentes y democráticos, en donde no es improbable que el juego político produzca una sociedad más igualitaria, con vigencia de derechos económicos, sociales y culturales. Además, no deben perderse de vista los elementos del resto de la teoría rawlsiana como los conceptos de "autorrespeto" e "igualdad efectiva de derechos políticos", así como los de participación política. Si bien, Rawls nos ha desilusionado respecto a la aplicación de su teoría a otro tipo de sociedades que no sean las democráticas desarrolladas, no deja de ser su elaboración, un gran esfuerzo dentro de la filosofía política, y una veta útil a la hora de proyectar análisis sobre las sociedades sub-desarrolladas o en vías de desarrollo, así como en las relaciones norte-sur, pues el aporte rawlsiano hizo hincapié en los elementos normativos del contractualismo, rescatándolos y poniéndolos al día y mostrando con buenos ejemplos teóricos el potencial de una corriente filosófica que ya se pensaba irremediablemente olvidada.

III. 6. El reto del neocontractualismo.

El neocontractualismo rawlsiano que buscaba conciliar los valores de libertad e igualdad no consiguió del todo sus propósitos. Las razones de ello podrían localizarse en su incorrecto tratamiento de los derechos fundamentales, en la prioridad lexicográfica de los principios que defiende Rawls. La tarea en la profundización de la veta filosófico-política del neocontractualismo debe partir de una fundamentación y de un concepto de derechos humanos que se genere desde el análisis de las necesidades humanas.

Para muchos este no es un problema. Así Norberto Bobbio sostiene que la cuestión de la fundamentación no es trascendente, pues existe ya un consenso universal sobre los mismos plasmado en la declaración universal de los derechos humanos de 1948, y en subsiguientes documentos y tratados internacionales sobre la materia²¹⁹. Opinión poco profunda y atinada, dado que si se deja a la libre voluntad del legislador nacional o internacional modificar o desconocer los derechos humanos no es impensable el que éstos se modifiquen o desconozcan, y ejemplos históricos sobran: La caída de la República de Weimar o el tránsito de la democracia a la dictadura en el Chile de Pinochet. Por

²¹⁹ BOBBIO, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos", en Anuario de Derechos Humanos, número 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 9.

tanto, no es ocioso el preguntarse por el fundamento y concepto de los derechos humanos, máxime en un momento que la doctrina política mundial más desarrollada liga la idea de legitimidad política con la de los derechos humanos. Ernesto Garzón Valdes²²⁰ ha elaborado una teoría que hace descansar la justificación del Estado y del Derecho en ellos, y no sólo esto, sino que la obediencia al derecho o la posibilidad de la desobediencia civil, o de la objeción de conciencia se hacen radicar en su vigencia o en su desconocimiento.

En esta tesitura lo imperioso radica en encontrar un fundamento racional a la moral, para posteriormente, abordar la fundamentación ética de los derechos humanos. Fundamentar aquí no implica dejar una serie de normas o principios "bien atados" para ya no discutirlos o criticarlos. La fundamentación se genera por el carácter racional y crítico del ser humano que no se conforma con una respuesta dogmática o de autoridad, sino que busca razones, argumentos para sostener o no, determinadas hipótesis. No obstante, la razón misma no es el fundamento de la moral, es su vehículo o instrumento. Algo se puede fundamentar o justificar en base a hechos psíquicos, a intereses, a querer, a relaciones socio-económicas, a necesidades, o a posiciones religiosas, etc.

²²⁰ GARZÓN VALDES, Ernesto. El Concepto de estabilidad de los sistemas políticos. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

Durante un largo tiempo, en el siglo XIX y una buena parte del XX, el positivismo desconoció el papel de la moral o de la ética. Para esta corriente filosófica que hundió sus raíces en todas las áreas del saber humano, lo científico era el saber objetivo, aquél que niega el calificativo de "saber" a la reflexión ética, a quien confinaba al ámbito de los sentimientos o de las preferencias irracionales²²¹. Esta posición se vió respaldada por el análisis de la acción y razón instrumental de Weber, es decir, por esa forma de concebir la racionalidad de manera tecnológica, esto es, de unir medios con fines, en donde el científico social está inhibido para realizar cualquier valoración²²². Existe una separación entre el "sein" y el "sollen". El objetivo del conocimiento es el ser y no el deber ser. Los inconvenientes de esta postura han sido ya destacados, sobre todo, por la escuela de Frankfurt, en base a algunos argumentos como estos: a) La ciencia privada de fundamento reflexivo se convierte en ideología. Pocos saberes son avalorativos. El conocimiento que se cree desinteresado se encuentra en situación óptima para revelarse como ideológico, porque el interés existe como posibilidad de conocimiento; b) El científicismo bloquea toda fundamentación de la moral; si la moral es irracional, también lo es la ciencia.

²²¹ Consultar la importante crítica que Jürgen Habermas hace al positivismo científico en Conocimiento e Interés, Madrid, 1982, pp. 298-299.

²²² APEL, K. O., en "The common presupposition of Hermeneutics and Ethics 2, en Perspectives on Metascience, J. Bärmak (Ed.), Göteborg, 1980, pp. 31-43.

Por eso ahora, ante los retos del cientificismo y el positivismo, el neocontractualismo y otras escuelas, han tratado de encontrar un fundamento a la moral. Ya vimos como el procedimiento rawlsiano lo intentó, y como fracasó parcialmente. Otras teorías han mejorado la tesis con algunas variantes. pensemos por ejemplo, en la obra de K. Baier, W. Frankena, Hare, D. Richards, T. Nagel, Peter Singer, Ackerman en lengua inglesa, o en lengua alemana, a K. O. Apel y a Habermas.

La viabilidad de los modelos racionales, sobre todo del neocontractualismo, no puede entenderse sin hacer referencia al hombre y al problema de su dignidad. Rawls evidentemente que trató el aspecto cuando concibió la persona como moral y racionalmente libre. Sin embargo su teoría no subrayó que junto a la dimensión de la dignidad debe colocarse la dimensión de la necesidad.

Tener un derecho humano es tener una necesidad cuya satisfacción es de tal importancia que sería injusto negarla o impediría en cualquier caso²²³. Rawls acentuó la prioridad en la libertad sin recalcar debidamente la importancia de las necesidades humanas como elemento imprescindible para que se pueda obtener libertad. Ciertamente

²²³ MAC CORMICK, N., Dworkin as pre-benthamite, en AAVV, Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, Duckworth, London 1984, p. 182. Mac. Cormick, "Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights", en Legal Right and Social Democracy, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 154-166.

que apuntó como necesidades a los bienes primarios, pero fué tímido a la hora de comprometerse con ideales igualitarios ajenos a su entorno político.

SEGUNDA PARTE

**"LA PROYECCION JURIDICO-POLITICA
DEL CONTRACTUALISMO"**

IV. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD

IV. I. La delimitación del concepto de legitimidad.

El concepto de legitimidad es uno de los que más bibliografía proporciona en las ciencias sociales contemporáneas. Desde distintos ángulos es contemplado: el de la Sociología, el de la Política, el del Derecho, el de la Ética, etc. Y es que el problema atañe de manera directa a cualquier estudio que sobre los sistemas políticos y la democracia se haga. Igual ocurre con el análisis de los derechos humanos y su relación con el Estado, pues aquí, y sobre todo en temas como el de la justificación de los derechos, siempre salta la cuestión de la justificación del Estado o de la democracia, estrechamente relacionada con el de la legitimidad de los sistemas políticos.

En este apartado trataré el problema de la legitimidad desde la óptica del contractualismo, pero también lo abordaré desde otras posiciones, algunas cercanas a nuestro tema, y otras no tanto, con el propósito de resaltar las cualidades del contractualismo sobre otras visiones, sobre todo en lo que a los derechos fundamentales se refiere. Este discurso, sin embargo, requiere, al menos, una precisión de principio sobre el objeto de nuestro estudio. ¿Qué es la legitimidad?: ¿Qué la distingue de otros conceptos como la legitimación o la estabilidad política?.

Legitimidad, legitimación, y estabilidad son términos que periodistas, políticos, y hasta académicos confunden y mezclan. No se ha hecho, en nuestro país, por ejemplo, hasta el momento un esfuerzo serio de delimitación conceptual sobre ellos. Cuando se alude a la legitimidad de un régimen político, en este caso del mexicano, casi siempre se quiere con ello denotar el respaldo popular al sistema, que en palabras de Claus Offe²²⁴ podría identificarse con la lealtad de masa -la obediencia apática al sistema- o cuando mucho con la legitimación- la aceptación del sistema en base a razones de validez generalmente reconocidas-. Se sostiene así, que el sistema político mexicano (siguiendo con nuestro ejemplo) ha gozado de legitimidad, hasta fechas recientes, porque ha brindado a las clases populares mejores niveles de vida, pero, se excluye cualquier referencia a la vigencia de instrumentos e instituciones políticas transparentes, públicas, abiertas, competitivas. En una palabra democráticas. Se dice, en el caso de México, que el proyecto de los regímenes posteriores a la revolución estuvo más interesado en la estabilidad²²⁵ que en la legitimidad. A partir de las crisis del sistema: 1968 o 1988, la clase política y académica mexicana ha vuelto sus ojos a los problemas generados por los déficits democráticos, confundiendo y no delimitando los conceptos.

²²⁴ OFFE, Claus. Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates, Frankfurt, M. Suhrkamp, 1972.

²²⁵ TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho Constitucional, Porrúa, México, decimacuarta edición, 1976.

Legitimidad, legitimación y estabilidad son nociones interconectadas pero no sinónimas. Ernesto Garzón Valdés²²⁶ las ha distinguido. La estabilidad tiene que ver con la ausencia de conflictos sociales relevantes, se dice, que un sistema es estable porque existen características empíricas que nos hacen pensar en ello. El juicio (respecto a la estabilidad) es descriptivo, y no importa la calidad moral de las acciones que generaron esa estabilidad ni las que lo conservan. Una dictadura puede ser estable al igual que una democracia. La legitimación implica el apoyo de algunos sectores de la población al régimen. Sin embargo, ese respaldo no necesariamente tiene su origen o fundamento en razones morales plausibles y aceptadas por todos. Su base puede carecer de fundamento moral. La legitimidad, en cambio, entraña un juicio de naturaleza normativa en donde el sistema se justifica si responde a determinados valores morales reconocidos como correctos y justos por todos, o por la mayoría, siempre y cuando, esta mayoría respete a las minorías, y les permita, estableciendo los cauces institucionales, la posibilidad de convertirse, a su vez, en un futuro, en mayoría.

En nuestro ejemplo, el mexicano, parece que ha sido más importante la estabilidad y la legitimación que la legitimidad. Los regímenes postrevolucionarios han estado

²²⁶ GARZÓN VALDES, Ernesto, El concepto de estabilidad de los sistemas políticos. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

ocupados por la "paz social" y por el respaldo al régimen de ciertos sectores. sin inquirir si ese respaldo se obtiene y consolida a través de métodos justos y morales. De ahí que la afirmación: El régimen ha perdido legitimidad porque el proyecto de la revolución se ha agotado, valdría la pena examinarla, pues ante todo, es necesario saber cual era el proyecto de la revolución. Si éste era, y esa es la opinión que comparte la mayoría, rescatar a las clases populares de la ignominia y darles mayores y mejores niveles de vida, debo afirmar que no está agotado porque no se ha cumplido cabalmente. Lo que se requiere es culminarlo, pero no como hasta ahora: sin democracia. Estamos obligados a cumplir con la exigencia de la justicia social a través y por medio de la democracia. La sociedad civil no está en minoría de edad. Ciertamente es difícil contar con una democracia representativa si la sociedad civil no está homogeneizada, es decir, no goza de un mínimo de aceptables condiciones de vida, pero eso, no invalida los derechos humanos, civiles y políticos, de millones de mexicanos. El discurso del actual régimen hace hincapié en la necesidad de reformar el Estado porque una administración más intervencionista no es como consecuencia más justa. Punto de vista verdadero parcialmente. El crecimiento anómalo del Estado mexicano provocó vicios e ineficiencias, corrupción y dispendio, cierto, pero no menos atinado, es que la economía de mercado no debe confundirse con la revitalización de la sociedad civil ni con la democracia. América Latina está obligada a

forjar Estados eficientes, con capacidad distributiva a través de medidas que van desde la intervención económica controlada y democrática, a la política fiscal y presupuestaria.

Con este ejemplo, vemos como con un manejo adecuado de los conceptos podemos alumbrar hipótesis de trabajo y conclusiones más ajustadas. La legitimidad es sobre todo un término ético. En este capítulo se expondrán distintas teorías y tesis sobre la misma. Finalmente se destacará la tesis contractualista, sin perder de vista, que el primer principio del que se debe partir señala que la razón para afirmar la legitimidad de un sistema político o de la justificación de un Estado determinado, descansa en el respeto y garantía de los derechos humanos, y entre ellos, la garantía y respeto de los derechos económicos, sociales y culturales. En países como el nuestro con grandes carencias, desigualdades y polarización de la sociedad civil, un Estado que no realice una política distributiva, no puede estimarse como Estado justo y democrático. El proyecto de Estado que la legitimidad demanda, precisa, por un lado, profundizar en los mecanismos democráticos y a través de ellos, incidir en la distribución de la riqueza. Se trata del ideal de la justicia, de la síntesis entre la democracia formal y material, de la libertad con igualdad.

IV.2. Algunas teorías sobre la legitimidad.

El problema de la legitimidad que es el problema de la justificación del poder nace para Norberto Bobbio²²⁷ de la pregunta siguiente: "si admitimos que el poder político es el poder que dispone del uso exclusivo de la fuerza en un determinado grupo social, ¿será suficiente la fuerza para que lo acepten aquéllos sobre los que ésta se ejercita, para inducir a sus destinatarios a obedecerle?". La pregunta puede tener dos respuestas según se entienda la relación entre poder y fuerza como efectividad, o si se plantea como una cuestión de legitimidad. Dado nuestro trabajo, debemos entenderlo en este último sentido, pues "Sin la justicia, ¿qué serían los reinos en realidad, sino bandas de ladrones?"²²⁸. San Agustín tenía razón, el poder necesariamente requiere de justificación, y el reto consiste en encontrar una buena justificación para su existencia.

Se han mencionado distintos principios o bases de legitimidad. Bobbio alude a seis que deriva de la Voluntad, la Naturaleza y la Historia²²⁹. Dos para cada grupo unificador. Los dos principios de legitimidad que se remiten

²²⁷ BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno, Sociedad (Contribución a una teoría general de la política). Plaza Janés Editores, S.A., Barcelona, 1987, p. 95.

²²⁸ San Agustín. De civitate Dei. IV. 4. 1-15.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno, Sociedad, ob. cit., p. 98 y ss.

a la voluntad se expresan así: los gobernantes reciben el poder de la voluntad de Dios, o de la voluntad del pueblo. Las doctrinas naturalistas, en su primera versión, señalan que el derecho de mandar los unos y el deber de obedecer de los otros proceden de un hecho inevitable, el de la naturaleza misma, y que por tanto sin que intervenga la voluntad humana, fuertes y débiles, sabios e ignorantes, estarán determinados, unos para mandar y otros para obedecer. En su segunda vertiente, las doctrinas naturalistas, insisten en fundamentar el poder en un orden racional, esto es, en la capacidad del soberano de identificar y aplicar las leyes naturales, que son las de la razón. A esta posición pertenecen las teorías contractualistas. Remitirse a la Historia para encontrar la legitimación del poder en su autoridad, presenta dos divisiones, según nos remitamos a la historia del pasado o del futuro. La remisión a la historia pasada es la base de las teorías tradicionalistas: es soberano legítimo el que ejerce el poder desde tiempo inmemorial, y el poder de mandar se puede adquirir, basándose en el principio general del derecho, en virtud del uso prolongado del tiempo, etc. A esta corriente pertenece, por ejemplo, la obra de Edmund Burke, "Reflexiones sobre la Revolución Francesa", en donde enuncia la teoría de la prescripción histórica que justifica el poder de los reyes²³⁰. La remisión a la historia futura,

²³⁰ BURKE, Edmund. Reflexiones sobre la revolución francesa, ob. cit.

en cambio, constituye uno de los criterios para la legitimación del poder que va a constituirse. Se trata del nuevo ordenamiento que el revolucionario pretende imponer destruyendo el viejo, puede justificarse si lo presentamos como una nueva etapa del devenir histórico, una etapa necesaria, inevitable y más avanzada que la anterior²³¹.

Estas seis bases de la legitimidad conforman un universo casi omnicompreensivo de las distintas maneras que existen para justificar el poder. Un estudio sobre todas ellas sería una magna empresa que abarcaría un sinúmero de estudios y esfuerzos. En esta tesis sólo pretendo señalar algunas teorías de la legitimidad, sobre todo de las más recientes, para después confrontarlas con una visión contractualista de la legitimidad.

IV.2.1. Max Weber: Legalidad como Legitimidad.

Una forma de entender la legitimidad es remitiéndola a la legalidad. El poder es legítimo si tiene un fundamento en la norma jurídica, y si se ejerce de acuerdo con esa norma jurídica. Es la postura del positivismo jurídico en sus ramificaciones más importantes: John Austin, Hans Kelsen y H.L.A. Hart. El fundamento esencial de las teorías de estos juristas, sea el concepto de "soberano" de Austin, el de la

²³¹ PELLICANI, Luciano, "Revolución y Legitimidad", en Revista Sistema, Madrid, número 74, 1986, pp. 5 y ss.

"norma fundante básica" de Kelsen, o la "regla última de reconocimiento" de Hart desemboca siempre en la norma jurídica como basamento último del poder y de sus actos. En ellos no existe alusión a algo así, como fundamento ético del poder, que vaya más allá de la norma, salvo y con algunas matizaciones en Hart²³².

Max Weber, sin ser jurista, podemos ubicarlo en esta tesis, sobre todo cuando estudia el problema de la legitimidad racional. Dice Elías Díaz²³³ que siempre que se habla de legitimidad debemos referirnos a Max Weber, opinión compartida por muchos, incluyendo a Jürgen Habermas.

El concepto de legitimidad que maneja Weber aparece siempre vinculado al concepto de orden, y al de dominación, aclarando que se trata de dominación legítima y orden legítimo. Weber distingue entre poder y dominación. Así, dice que poder implica imponer la propia voluntad dentro de una relación social contra toda resistencia, y sin importar

²³² Ver: AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, vol. I, Lenox Hill (Burt Franklin), New York, USA, 1970; KELSEN HANS. *Teoría pura del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1962; HART, A.L.H., *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980; GARZON VALDEZ, Ernesto, "Acercas de las limitaciones legales del soberano legal", *Revista Sistema*, número 43-44, septiembre de 1981; y, HERNANDEZ VEGA, Raul, *Problemas de Legalidad y Legitimación en el Poder*, Universidad Veracruzana, México, 1986.

²³³ DIAZ, Elías, "Legitimidad democrática y legitimidad iusnaturalista", *Anuario de Derechos Humanos*, número 1, Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 51.

el fundamento que se tenga para imponer dicha voluntad. La dominación en cambio consiste en la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido. El concepto weberiano de legitimidad está más cerca del de dominación que de el de poder²³⁴.

Su concepto de orden y de dominación, obviamente tiene que ver con el Derecho y con el Estado. Derecho para Weber es un orden garantizado externamente por la probabilidad de coacción, ejercido por un cuadro de individuos con la misión de obligar a la observancia de ese orden, o de castigar su transgresión. El Estado es un instituto político que cuenta con el monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente²³⁵. Si el Estado y el Derecho tienen que ver con la dominación y el orden legítimos, en donde radica entonces esa legitimidad. Weber expresa que reside en un mínimo de obediencia, o sea, del interés que los destinatarios de las normas muestran en obedecerlas²³⁶.

La clasificación de los distintos tipos de dominación legítima, intenta dar respuesta a las razones de obediencia

²³⁴ WEBER, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México, 1979. pp. 170 y ss.

²³⁵ WEBER, Max. Economía y Sociedad. ob. cit., pp. 1056 y ss.

²³⁶ WEBER, Max. Economía y Sociedad. ob. cit., p. 30. "La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto".

que tienen los gobernados para obedecer. Weber clasifica en tres los tipos puros de dominación legítima. De carácter racional (descansa en la creencia de legitimidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad); de carácter tradicional (reside en la creencia de la santidad de las tradiciones y en los llamados por la tradición para ejercer la autoridad tradicional); de carácter carismático (consistente en la entrega extracotidiana a la santidad, al heroísmo o en la ejemplaridad de una persona, y a las ordenaciones creadas o reveladas por ella)²³⁷.

La importancia de la creencia en la legitimidad en los tres tipos puros es decisiva. El fundamento final de la legitimidad reside al fin de cuentas en esa creencia. La obediencia ciertamente es importante, pero sin la creencia en lo mandado de poco serviría. Weber parece que no reparó mucho en esto. Para él, la adhesión a lo mandado podía fingirse por individuos y grupos, por razones de oportunidad, por intereses materiales o aceptarse como algo irremediable en virtud de las debilidades individuales²³⁸.

De sus tres tipos puros, fijó su atención con mayor agudeza y detenimiento en la legitimidad racional. Por ser

²³⁷ WEBER, Max, Economía y Sociedad, ob. cit., pp. 172 y ss.; 704 y ss.; y, 1047 y ss.

²³⁸ WEBER, Max, Economía y Sociedad, ob. cit., pp. 1056 y ss.

el tipo de legitimidad más perfecto, pues no se obedece a las personas sino a las leyes. Estas aparecen como objetivas y establecidas de acuerdo con los procedimientos que el sistema jurídico establece. La obediencia se dirige a las personas que determina la ley, en los términos y en las condiciones que la propia ley precisa. Por eso, la dominación racional se legitima por la legalidad. Bastan sólo los procedimientos formales establecidos en un orden legal, para a partir de ellos inferir la legitimidad del poder. La legalidad engendra la legitimidad, en virtud de su racionalidad eficientista. Poco importan los valores o el grado de justicia que un orden jurídico propicia para calificar la legitimidad del poder, de la autoridad o de la norma.

Esta posición weberiana ha originado que algunos autores tachen a Weber de neopositivista al no inquirirse si la legalidad es justa o no²³⁹; otros como Habermas lo critican por no haber realizado valoraciones sobre el orden legítimo, calificándolo de empirista por no existir en su discurso intercambio comunicativo entre los fundamentos y los motivos. Habermas dirá que la legitimidad significa que un orden político es digno de reconocimiento atendiendo a

²³⁹ Ver: GONZALEZ URIBE, Héctor, "Legalidad y legitimidad en el Estado de Derecho de nuestros días", en Memoria del X Congreso Mundial ordinario de filosofía social, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 185; y, DIAZ, Elías, De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular, Editorial Debate, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.

las razones o argumentos para ser reconocido como correcto y justo²⁴⁰.

IV. 2. 2. Jürgen Habermas: la legitimación en el capitalismo tardío.

Para Habermas el positivismo, caracterizado básicamente por la primacía de la acción instrumental y el decisionismo representa el eco fraudulento del proyecto de la Ilustración. Jürgen Habermas con dependencias teóricas que abarcan el neomarxismo de la escuela de Frankfurt, el criticismo kantiano y la hermenéutica del lenguaje, ha creado a lo largo de estos años un proyecto filosófico que pretende recuperar las promesas de la filosofía clásica, de revitalizar la Ilustración mediante una filosofía práctica que adquiera la forma de una investigación de los procedimientos desde los que los enunciados y las normas puedan tener un poder generador de consenso.

Habermas critica a Weber porque el modo de racionalización propuesto por el último, se inscribe en el marco de la racionalidad cognoscitivo-instrumental: "en la sociología weberiana de la economía, del estado y del derecho, da la impresión de que en la sociedad moderna solamente se basan en el saber teórico-empírico y sobre los

²⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. "La legitimidad hoy". Revista de Occidente, tercera época, julio, 1976, p. 4.

aspectos instrumentales y estratégicos de la acción, mientras que la racionalidad práctica no puede ser institucionalizada.²⁴¹ Habermas considera que en el capitalismo tardío, las normas políticas son reemplazadas por las exigencias del saber técnico. La democracia ha perdido su sustancia clásica: en lugar de la voluntad política surge la exigencia objetiva de un sistema autónomo dominado por la tecnología, la economía y la administración. Al tecnificarse la política los problemas de la misma se sustraen a la discusión pública. La opinión pública no tiene dónde ejercitarse, por lo que se vacía dando origen a una despolitización de las masas. La política abandona el ámbito de la esfera de la interacción y la racionalidad comunicativa para deslizarse hacia la acción instrumental, a la estrategia pura de intereses. Sin embargo, la política tiene que seguir asegurando la legitimidad del marco institucional, puesto que el marco político siempre está referido a cuestiones relacionadas con los fines prácticos, con la interpretación de las necesidades de la colectividad, con la relaciones de interacción y de la "vida feliz". Y estos problemas se ubican necesariamente dentro del espacio regido por las normas morales y, consiguientemente, pertenecen a la esfera práctica entregada a la discusión libre de los ciudadanos, a la interacción, es decir, al ejercicio participativo y responsable de la democracia. He

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. Theorie des Kommunikativen Handelns. Suhrkamp, Frankfurt, tomo I, 1981, p. 345.

aquí, pues, las contradicciones de legitimidad en el capitalismo tardío²⁴².

La teoría de la legitimidad de Habermas apunta a contenidos éticos. Por eso, la legitimidad para él entraña "... la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo ...", puesto que "un orden legítimo merece el reconocimiento"²⁴³. Habermas sostiene que sólo los ordenes políticos pueden tener y perder legitimidad, y sólo ellos requieren legitimación. Las corporaciones y el mercado no son susceptibles de legitimación, al igual que las sociedades preestatales. De esta manera y como él lo expresa: "Por legitimidad entiendo el hecho de que un orden político es merecedor de reconocimiento. La pretensión de legitimidad, hace referencia a la garantía -en el plano de la integración social- de una identidad social determinada por vías

²⁴² Ver: Habermas, Jürgen. Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, traducción castellana de José Luis Etcheverry, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1973; Habermas Jürgen, La reconstrucción del materialismo histórico, Editorial Taurus, Madrid, primera edición, 1981, pp. 243 y ss.; Habermas Jürgen, Teoría y praxis, Tecnos, Madrid, 1987; Habermas Jürgen, Conocimiento e interés, Taurus, Madrid, 1982; Habermas Jürgen, Ciencia y técnica como ideología, Tecnos, Madrid, 1986; Mc. Carthy, Thomas, La teoría crítica de Jürgen Habermas, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 414 y ss.; Mardones, J. M., "La teoría del conocimiento como teoría de la sociedad", Estudios Filosóficos, número 94, 1984, pp. 485-504; Menéndez Ureña, La teoría crítica de la sociedad de Habermas, Tecnos, Madrid, 1978; González M., José y Quesada, Fernando, Teorías de la democracia, Anthropos, Barcelona, 1988, pp. 59-171, etc.

²⁴³ Habermas Jürgen, La reconstrucción del materialismo histórico, ob. cit., p. 243.

normativas. Las legitimaciones sirven para hacer efectiva esa pretensión, esto es: para mostrar cómo y por qué las instituciones existentes (o las recomendadas) son adecuadas para emplear el poder político en forma tal que lleguen a realizarse los valores constitutivos de la identidad de la sociedad. El que las legitimaciones sean convincentes o que la gente crea en ellas es algo que depende, a todas luces, de motivos empíricos: ahora bien: estos motivos no se forman con independencia de la fuerza justificativa de las legitimaciones, que se han de analizar formalmente o lo que es igual: con independencia del potencial de legitimación o de las razones que se puedan movilizar. Lo que se acepta como razón y disfruta de fuerza generadora de consenso, y por tanto, motivadora, depende del nivel de justificación exigido respectivamente ...²⁴⁴.

A Habermas lo que le preocupa y critica de las sociedades desarrolladas reside en cómo se puede disfrutar de forma injusta y, sin embargo, legítima la riqueza socialmente producida. Es decir, las posibilidades de autotransformación del capitalismo maduro²⁴⁵. Sobre esto, Habermas piensa que las necesidades de legitimación insatisfechas pueden, no obstante, ser compensadas a base de coacción o por medio de una mayor despolitización de las

²⁴⁴ Habermas, Jürgen. La reconstrucción del materialismo histórico, ob. cit., p. 249.

²⁴⁵ Habermas Jürgen. Problemas de legitimación..., ob. cit., p. 54.

masas. Lo cual es característico del capitalismo avanzado: la democracia ya no se asocia con la igualdad política en el sentido de una distribución igual del poder, ni se define por el contenido de una forma de vida que haga valer los intereses generalizables de todos los individuos, ni persigue el fin de racionalizar el poder social mediante la participación de los ciudadanos en procesos discursivos; la sustancia clásica de la idea de democracia ha cedido ante un sistema que no es más que el método de selección de líderes y en el que el discurso público ha sido sustituido por compromisos entre las élites que detentan el poder²⁴⁴.

Las crisis de legitimidad para resolverse definitivamente precisan de la acción comunicativa, es decir, de aquella forma de interacción social en la cual los diversos planos operativos están coordinados a través de un uso del lenguaje orientado hacia la consecución de un entendimiento racional. Racionalidad comunicativa que no obedece a procedimientos técnicos o estratégicos, sino que se juzga desde la perspectiva moral práctica de acuerdo con la posibilidad de justificación de la norma de acción. Esta racionalización significa no tanto acumulación de conocimientos cuanto la cancelación de aquellas relaciones de violencia que se han acomodado inadvertidamente en las estructuras comunicativas y que, valiéndose de barreras

²⁴⁴ Habermas, Jürgen, Problemas de legitimación, ob. cit., p. 54.

intrapésicas o interpersonales, impiden dirimir conscientemente y regular de modo consensual los conflictos. Desde este punto de vista, la democracia es aquella forma de adoptar decisiones políticas dependiente de un consenso alcanzado en la discusión libre de dominio.

La despolitización de las masas y la pérdida de la esfera pública como institución política son los dos componentes básicos de un sistema de dominación que tiende a sustraer a las cuestiones prácticas de una pública discusión. El ejercicio burocratizado del poder tiene su contrapartida en una esfera pública confinada a espectáculos de aclamación. Al quebrarse la vieja base de convergencia de las opiniones, la opinión pública ha conservado la ficción de esa convergencia en la autopresentación pública de los intereses privados. A esto se refiere Habermas cuando habla de que en el curso de su transformación la publicidad burguesa recobra características feudales ²⁴⁷. La opinión pública es en realidad una ficción, lo que hay es un nutrido grupo de opiniones privadas "exteriormente gobernadas" e "intereses privados organizados colectivamente". Los grupos

²⁴⁷ Habermas, Jürgen, Problemas de legitimación, ob. cit., pp. 114-116; Habermas, Jürgen, La reconstrucción del materialismo, ob. cit., pp. 294 y 295; Mc Carthy, T., La teoría crítica, ob. cit., pp. 426-434; OLIVE, León, Estado, legitimación y crisis, Ed. Siglo XXI, México, 1985, pp. 142-195; INNERARITY, Daniel, "La teoría discursiva de la legitimidad de Jürgen Habermas", en Revista Persona y Derecho, número 14, Pamplona, 1986, pp. 233 y ss.; Mardones, J. M., "El comienzo de la teoría crítica. La teoría de la acción comunicativa de J. Habermas", Revista Sistema, número 65, marzo de 1985, pp. 117 y ss.; etc.

que sustentan esas opiniones e intereses "son tan poco público" como aquellas formaciones de la sociedad preburguesa en las que se constituían las viejas opiniones aseguradas por la tradición. Los ideales burgueses han sucumbido a la interpretación "realista" de que el discurso público es en realidad mera apariencia y de que el compromiso de intereses obedece a la lógica del equilibrio de fuerzas, no susceptibles de racionalización. Pero el compromiso o el consenso ficticio tienen poco que ver con la opinión pública entendida como "unanimidad final resultante de un largo proceso de reciproca ilustración", como coincidencia racional de las opiniones publicamente concurrentes. Carl Schmitt había señalado ya como el parlamento ha tendido a convertirse en lugar de encuentro de sujetos vinculados por el mandato de su partido y de registro de decisiones ya tomadas²⁴⁸. El parlamento ha dejado de ser una asamblea de hombres prudentes que intentaban convencerse mutuamente a través de argumentos en pública discusión para convertirse en una tribuna pública desde la cual se exponen las decisiones ya adoptadas a modo de reclamo publicitario más no como un acuerdo racional entre participantes en una discusión.

²⁴⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*. Editora Nacional, México, 1981, pp. 366 y ss.; Gómez Orfanel, Germán, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; y, Gómez Orfanel, Germán, "Homogeneidad, identidad y totalidad: la visión de la democracia de Carl Schmitt", en José M. González y Fernando Quesada, *Teorías de la democracia*, ob. cit., pp. 175 y ss.

Con independencia de cuál sea el término final de esta degradación, Habermas considera posible detener ese proceso mediante una recuperación y radicalización del universalismo axiológico de la sociedad burguesa. La supervivencia de la opinión pública solo puede garantizarse mediante la institucionalización del discurso en todas las instituciones y estructuras del poder político: parlamento, gobierno, partidos políticos, sindicatos, etc. Habermas propone el modelo de la comunidad de comunicación de los interesados, que como participantes de un discurso práctico, examinan la pretensión de validez de que las normas propuestas, en las circunstancias dadas son correctas. Cuando, bajo las condiciones de ausencia de limitación y de coacción, se alcanza un acuerdo acerca de la recomendación de aceptar una norma, ese consenso expresa una "voluntad racional"²⁴⁹.

El discurso práctico en la comunidad de diálogo habermasiano no sirve para hacer compatibles intereses contradictorios por la vía de una reducción unilateral de las pretensiones, sino, contrariamente, para distinguir por un procedimiento discursivo, los intereses generalizables respecto de aquellos que no lo son. La noción de intereses generalizables juega un papel definitivo. La diferencia entre una norma justificable y una que no lo es puede

²⁴⁹ Ver la crítica de Javier Muguerza a Habermas, respecto a la imposibilidad de la racionalidad dialógica, en "Ética y comunicación", Revista de Estudios Políticos, número 56, abril-junio de 1987, pp. 7 y ss.

establecerse siguiendo la índole del procedimiento por el que ha alcanzado su vigencia: si regula intereses no generalizables, se basa en la coacción, si expresa intereses generalizables se basa en un consenso racional. Así pues, el "principio de universalización" asume un papel central en los discursos prácticos, en la medida en que permite excluir como no capaces de consenso todas aquellas normas cuyo contenido y ámbito de validez son particulares. El principio de generalización o universalización de normas cumple una función semejante en el campo de la razón práctica a la inducción en el ámbito teórico.

Es aquí, precisamente en el ámbito de la comunidad del diálogo habermasiano donde existen puntos de contacto con el imperativo categórico kantiano, que es reformulado de manera dialógica en Habermas,²⁵⁰ y con el contractualismo. Las teorías contractualistas -desde Hobbes y Locke hasta John Rawls- tienen el sentido de especificar las condiciones desde las que un acuerdo ha de expresar el común interés (racional) de todos los implicados²⁵¹. Se puede sostener así,

²⁵⁰ Dice Muguierza que el imperativo categórico de Kant: "Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal" ha sido sustituido en Habermas por uno que dice: "En lugar de considerar como válida para todos los demás cualquier máxima que quieras ver convertida en ley universal, somete tú máxima a la consideración de todos los demás con el fin de hacer valer discursivamente su pretensión de universalidad". Ver Muguierza, Javier, "Ética y comunicación", artículo citado, pp. 38 y 39.

²⁵¹ Ver: Agapito Maestre/ K.O. Apel, "Las diferencias y relaciones entre Apel y Habermas", en Zona Abierta, número 43-44, abril-septiembre, 1987, pp. 113 y ss.; y Del Aguila

con las diferencias y salvedades entre autores como Habermas, Apel y Rawls, que adoptan un punto de vista idealizado que especifica las condiciones para una elección racional. En el caso de Habermas y Rawls, insisten en la unanimidad frente al compromiso, en la decisión mayoritaria, y en el pluralismo valorativo.

La gran aportación de Habermas a la teoría de la legitimidad y de la democracia, radica en que "exige una forma de argumentación racional a través de discursos públicos, libres y abiertos: discursos que demandan la justificación de todas las premisas que las sustentan a partir de intereses generalizables desde los cuales poder dar cuenta a los problemas que aquejan al mundo contemporáneo"²⁵².

Rafael y Vallespín Oña, Fernando. "La racionalidad dialógica: sobre Rawls y Habermas. Revista Zona Abierta, número 31, abril-junio, 1984, pp. 93 y ss.

²⁵² Vallespín Oña, Fernando. Las nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick, y James Buchanan. Alianza Editorial, Madrid, 1985. p. 26.

IV.2.3. Claus Offe: Lealtad de masa, legitimidad y legitimación.

Offe se ubica dentro de la nueva izquierda europea. Gran parte de la crítica que al sistema capitalista hizo en su obra de los años setenta "Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates" ha sido revisada en posteriores trabajos por el autor. No obstante, el núcleo esencial de su pensamiento sobre el análisis de la legitimidad sigue vigente²⁵³.

Nuestro autor distingue entre lealtad de masa, legitimidad y legitimación. Para él, la lealtad de masa consiste en la renuncia total a las exigencias de legitimidad, esta lealtad implica la obediencia apática al sistema político. La legitimación en cambio, se refiere no ya a la obediencia apática al sistema, sino a una obediencia en "base a razones de validez generalmente reconocidas". Estas razones que propician la legitimación constituyen la legitimidad. Offe sostiene que el Estado del Bienestar, tiene un déficit de legitimación, en tanto que los criterios de legitimidad de dicho Estado: democracia formal (participación en las decisiones) y democracia material

²⁵³ Offe Claus, Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates, ob. cit.; Offe, Claus, Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, Ed. Sistema, Madrid, 1988; Offe Claus, "Entrevista de Francisco Colom González", en Revista Leviatán, número 29/30, otoño-invierno 1987, pp. 127-144; Díaz Elías, De la Majdad Estatal, ob. cit., pp. 219-219.

(participación en el bienestar social) no existen o no se colman de manera satisfactoria.

La democracia formal y sus mecanismos (partido, asociación, sindicato, parlamento) son incapaces de expresar, representar y proteger los intereses de todos. Existe un Derecho igual -no hay discriminación jurídica formal- pero, como consecuencia del funcionamiento efectivo del sistema económico, y de las instituciones representativas existe de hecho una desigualdad material²⁵⁴. La crítica de Offe se centra en el funcionamiento actual de los partidos, que para él no constituyen verdaderos canales de participación. Dice que el sistema de partidos presenta rasgos monopolistas, y que las exigencias de la táctica electoral no dejan a los partidos de oposición y a los correlativos grupos parlamentarios, otra alternativa que la de luchar por los mismos objetivos que el gobierno. Esto, manifiesta Offe, conduce a que no se tomen acuerdos sobre el fondo entre los partidos, y que se "ideologice" una identidad propia respecto a diferenciaciones muy superficiales. De aquí se desprende el por qué los partidos de oposición no cuestionen la legitimidad del sistema formal democrático. Además, los partidos se estructuran en su interior de manera burocrática, y adoptan tácticas

²⁵⁴ En este sentido ver la crítica que Offe hace a Max Weber en Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, ob. cit., "criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-administrativo", pp. 7-24.

oportunistas para asegurarse un mercado de votos amplísimo con lo que se obligan a asumir conductas conservadoras y conformistas²⁵⁵. La lucha por los votos provoca la atomización del elector, un instrumento ideal para el mantenimiento de la lealtad de masa. Para Offe el único factor que podrá acelerar los conflictos y cuestionar a la democracia formal es el de los nuevos movimientos sociales (ecológicos, feministas, homosexuales, etc.). Sin embargo, éstos no han logrado resolver sus inconsistencias internas. En palabras de Offe: "el que las fuerzas que representan el nuevo paradigma superen o no su actual situación de poder marginal, aunque visible en grado extremo, y el que sean, por tanto, capaces de cuestionar el "viejo paradigma" dominante de la política, va a depender de hecho, ante todo, de si pueden resolver las fisuras e inconsistencias internas que se dan entre la nueva clase media, la vieja clase media y los elementos periféricos en el interior de los nuevos movimientos sociales"²⁵⁶.

Sobre la democracia material, Offe cree como muchos otros que el Estado asistencial cubre sólo la reproducción simple de la fuerza de trabajo, y por tanto, la reproducción ampliada del capital no se ve satisfecha de conformidad a

²⁵⁵ Offe, Claus. Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, ob. cit., pp. 85 y ss., y 94 y ss.

²⁵⁶ Offe, Claus. Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, ob. cit., p. 228. Ver también la entrevista de Francisco Colom González a Claus Offe en *Lxviatan*, 29/30, otoño-invierno, 1987, p. 134.

las necesidades y exigencias del capital. El conflicto entre reproducción ampliada del capital y reproducción simple de la fuerza de trabajo se recrudece cada vez más, puesto que los aumentos salariales cuando son conquistados se recuperan por la inflación o son anulados por la reducción planificada de los puestos de trabajo y el consiguiente aumento del desempleo. Por tanto, lo que se requiere no es aumentar los salarios sino luchar por las condiciones de vida. El aumento del bienestar no se debe medir por la renta nominal sino por una renta real que se ubique por encima de los costos crecientes de la reproducción de la fuerza de trabajo, pero conseguir un aumento cualitativo en las condiciones de vida no resulta tan fácil, pues no se podrían satisfacer las exigencias del capital de manera incondicional. Por otra parte, la demanda social que genera el Estado del Bienestar provoca serios problemas de suministro. La situación económica ha cambiado al grado de prestar un apoyo sustancial a la teoría económica conservadora. Lejos de seguir estimulando la producción, la práctica del gobierno de gastos deficitarios para combatir el paro contribuye a elevar las cotas de desempleo al subir los tipos de interés con lo que el dinero se vuelve escaso y caro. Además, el Estado de Bienestar disminuye en parte el incentivo del trabajo. Sus esquemas de seguros obligatorios y de derechos legales a prestaciones dan una protección insitucional tan fuerte al interés material de los trabajadores asalariados

que la fuerza de trabajo queda menos preparada y a merced de los ajustes y contingencias de la economía²⁵⁷.

El Estado al agigantarse, al aumentar sus gastos sociales (politica de autolegitimación) genera un dilema insoluble al ser solo capaz de reproducir de manera simple la fuerza de trabajo. Esta incapacitado, además, para democratizar la economía, pues hacerlo, sería tanto como cortar las vías de acumulación privada del capital. El cerco tendido muestra la quiebra de la economía keynesiana por tres razones: "1.-El Estado de Bienestar keynesiano es victima de su propio éxito. Al eliminar (en parte) y suavizar la crisis, ha inhibido la función positiva que realizaban las crisis en el proceso capitalista de "destrucción creativa"; 2.- El Estado de Bienestar keynesiano implica la consecuencia no intencional, pero innegable, de minar los incentivos tanto para invertir como para trabajar; 3.- No hay ningún mecanismo de equilibrio ni "regulación de topes" que permita ajustar la extensión de la política social

²⁵⁷ Orfe, Claus. Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, ob. cit., pp. 77-b3; entrevista a Claus Orfe, citada, p. 136; Elias Diaz, De la Maldad Estatal... ob. cit., p. 241; también confrontar con la exposición de James O'Connor en La crisis fiscal del Estado, ediciones península, Barcelona, primera edición, 1981. Dice O'Connor, que el problema entre acumulación y legitimación que afronta el Estado y la sociedad avanzada es muy grave, pues el Estado debe intentar mantener o crear las condiciones necesarias a la armonía social. La contradicción existe porque el Estado debe atender por una parte, a las exigencias de la acumulación del capital, y por otra, debe responder a las necesidades sociales de la población. Al no poder solventar adecuadamente la situación se agrava la crisis fiscal del Estado.

eliminando así las contradicciones internas de sus consecuencias: ni la lógica de la competencia democrática entre partidos, ni la alianza social-demócrata con los sindicatos se someten a la disciplina de la "razón económica"²⁵⁸. Estas razones provocan un gran desorden en los niveles social, político y económico. Desorden que genera necesidades colectivas que desbordan las instituciones formales (parlamento, gobierno, partidos, sindicatos, etc.), manifestándose en fenómenos de "inundación política": movimientos de protesta, subculturas desligadas de las instituciones y movimientos políticos marginales.

Estos nuevos movimientos sociales politizan cuestiones que no pueden ser fácilmente "codificadas" con el código binario de la teoría política liberal, aquél que divide a las acciones en privadas y públicas. Reivindican contenidos intermedios, es decir acciones que por sus resultados y efectos colaterales, de las esferas privada y pública, impelen a conductas cuyos campos de acción no están previstos en los espacios de política institucional. Los actores de estos movimientos (ecologistas, pacifistas, feministas, etc.) actúan en nombre de colectividades atribuidas: sus contenidos reivindicativos residen básicamente en el mantenimiento de la paz, la protección del entorno, los derechos humanos y formas no alienadas de trabajo; sus valores básicos son la autonomía personal e

²⁵⁸ Offe, Claus, Partidos políticos, ..., ob. cit., p. 80.

identidad, en oposición al control centralizado; y sus modos de actuar se caracterizan a nivel interno por: la informalidad, la espontaneidad, el bajo grado de diferenciación horizontal y vertical; y a nivel externo por: el uso de políticas de protesta apoyadas en exigencias formuladas en terminos predominantemente negativos.

Las consecuencias de los nuevos movimientos sociales para la política tradicional del Estado de Partidos y del parlamentarismo, se pueden resumir en algunas palabras: incomprensión, desbordamiento, incapacidad de respuesta. Ofte, sin embargo opina que pueden concebirse factores que permitirán la posibilidad de una alianza que consolide la izquierda tradicional y los nuevos movimientos sociales. El afirma que los movimientos sociales importantes pueden tener una referencia positiva, y asumir tradiciones ideológicas fenecidas, olvidadas y reprimidas del pasado, tanto de los partidos socialistas, socialdemócratas, como de los comunistas de hoy y de otras organizaciones de la clase obrera. Para Ofte estos puentes son: el nuevo movimiento por la paz, y las tradiciones del pacitismo socialista en Europa antes de la Primera Guerra Mundial, así como las reivindicaciones igualitarias que terminen la discriminación política y económica de la mujer.

El escenario de la democracia representativa, según Ofte, no da hoy por hoy, buenas razones de validez universal

que hagan concluir en la legitimidad de los sistemas políticos que sustenta. A la democracia representativa le faltan las propuestas del nuevo paradigma político para realizarse, si es que lo logra realizar. En todo caso, es más viable buscar formas de organización política e institucional que vayan más allá de las posiciones tradicionales y que colmen las exigencias de la democracia formal y material. El cómo hacerlo, es para Offe, una tarea pendiente, en continua revisión, y aun frágil para pretender dar respuestas definitivas. Lo observable es la crisis del Estado de Bienestar keynesiano, y la incapacidad de las construcciones teórico y prácticas conservadoras para dar soluciones permanentes, al menos, que en el caso de las últimas, hablemos de la represión de los nuevos movimientos sociales, o de su cooptación y privatización²⁵⁹, con lo que, sólo se conseguiría postergar la crisis y aumentar las contradicciones de los sistemas socio-políticos.

IV.2.4. El concepto de legitimidad de Niklas Luhmann.

El concepto de legitimidad en Luhmann parte de la perspectiva de la teoría general de sistemas, y de su concepto de sistema social. El sistema social para Luhmann implica una "conexión dotada de sentido de acciones que se refieren recíprocamente y son delimitables frente un

²⁵⁹ Offe, Claus, Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, ob. cit., p. 239.

ambiente o medio"²⁶⁰. Los sistemas sociales son complejos debido a la desproporción existente entre las posibilidades ofrecidas por el ambiente y la capacidad de actuación del propio sistema. La tarea primordial de todo sistema social precisa la reducción de las complejidades que el mundo ofrece. La selección de alternativas para simplificar la complejidad puede entrañar un peligro de defraudación de las expectativas. Por ello, se impone la cuestión de la seguridad en la elección entre alternativas distintas para evitar la inseguridad y el desorden dentro de un sistema dado. Uno de los mecanismos para asegurar una reducción previsible de la complejidad es la estructura. La estructura, a grandes rasgos, es aquél mecanismo que selecciona entre todas las alternativas posibles. La estructura regula la inseguridad y además desarrolla su función, mediante la coordinación de dos actos selectivos diversos. Ella realiza una primera selección de lo posible, sobre la que el actor individual puede, posteriormente, realizar una segunda selección consciente y simplificada.

La sociedad es vista por Luhmann como un complejo de sistemas, más o menos estructurados internamente, que conforma un patrimonio de preselecciones comunes a las que pueden recurrir los individuos en las diversas situaciones, y que por ello, puede garantizar un cierto mínimo de

²⁶⁰ NIKLAS. Luhmann. Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, tomo I, 5ª ed., Opladen, 1984, pp. 42 y ss.

prestaciones reductivas y de seguridad que es exigido por la necesidad de mantener estables los sistemas a pesar del exceso de posibilidades de su ambiente²⁶¹.

Existen distintos modos para afrontar la complejidad de los sistemas sociales. Uno podría ser aumentando la complejidad propia a través de la generalización de las expectativas de conducta. Luhmann la desecha, por las consecuencias de indefinición que acarrea. Prefiere afrontar la complejidad de los sistemas mediante la diferenciación, esto es, formando partes que mantengan estables sus propios límites y adquieran dentro de los mismos cierta autonomía. A esto se le conoce como diferenciación funcional²⁶², que sirven en el caso de los sistemas sociales, para articular la sociedad, sobre la base de la división del trabajo, en diversos subsistemas con funciones específicas y complejas, y de tal modo que aumenta la misma complejidad social. Esto, por una parte, hace al sistemas más sensible a las perturbaciones, pero, por otra, le hace más capaz de enfrentar la complejidad ambiental, porque de este modo obtiene las ventajas que proporciona la especialización, y así aumenta su capacidad de autoestabilización. Esto explica el aumento de complejidad en sociedades desarrolladas, pero nos indica al mismo tiempo, la forma en que dichas

²⁶¹ NIKLAS, Luhmann, Soziologische Aufklärung: Aufsätze..., ob. cit., pp. 77-78.

²⁶² NIKLAS, Luhmann, Soziologische Aufklärung: Aufsätze..., ob. cit., pp. 123-125.

sociedades reducen sus conflictos, aislandolos lo mas posible, dentro del contexto del propio sistema.

Luhmann agrega a su teoría, el concepto de "proceso". El proceso es la reduccción de complejidad como acontecer efectivo²⁶³. Este nuevo concepto se adiciona a la teoría, porque la reduccion de la complejidad es un fenómeno que ocurre en el tiempo, y el futuro hay que considerarlo dirigido por estructuras cristalizadas temporalmente. El proceso califica la efectividad del acontecer selectivo. Los procesos, en consecuencia son sistemas porque tienen estructrua formadora de sentido que permite la doble selectividad. Los procesos cuentan tanto con la generalización de las expectativas de conducta o estructuras generales, como con un segundo tipo de estructuras que ordenan los procesos como secuencias de acontecimientos y que aumentan la capacidad selectiva del proceso. El incremento de selectividad se hace posible mediante dos vías: a través del empleo de procesos sobre si mismos (reflexividad) y por aseguracion de la transmisibilidad de los efectos²⁶⁴. Importante para nuestro tema es esta segunda vía, puesto que ningun individuo puede constituir por si solo "sentido" y llegar a un experientar referido al mundo aisladamente, pues individualmente podría reducir la

²⁶³ NIKLAS, Luhmann, Soziologische Aufklärung: Aufsätze ..., ob. cit., p. 125

²⁶⁴ NIKLAS, Luhmann, Soziologische Aufklärung: Aufsätze ..., ob. cit., p. 126.

complejidad implicada. En el actuar y experimentar, cada individuo debe apoyarse, necesariamente, en los efectos selectivos de los otros: es decir, debe asegurarse la transmisibilidad intersubjetiva de efectos selectivos, que ha de ser entendida en el sentido de poder transmitir complejidad reducida sin que la reducción tenga que volverse a realizar. De esta forma los medios de comunicación son una forma de aumentar el poder selectivo del proceso, asegurando la transmisibilidad de los efectos selectivos.

Los medios generalizados de comunicación tienen, pues, como función el organizar socialmente la selectividad humana individualmente dispersa. La comunicación presupone el lenguaje, pero éste, como código simbólico generalizado, sólo limita las posibilidades sin implicar motivos: es decir, que combina limitación con apertura, por lo que no genera las condiciones suficientes para la transmisión de selecciones. Al no poder resolver el lenguaje por si solo este problema, se requiere la función adicional de ciertas instituciones que aseguren la transmisión de complejidad reducida, y ésta es la función que precisamente asumen los medios de comunicación, que, en una primera aproximación pueden definirse como instituciones suplementarias al lenguaje, formadas por códigos simbólicos generalizados que regulan la transmisión de prestaciones selectivas²⁶⁵.

²⁶⁵ Ver al respecto el tratamiento que sobre la comunicación y los medios de comunicación en Luhmann, realiza Alejandro Navas, La teoría sociológica de Niklas Luhmann, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pp. 240-291.

Admitiendo el anterior enfoque, Luhmann considera fundamental respecto a su concepto de poder, que existe incertidumbre en la selección, tanto por el que detenta el poder como por el que está sometido a él. En función de este presupuesto, Luhmann concibe la realización por el poder de sus propias prestaciones de transmisión de selectividad como algo efectuado gracias a la facultad de influenciar la selección de determinadas acciones u omisiones respecto a otras posibilidades. El poder, sin embargo, debe ser distinguido de la constricción, ya que mediante ésta lo que se consigue es el cumplimiento de una acción precisamente determinada en términos concretos. En este caso la posibilidad de elección del constraído se anula, y en el caso límite del ejercicio de la violencia física se sustituye su propia acción por otra ajena, incluso. En ambos casos, el poder pierde su eficacia funcional, pues hacer uso de la constricción o de la violencia significa renunciar a las ventajas de la generalización simbólica, significa dirigir la capacidad de selectividad del interlocutor que tiene a su vez gran cantidad y variedad de alternativas. El poder, pues, crece con la "libertad" de los sujetos²⁶⁶.

El poder queda generalizado y codificado por un subsistema societal, el sistema político. Este subsistema se divide en dos: el subsistema de partidos o sistema político.

²⁶⁶ EL estudio del poder en Luhmann puede verse en: LUHMANN, Niklas, *Potere, e complessità sociale*. Milan, 1979.

y el subsistema de la administración pública, que comprende los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, unificados por la función de emanar, a través de procedimientos burocráticos, decisiones vinculantes. La función del sistema político consiste fundamentalmente en producir legitimidad. Los partidos políticos son quienes deben garantizar la disponibilidad del público a aceptar las decisiones vinculantes de la administración, generalizando expectativas de conducta compatibles con la complejidad del sistema administrativo. La relación existente entre la administración y los administrados, a este nivel, es, por lo tanto, una relación de tipo antagónico en la que el objetivo del sistema administrativo de autoestabilizarse aparece como algo constantemente sometido a la amenaza de las expectativas del público, y más exactamente, a la excesiva complejidad y heterogeneidad de la demanda de decisiones, cada vez más dependiente, por la diferenciación funcional, de expectativas particulares, procedentes de los diferentes roles y subsistemas. Los partidos políticos son las estructuras selectivas que reducen esta complejidad y heterogeneidad ambientales, permitiendo así a la administración la adopción de decisiones sobre la base de suponer y esperar el consenso del público, o lo que es lo mismo, consumiendo la legitimidad producida por el sistema de partidos²⁶⁷.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, Duncker and Humboldt, 1965, 3 edición, 1986, p. 16 y ss. El planteamiento sobre los partidos en Luhmann alcanza a su enfoque sobre la teoría

El Estado de Derecho en esta visión es la forma más altamente desarrollada de la diferenciación, autonomía y autoprogramación del sistema político. Este se libera, mediante la conquista evolutiva de la positivización del derecho, de todo vínculo externo procedente de otros subsistemas (como la verdad, la moral, la religión, el dinero, los lazos de sangre, etc.), y sustituye los "límites implícitos" del ámbito político por "límites explícitos", esto es, claramente formalizados. Aquí los derechos fundamentales son considerados como instrumentos institucionales destinados a tutelar la autonomía y diferenciación funcional del sistema político.

La legitimidad en Luhmann se realiza a través de procedimientos, de acuerdo a su construcción previa de teoría de los sistemas. Ernesto Garzón Valdés lo ha resumido así: "1.-En sociedades complejas, es totalmente inconcebible un consenso fáctico sobre los contenidos de todas las decisiones. 2.- Por ello, el sistema político no puede reducirse a motivos de obediencia, a convicciones ideológicas o cálculos de utilidad económica, sino que debe basarse en una aceptación rutinaria de las decisiones, cuyo contenido es irrelevante. El sistema político "tiene que poder combinar motivos incompatibles del más diverso tipo e igualarlos de manera tal que se produzca casi una aceptación del derecho. Ver: LUHMANN, Niklas, "El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho", Anales de la Cátedra E. Suárez, número 25, 1985, pp. 87 y ss.

no motivada, evidente de las decisiones obligatorias". El contenido de verdad o justicia de las decisiones es irrelevante. 3.- Estas decisiones son el resultado del subsistema "procedimiento", cuyos tres tipos fundamentales son el judicial, el legislativo y el electoral. 4. Creer que el contenido de las decisiones es relevante para su aceptación es cementar el "prejuicio de la conformidad". 5.- Sólo las sociedades de reducida complejidad pueden pretender basar su legitimidad en concepciones morales o en el derecho natural. 6.- "...la incuestionabilidad de la validez legítima de las decisiones obligatorias es una de las características típicas del sistema político moderno como una especie de consenso básico que puede ser logrado sin que exista acuerdo acerca de lo que es objetivamente correcto en el caso particular y que estabiliza el sistema". 7.- Debido a la complejidad y variabilidad de las sociedades modernas, la legitimidad no puede ser confinada a una moral que se supone natural sino que debe estar dada por el sistema mismo. Es decir, el sistema se autolegitima. 8.- Por ello, la legitimidad por el procedimiento ocupa el lugar de las antiguas fundamentaciones basadas en el derecho natural. 9.- La legitimidad es "disposición generalizada a aceptar, dentro de ciertos límites de tolerancia decisiones cuyo contenido está aun indeterminado". 10.- Por lo que respecta al concepto de legitimidad, hay que distinguir claramente entre la aceptación de las premisas de la decisión y la aceptación de la decisión misma. 11.- La función que cumple

el procedimiento es condición necesaria aunque no suficiente de la estabilidad. También se requiere la presencia de la amenaza del poder físico por parte del Estado"²⁶⁸.

El procedimiento debe asegurar que las personas que en él intervienen se autoinvolucren. La participación en el procedimiento se convierte en fundamental para tener posibilidad de influir en el resultado. Luhmann alude al procedimiento judicial, para señalarlo como ejemplo, éste, afirma nuestro autor, presenta al interesado ciertos roles que tiene que desempeñar si no quiere perder toda posibilidad de influencia en las decisiones del mismo. El procedimiento cumple tres funciones básicas: canaliza y aísla los conflictos, al especificar los conflictos, impedir la generalización e institucionalización de los mismos, absorber las protestas y producir el fraccionamiento del descontento; asegura la vigencia de las normas del sistema; e inmuniza al sistema frente a las preferencias valorativas individuales²⁶⁹.

Así la legitimidad queda confinada al ámbito de los procedimientos, y a la formación de expectativas socialmente

²⁶⁸ Ver: Luhmann, Niklas. Legitimation durch Verfahren. Newied-Berlin, Luchterhand 1969, 2 ed., Luchterhand 1975; reedición Frankfurt, Suhrkamp 1983. Ver también Garzón Valdés, Ernesto. "Acerca del concepto de legitimidad", Aguarío de Derechos Humanos, número 5, 1988-1989, pp. 343-369.

²⁶⁹ Garzón Valdés, Ernesto. "Acerca del concepto de legitimidad", artículo citado, pp. 346 y 347.

fundadas basadas en una situación de difusa disponibilidad social a aceptar las decisiones sin particulares motivaciones. El procedimiento electoral, por ejemplo, no tiene la pretensión de la teoría clásica de afirmar la "voluntad popular", ni la de las versiones neoliberales, "estilo Weber", de seleccionar a los mejores, a los auténticos líderes. Su función por el contrario, es abstraer e individualizar el rol del elector, sobre la base de la indiferencia y autonomía de la función electoral respecto a otros ámbitos sociales, lo que es garantizado por el formalismo que admite sólo un sí o un no sobre alternativas muy generales y reducidas en número, vetando el mandato imperativo. Es decir, que el elector es introducido en un procedimiento auto-obligante que autoriza a la administración a suponer la existencia de un apoyo político a decisiones vinculantes, disfrutando de la máxima autonomía frente a los intereses específicos del electorado. El resultado global es doble: de un lado la exclusión del procedimiento político a toda conflictividad radical, y, de otro, la absorción de las protestas a través de canales de amalgama de los intereses no antagonicos o su desviación a esferas de irrelevancia política. El sistema electoral y la competición interpartidista dan al subsistema de partidos más alta autonomía y una fuerte indeterminación estructural, a la vez que una efectividad simbólico-generalizante de la fuerza física y la participación en el procedimiento. Semejante función, en sus propios espacios, desempeñan los

procedimientos administrativos, judiciales y legislativos. Lo importante en todo caso para la autopreservación del sistema, es la necesidad de adaptarse a las circunstancias cambiantes de la sociedad o ambiente, es decir, el aprendizaje y reaprendizaje cognitivo de expectativas de carácter normativo, tarea fundamental para los tenedores del poder que deben trasladar de inmediato a los actores sometidos a él, para que estos estén en disposición de admitir los nuevos códigos simbólicos, las nuevas estructuras, los nuevos procesos y procedimientos²⁷⁰.

La tesis de Luhmann solo puede admitirse en su versión débil. Es decir, si se admite que el procedimiento contribuye a canalizar los conflictos o que las normas jurídicas reducen la complejidad de las acciones sociales; pero una versión fuerte, que sostenga que la calidad puramente formal del procedimiento puede bastar para asegurar la legitimidad del sistema dejando de lado su contenido, no puede ser plausible por varias razones: la primera, consiste en que la gente no acepta las decisiones procedimentales de manera rutinaria o sin motivación; la segunda, precisa que las decisiones tienen que estar basadas en buenas razones; la tercera, señala que las decisiones responden a pautas valorativas, no ajenas al individuo y al ambiente; la cuarta, refuerza la tercera, al indicar que no

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas, Legitimation durch Verfahren, ob. cit. pp. 13, 38-43.

es verdad que la población carezca de pautas valorativas con respecto a los aspectos vitales de su vida en sociedad, protección ambiental, sistema de penas y castigos, tratamiento de las minorías, vigencia de ciertos derechos, etc.; la quinta, nos lleva a la convicción de que Luhmann utiliza indistintamente los conceptos de legitimación y legitimidad, lo que no es superfluo atendiendo al concepto normativo de la legitimidad, etc. Lo anterior nos indica que el concepto de legitimidad de Luhmann no es tal, se trata en todo caso, de una noción formal sobre la estabilidad. Situación que resulta muy grave, pues de aprobarla no tendremos elementos para poner en tela de juicio la legitimidad de sistemas políticos como el del nacional-socialismo o el del apartheid ya que ellos crearon o crean sus propias reglas y criterios de legitimidad.

IV. 3. La visión contractualista de la legitimidad.

El contractualismo, que es en el sentido de este trabajo, una teoría de la legitimidad cuenta con razones suficientes que permiten defenderlo como base de legitimación social, política y jurídica. Las razones son las siguientes:²⁷¹

²⁷¹ Confróntese con: FERNANDEZ, Eusebio, La obediencia al derecho, Civitas, primera edición, 1987, pp. 137 y ss.

Primera: Existe una relación entre contrato social y consentimiento. Es decir, no puede entenderse el contrato social, ni la adopción de medidas políticas, jurídicas y sociales en un Estado sin el consentimiento de los gobernados. Una norma es legítima si se genera en un proceso democrático donde los destinatarios tengan participación, tanto directa como indirecta, respetándose cabalmente sus derechos de acceso político en los procesos de adopción de decisiones. El ideal del sistema democrático en la selección de alternativas es la unanimidad. Sin embargo, como este método es de improbable realización se debe recurrir a la regla de las mayorías. No obstante, los votos mayoritarios no garantizan la justicia en las decisiones, las mayorías pueden equivocarse. El contrato así entendido es el mejor representante de la democracia, en cuanto que entiende que ésta no es un sistema de justicia puramente procesal, sino que por el contrario sus resultados pueden ser considerados justos o injustos de acuerdo a cánones dependientes o independientes del procedimiento democrático mismo. Aplicar la regla de las mayorías solamente, sin tener un criterio diferente, podría implicar para un grupo importante de personas el ser privado de su libertad o de sus derechos²⁷².

En este sentido, las teorías puramente procesales de la

²⁷² FARRELL, Martín, "Sobre la justificación de la democracia", Revista Sistema, número 74, septiembre de 1986, pp. 107 y ss.; DIAZ, Elías, "Notas concretas sobre legitimidad y justicia", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 28, 1988, pp. 259 y ss.; DIAZ, Elías, "La justificación de la democracia", Revista Sistema, número 66, mayo de 1985, pp. 3 y ss.

democracia como la de Singer o Nelson²⁷³ adoptan puntos de vista rebatibles, pues cierto es que un procedimiento imparcial, abierto, público da importantes garantías sobre las justeza de la decisión, pero de ahí a casi sostener que la democracia es un sistema de justicia procesal puro, es tanto como ubicarse en el trascendentalismo, y olvidar la contingencia de la realidad. Las decisiones emanadas exclusivamente del procedimiento pueden ser injustas, por lo que deben revisarse. Por tanto, la primera razón para defender al contractualismo como una teoría viable de la legitimidad entraña el afirmar la importancia de la participación y del consentimiento de los gobernados en la conformación y actuación del poder. Sin consentimiento de los individuos sujetos al poder, nunca puede hablarse de legitimidad. Y la idea del contrato insiste en esa relación.

Segunda: El contrato social resalta el papel de los valores de autonomía individual, libertad e igualdad, base para la fundamentación de los derechos humanos y para la elaboración de una teoría de la justicia. El contrato social tiene la virtud, frente a otras tesis, de resolver los problemas relativos a la búsqueda de un principio de legitimidad social, política y jurídica apoyado en los valores señalados. Dice Eusebio Fernández que la conexión entre los valores mencionados y el contrato social tiene

²⁷³ NELSON, William, La justificación de la democracia, Ariel, Derecho, Barcelona, 1986; SINGER, Peter, Democracia y desobediencia, Ariel, Barcelona, 1985.

lugar mediante una doble vía: "a) Teniendo en cuenta que el contrato social no es un medio neutro de tomar decisiones, sino que el hecho mismo de la posibilidad de pactar o contratar con los individuos, y más aún si el objeto del pacto es el modelo de sociedad, es un hecho de gran trascendencia moral, pues indica que aceptamos y respetamos en los demás su autonomía moral, su dignidad y su libertad para tomar decisiones en una situación de igualdad con nosotros. b) Porque el contrato social sirve para articular, regular y modelar en instituciones sociales, políticas y jurídicas esos principios y valores de una forma racional y universalizable"²⁷⁴. Lo anterior viene a significar que el contrato social es una tesis que se sustenta en los derechos humanos al estimar que sin la debida protección y garantía de estos derechos, deja de tener sentido la existencia de cualquier orden político que esté por encima de ellos o los desconozca. Elías Díaz defendiendo esta idea, enuncia las bases que desde su punto de vista protegen y garantizan a los derechos fundamentales en una realidad social dada. Estos principios son: El reconocimiento de la vida humana como algo mejor que la no existencia o que la supresión no voluntaria de aquella; la libertad de crítica individual, libertad de opinión y expresión como elemento último, y primero, que dinamiza todo el sistema y evita la sacralización dogmática de lo existente; la participación

²⁷⁴ FERNANDEZ, Eusebio, La obediencia al Derecho, ob. cit., pp. 138 y 139.

política en libertad para la toma de decisiones y para la elección de legisladores y gobernantes como base de las reglas del juego democrático (las mayorías sólo saben que son mayorías si se reconoce y ejerce esa libertad); exigencia de igualdad básica en la libertad y realización de esa igualdad como orientación política general en relación con todos los ciudadanos, lo cual implica siempre coordinación de libertades y proporcionalidad realista de igualdades; afirmación del principio de la soberanía popular, y lucha contra su manipulación, como origen legítimo de las determinaciones jurídico-políticas colectivas; regla de las mayorías como criterio operativo para, en última instancia, expresar en la práctica la soberanía popular; reconocimiento de los valores e intereses legítimos de las minorías en la medida más amplia posible en que resulten asumibles y como exigencia también de estabilidad y paz social; política de consenso y de compromisos o pactos sociales, políticos, económicos, sin violar el sentido fundamental de las decisiones apoyadas por las mayorías; atención a las condiciones objetivas y a las repercusiones efectivas en la aplicación de tales decisiones (es decir, la necesidad de llevar a cabo un análisis concreto de la situación concreta); y, protección de los derechos humanos que derivan, en constante desarrollo y profundización, de las necesidades reales y colectivas expresadas, sobre la base de todo lo anterior, a través de

la razón crítica personal y de la consciencia ética de la humanidad²⁷⁵.

Tercera: La legitimidad contractual además es fundamento de la obligación política, en cuanto que hace residir el origen de la obligación política (obligaciones de los ciudadanos frente al Estado) en el pacto o consentimiento, y no en imposiciones sostenidas por principios como los de la razón de Estado. Esto refuerza y estimula la participación de los ciudadanos, pues estos saben que su participación cuenta. En este contexto los gobernados pueden aducir buenas razones para obedecer el derecho y para desobedecer civilmente. También se proporciona con esta idea, un excelente respaldo para reclamar el control de y hacia los órganos de poder. Estos al tener su origen en un acuerdo no pueden ir más allá de lo estipulado, los derechos humanos, y los depositarios primarios del poder, pueden exigirles válidamente cuenta de sus actos.

Ciertamente donde se aprecia con mayor claridad la importancia del fundamento contractualista de la obligación política, es en el supuesto de la obediencia al derecho, y de la desobediencia civil, pues aquí al tener los gobernados la certidumbre de que el orden jurídico no es producto de

²⁷⁵ DIAZ, Elías. "La justificación de la democracia", artículo citado, pp. 12 y 13.

fuerzas sometidas a la ley de la causalidad, sino de la voluntad de ellos mismos, prodrán enfentrar y argumentar con buenas razones morales, la obediencia o desobediencia a las leyes o a las acciones concretas del poder. La obligación ética de obedecer vendrá suministrada por la existencia de elementos como: libertades individuales, soberanía popular, regla de las mayorías, y sobre todo, por la vigencia de los derechos humanos. Igualmente, se tendrán razones para desobedecer si las normas o acciones no respetan y violan los derechos humanos, claro está, siempre y cuando esta desobediencia se realice de acuerdo a las condiciones que se señalarán en el capítulo sexto.

Cuarta: La legitimidad contractual descansa en la democracia liberal, lo que es importante por tres razones derivadas: primera, la democracia liberal se inspira en los derechos humanos, en el Estado de Derecho, en la división de poderes, en el constitucionalismo, en el sufragio universal; segunda, al momento no existe una alternativa a la democracia liberal que pueda realizar mejor estos principios; tercera, porque la democracia liberal y el contractualismo tienen una fuente común de carácter crítico, igualitario, de participación igual en las decisiones, de igualdad de oportunidades. Ello significa que existe una conjunción entre democracia y liberalismo, rescatando lo mejor de ambas tradiciones, y proyectándolas en la consecución de una democracia liberal de corte social, que

profundice en la democracia, que justifique a la democracia permanentemente y con mejores razones. El contractualismo en esta tesitura se debe basar en la libertad, pero no exclusivamente, en la llamada libertad negativa, sino en la positiva, libertad que encierra el valor básico y fundamental tanto para una teoría de la legitimidad democrática como para una teoría de la justicia. La libertad positiva no debe verse separada de la libertad negativa (libertad de no interferir) porque esta última deriva de la primera, es decir de la dignidad humana, de la autonomía personal²⁷⁶. El problema fundamental del liberalismo actual consiste en que no ha reivindicado plenamente el problema de las necesidades humanas a su órbita teórica. Sobre la igualdad jurídica y democrática casi nadie duda, pero sobre la igualdad social, existen grandes dudas aún, por un incorrecto manejo de conceptos tales como el de autonomía²⁷⁷.

²⁷⁶ La posición enunciada rebasa la concepción de lo expuesto por BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos de libertad" en Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Universidad, Madrid, 1988, pp. 187 y ss.; y se acerca al concepto de autonomía referido por NINO, Carlos, "liberalismo versus comunitarismo", artículo citado, pp. 375 y 376.

²⁷⁷ Ver el análisis de los cinco elementos que permiten a Werner Becker justificar y legitimar al Estado, en BECKER, Werner, "El liberalismo clásico y el liberalismo democrático", en Revista Sistema, número 47, marzo de 1982, pp. 47-58. La importancia del concepto de autonomía en Nino estriba en señalamientos como: "Esto quiere decir que no es objetivamente valioso el aumento o el ejercicio de la autonomía de un individuo que se hace a costa de que otros individuos tengan una menor autonomía que el primero ... Si la autonomía no es objetivamente valiosa si no se distribuye en una forma imparcialmente aceptable, tampoco lo es la realización personal alcanzada a través de esa autonomía ... Cabe decir que, si bien la autonomía de uno no tiene valor impersonal si se hace a costa de la menor autonomía de otros, la distribución imparcialmente aceptable de la

Quinta: El principio de legitimidad contractualista consagra la supremacía del individuo y de la sociedad sobre el Estado. Es decir, se enfrenta a las tesis organicistas, estatistas, sustancializadoras del Estado²⁷⁸. Para el contractualismo, el individuo y la sociedad exigen del orden político, mediante previo consenso democrático las medidas que estiman oportunas. El Estado queda subordinado al individuo y a la sociedad, no para ser sujeto de la arbitrariedad de éstos, pues una teoría ética de lo razonable como el contractualismo no lo debe permitir, sino para que el Estado se convierta en un adecuado centro de equilibrio, en protector y garante de los derechos humanos, de los civiles y políticos, como de los económico, sociales y culturales. Bobbio, en este sentido ha señalado, que quien no base sólidamente al gobierno civil en el individuo como elemento originario y constitutivo de la sociedad ya ha puesto las premisas para justificar cualquier forma de despotismo en nombre incluso de nobles ideales²⁷⁹. Y Eusebio Fernández precisa que al contrato no le basta establecer que los individuos son los dueños de su destino, sino que debe

autonomía no puede llegar a que lo que se distribuye ya no sea "autonomía". NINO, Carlos, "Liberalismo versus comunitarismo", artículo citado, pp. 375 y ss.

²⁷⁸ Ver LOPEZ CALERA, Nicolás, "Derechos individuales y derechos del Estado", en Discurso de apertura, Universidad de Granada, curso académico, 1986-1987, editada por el servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1986.

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto, El futuro de la democracia, ob. cit., pp. 14 y 137.

fijar de antemano por dónde han de encaminarse las posibilidades sociales de emancipación humana, partiendo de la base de que la autonomía, la libertad, la seguridad y la igualdad de los individuos es lo único realmente importante. El individualismo aquí no es el individualismo grosero e insolidario, sino el ético y fraternal, al que Javier Muguerza denomina comunicativo²⁸⁰. El Estado precisa como cualquier centro de poder de la democracia y del control democrático para no violar derechos fundamentales, por ello Bobbio señala que el índice de desarrollo democrático hoy en día debe verse no en el número de personas que votan, sino en la cantidad de lugares donde se vota²⁸¹. Esto, para que el Estado o los centros de poder no sobrepasen su objetivo y razón de ser, esto es, el de estar al servicio de los individuos mediante su consentimiento, protegiendo, garantizando y reconociendo en todo tiempo a los derechos humanos.

²⁸⁰ FERNANDEZ, Eusebio. La obediencia al Derecho, ob. cit., p. 147; MUGUERZA, Javier. "Entre el liberalismo y el libertarismo", artículo citado, pp. 44 y ss.

²⁸¹ BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia, ob. cit., p. 17.

V. LA OBEDIENCIA AL DERECHO

V.1 Introducción al Problema.

El tema de la obediencia al derecho ligado con el de la obligación política, y por supuesto con el de la legitimidad de los sistemas políticos. La filosofía política en su versión de filosofía del derecho considera a esta materia como central dentro de su análisis. El problema de la obligación política radica en la pregunta ¿por qué debo obedecer al Estado? ¿por qué debo obedecer al Derecho?.

La primera pregunta entraña la legitimidad o justificación del Estado, y la segunda, íntimamente relacionada, nos conduce a la cuestión de la fundamentación de las normas jurídicas, de si debemos siempre obedecerlas, o de si en ciertas circunstancias podemos y debemos desobedecerlas, y cuáles son las razones para esa obediencia o desobediencia.

La respuesta a esta última pregunta es decisiva para contestar a la primera. Generalmente se aducen tres tipos de razones para obedecer al Derecho: razones legales, razones prudenciales, y morales. Las razones legales son tautológicas, en cuanto que se aduce que desde que existe una norma jurídica el ciudadano está obligado a obedecerla. Existe una identificación entre norma jurídica y obligación

legal. Hans Kelsen dió sobre esto la siguiente respuesta: "La pregunta que se plantea es por qué estas personas deben obedecer al Derecho. No nos preguntamos si el derecho positivo es válido, ya que de hecho la teoría del Derecho positivo presupone que lo es y ello constituye un rasgo esencial del Derecho positivo"²⁸². Las razones puramente legales se agotan en el mismo sistema legal. Aquí, se genera un problema semejante al de la concepción de la legitimidad de la teoría positivista que reduce la legitimidad al orden jurídico, sin importar sus contenidos. Las razones para obedecer al Derecho deben buscarse fuera del sistema legal. Por su parte, las razones prudenciales para obedecer al Derecho se fundamentan en el temor a ciertas consecuencias, tales como privación de libertad, multas, etc., que se derivarían de la no obediencia. Si bien, son externas al orden jurídico, son insuficientes para reclamar una obediencia en un sentido "fuerte" a la ley. Podemos llamarlas razones psico-sociales porque toman en cuenta factores y elementos que descansan en el estudio de la conducta individual y colectiva, en los ámbitos personal y social. Son al fin de cuentas razones "interesadas", y en el lenguaje rawlsiano podríamos afirmar que se trata de razones racionales pero no razonables. Por último, las razones morales son aquellas que se sostienen en contenidos, por

²⁸² KELSEN, Hans. "¿Por qué obedecer al Derecho?", en Qué es la justicia, traducción castellana con estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 183.

ejemplo, se debe obedecer el Derecho porque es justo, porque emana de un procedimiento democrático, porque protege los derechos humanos, etc. Se considera en este contexto una íntima relación entre moral y derecho que echa por tierra las posiciones puramente positivistas. No es que se confundan ambos espectros, solo se manifiesta que entre ellos existen importantes influencias que el Derecho debe tomar en cuenta para tener la pretensión de ser legítimo o justo²⁸³. Aquí se dice que el Derecho como obra humana debe ganarse la obligación de ser obedecido por la justeza de sus normas.

Se señaló al inicio de este apartado, que el problema de la obediencia al Derecho tiene una liga con la obligación política, por eso, una vez establecidos los tres tipos de razones que existen para obedecerlo, me veo en el deber de exponer las diferentes especies de obligación para relacionar a las razones morales con la obligación política.

²⁸³ Sobre las relaciones entre Derecho y Moral, ver: Garzón Valdés, Ernesto (comp.) *Derecho y Filosofía*, Editorial Alfa, Barcelona, 1985, especialmente las aportaciones del propio compilador, Ralf Dreier, Norbert Hoerster, Lothar Kuhlen, Macia Manso, Ramón, *Derecho y Moral en Immanuel Kant*, Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988; VERNENGO, Roberto, "Moral y Derecho: sus relaciones lógicas", Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988; Cortina Orts, "Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico", en Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988; Montoro Ballesteros, Alberto, "Sobre las relaciones entre moral y derecho", en Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988; Martínez Roldán, Luis, "Moral y Derecho Positivo", Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988, etc.

Geoffrey Marshall alude a tres especies de obligación: jurídica, moral y política. La obligación jurídica se corresponde con las razones legales ya mencionadas. En cuanto a la obligación moral, ésta se origina en la conciencia moral, autónoma, voluntaria y libre del individuo, es una obligación no interesada, impuesta por el respeto al deber, y que va más allá de la obligación legal. Este tipo de obligación se identifica con las razones morales. Finalmente la obligación política perfecciona a la obligación moral individual. También se apoya en razones morales pero conectadas estrechamente con el sistema político. La obligación política presupone la vida en sociedad, la convivencia política, la necesidad de una autoridad. Es pues, la obligación política, la suma de las obligaciones legales y morales, en donde las últimas cuestionan a las exclusivamente legales²⁸⁴.

La obligación política atiende a las llamadas paradojas de la autoridad para disolverlas. Dice Raz que "Las paradojas de la autoridad pueden adoptar diferentes formas, pero todas ellas se refieren a la alegada incompatibilidad de la autonomía con la razón y la autonomía (moral). Estar

²⁸⁴ Marshall, Geoffrey, Teoría Constitucional, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1982, p. 251 y ss. Ver también la interesante polémica suscitada en el medio jurídico norteamericano respecto al problema de la interpretación constitucional y la influencia de los principios morales en las decisiones judiciales de la Suprema Corte de ese país, en Beltrán Miguel, Originalismo e interpretación (Dworkin vs Bork: una polémica constitucional), en Cuadernos Civitas, primera edición, 1989.

sometido a la autoridad, se argumenta, es incompatible con la razón, puesto que ésta exige que siempre se actúe en base a la balanza de razones de las que uno está consciente. Es de la naturaleza de la autoridad requerir su misión aun cuando se piense que lo que nos es requerido es contrario a la razón, por lo tanto, el sometimiento a la autoridad es irracional. Similarmente el principio de autonomía implica que se actúe en base al propio juicio en todas las cuestiones morales. Como la autoridad algunas veces requiere que se actúe en contra del propio juicio, exige, así el abandono de la autonomía moral. Como todas las cuestiones prácticas pueden implicar consideraciones morales, toda autoridad práctica niega la autonomía moral y es, consecuentemente, inmoral²⁸⁵. Estas paradojas son sólo aparentes como el mismo Raz reconoce, y quedan desvirtuadas cuando se sostiene que es absurdo afirmar que la relación individuo (autonomía moral) y autoridad es incompatible, puesto que si esgrimimos la tesis de que la autoridad sólo es legítima y sólo es autoridad si actúa justamente, entonces no tiene sentido hablar de tales paradojas porque hemos trascendido el formalismo y el positivismo.

A la autoridad no le basta ser solo de jure, cierto que ésta cuenta con ciertos rasgos que la hacen legítima. Sin embargo, una autoridad exclusivamente de jure puede ser

²⁸⁵ RAZ, Joseph. La autoridad del derecho, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. UNAM: México, 1985, pp. 17 y 18.

cuestionada, y no se diga la de facto. Por tanto, la autoridad del derecho para que sea legítima, y el derecho tenga la pretensión de ser obedecido, requiere estar basada en razones morales. O como establece Eusebio Fernández: "El Derecho tiene autoridad legítima cuando cuenta con la autoridad moral que le otorga el ser un derecho justo y lo es suficientemente en el caso de que se cumpla los dos requisitos combinados de haber sido producido democráticamente según el principio de legitimidad contractual y si respeta y garantiza los derechos fundamentales del hombre"²⁸⁶.

De esta manera el enfoque que se difiende es el de carácter moral que sostiene la obligación de obedecer el Derecho cuando las normas jurídicas están justificadas en razones morales. Esto sólo tiene sentido en las sociedades democráticas, pues la obligación política no se manifiesta más que en una sociedad en la que la obediencia no es el resultado sólo de la fuerza, sino en una respuesta de los ciudadanos al poder basada en el consenso²⁸⁷. Es decir, en una autoridad que satisfaga las tres dimensiones a las que alude Marshall: autoridad legítima de origen, de ejercicio, y además, autoridad que acepte que los gobernados no están

²⁸⁶ FERNANDEZ, Eusebio, La obediencia al derecho, ob. cit., pp. 56 y 57.

²⁸⁷ PASSERIN D'ENTREVES, "Legitimidad y resistencia", en Revista Sistema, número 13, Madrid, 1976, p. 27.

obligados a prestar una obediencia en todos los casos ilimitadamente²⁸⁸.

V. 2. Algunas posturas significantes sobre la obediencia al Derecho.

V.2. 1. La posición de John Rawls.

Rawls sostiene que existe una obligación moral de obedecer las leyes justas, pero al igual que autores como Herbert Hart, Joel Feinberg, Harry Beran o Rex Martin, distingue entre "deber" y "obligación"²⁸⁹. En términos generales para que exista una obligación se precisa la realización previa, voluntaria y consciente de un acto que es condición necesaria de la misma. Las obligaciones hacen que una acción que era moralmente neutral pierda prima facie su opcionalidad, a la vez que engendran, al mismo tiempo, derechos correlativos. Los deberes en cambio, pueden ser neutrales, posicionales o de obediencia, no se adquieren voluntariamente, ni se asumen con abstracción de su contenido. Su función es la de prescribir, enseñar, indicar o aconsejar cuál es la conducta correcta teniendo en cuenta todos los factores relevantes que rodean al caso. Rawls considera que las obligaciones son exigencias derivadas del

²⁸⁸ MARSHALL, Geoffrey, Teoría Constitucional, ob. cit., pp. 265 y ss.

²⁸⁹ MALEM SENA, Jorge, Concepto y justificación de la desobediencia civil, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 18 y ss.

principio de imparcialidad. Según su Teoría de la Justicia, a una persona se le puede reclamar que cumpla con el papel definido por las reglas de una institución si se satisfacen dos condiciones: que la institución realice los dos principios de justicia, y que la persona acepte voluntariamente los beneficios del acuerdo o que obtenga provecho de las oportunidades que éste ofrece para promover sus propios intereses. Las obligaciones son por tanto consensuales, y sus vínculos presuponen instituciones justas. Para Rawls, los deberes naturales, existen con independencia del consentimiento de las personas (el deber de ayudar a otro cuando lo necesita, el deber de no dañar, etc) y no tienen conexión con las instituciones o prácticas sociales ni su contenido está reglamentado por las reglas de los acuerdos. Surgen -los deberes- de la consideración a la dignidad de las personas como moralmente iguales.

Rawls indica que el deber natural mas importante es el de defender y fomentar las instituciones justas²⁹⁰. Este deber tiene dos partes: primera, la de obedecer y cumplir nuestro cometido en las instituciones justas cuando éstas existan y se nos apliquen, y la segunda, hemos de facilitar el establecimiento de acuerdos justos cuando estos no existan, al menos cuando pueda hacerse un poco de sacrificio de nuestra parte. Por tanto, señala Rawls, si la estructura de la sociedad es justa o todo lo justa que cabe esperar,

²⁹⁰ RAWLS, John. Teoría de la Justicia, ob. cit., p. 374.

todos tenemos el deber natural de hacer lo que nos exigen las instituciones.

Rawls, de conformidad con la distinción entre deber y obligación, aprecia que las obligaciones se derivan del principio de imparcialidad²⁹¹, según el cual una persona está obligada a cumplir su parte, como lo establecen las normas de una institución, cuando ha aceptado voluntariamente los beneficios del esquema institucional, o se ha beneficiado de las oportunidades que ofrece para fomentar sus intereses. De acuerdo a este razonamiento, el principio de imparcialidad obliga sólo a aquellos que asumen un puesto político o están mejor situados. Esto es, los privilegiados adquieren más obligaciones que los que no lo son, con lo cual, no es posible, en la posición rawlsiana, hablar de una obligación política para todos los ciudadanos.

Lo anterior nos lleva a concluir que Rawls considera que existe un deber natural de obedecer el derecho justo, pero no una obligación para hacerlo. Aunque, si admitimos que Rawls acepta como requisito del Derecho justo su legitimidad contractual, y esta legitimidad presupone acuerdos voluntarios y ventajosos para todos, entonces es dable opinar que si existe en el pensamiento rawlsiano la obligación moral de obedecer el Derecho justo.

²⁹¹ RAWLS, John, Teoría de la Justicia, ob. cit., p. 383.

Rawls, sin embargo, sostiene que existe el deber de obedecer leyes injustas. Manifiesta que "la injusticia de una ley, no es, por lo general, una razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación es una razón suficiente para aceptarla"²⁹². Afirma que cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, estimada por el estado actual de las cosas, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia. Entre los razonamientos adicionales que proporciona está el que se apoya en el deber de urbanidad. "El deber de urbanidad impone la aceptación de los defectos de las instituciones, y ciertos límites para poder beneficiarnos de estos defectos. Sin el reconocimiento de este deber la fe y la confianza mutua están expuestas a desaparecer. Por tanto, en un estado próximo a la justicia, existe normalmente el deber (y para algunos también la obligación) de obedecer las leyes injustas"²⁹³.

Desde una estricta visión contractualista no es viable aceptar la tesis rawlsiana en esta parte (el deber o la obligación de obedecer leyes injustas) porque es inmoral el deber u obligación de obedecerlas. En un Estado democrático "casi justo", es importante seguir mejorando los niveles de justicia, a través de correctivos como el de la

²⁹² RAWLS, John, Teoría de la Justicia, ob. cit., p. 392.

²⁹³ RAWLS, John, Teoría de la Justicia, ob. cit., p. 396.

desobediencia civil, que se realiza por medios pacíficos, no violentos y generalmente después de agotar las vías institucionales y legales.

V.2.2. La tesis de Ronald Dworkin.

Para comprender la teoría de Dworkin sobre la obediencia al Derecho debemos tener en cuenta que el Derecho y el Estado, en su obra, no son otra cosa que instrumento de garantía de los derechos individuales, esto es, la idea de que la organización jurídica debe estar orientada sólo a tutelar los derechos que se presentan como derechos humanos, caracterizados como básicos y naturales.

De esta premisa básica y fuerte sobre los derechos entiende que el deber general de obediencia o el deber social de lealtad al derecho²⁹⁴, no se repite sin más de la doctrina tradicional sobre la obligación política. El considera que sólo cuando el Derecho es producto de un Estado democrático, y es fruto también, del respeto a los derechos individuales (básicamente a la dignidad y a la igualdad) podemos hablar de un deber moral de obediencia. El deber se caracteriza por ser individual, en conciencia: por eso señala que la conducta del ciudadano no es injusta mientras se guíe por su propia opinión, considerada y

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pp. 279 y 315.

razonable. de lo que exige la ley²⁹⁵. y ello por la peculiaridad del sistema constitucional de los Estados Unidos. que, según Dworkin, reside en el hecho de remitir la cuestión de la obediencia concreta a la decisión individual. es cada ciudadano quien debe decidir, contrastando los argumentos que apoyan o no tal obediencia. lo que exige en última instancia. que exista un mínimo de consenso social sobre los criterios de conducta. El individualismo en este sentido no es arbitrario. Dworkin expresa que para que la opinión individual sea considerada y razonable. no podrá dejar de examinarse el precedente judicial. y ello no porque sea por fuerza el procedimiento correcto para la decisión justa. sino porque se trata de lo coherente con la peculiaridad del sistema jurídico en cuestión. Es decir. para sostener el modelo de reconstrucción racional en lo referente al razonamiento jurídico. que es otra de las tesis centrales de Dworkin. es necesario contraponer. utilizar los elementos que nos proporciona el Derecho: normas. reglas. principios y resoluciones judiciales: quien rechace sin más o no argumente de modo suficiente el porque de su rechazo del precedente. no podrá tener a su favor. por ejemplo. la presunción de que la propia opinión es considerada y razonable²⁹⁶. Desde luego lo anterior lleva a la conclusión de que. si persiste la duda. debe seguirse el propio juicio. deben prevalecer los derechos. o. en otras palabras. que el

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, ob. cit., p. 318.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, ob. cit., p. 310.

criterio último es la prioridad de los derechos morales, porque así lo exige la tesis de los derechos "fuertes".

La teoría de Dworkin al respecto, no deja dudas acerca de la existencia de un deber moral de obedecer el Derecho cuando este es el resultado de un procedimiento democrático y del respeto a los derechos humanos. Igualmente es concluyente sobre el carácter limitado de las normas jurídicas, y sobre el papel del individuo, que siempre tiene un derecho a la desobediencia en caso de que la autoridad desconozca un derecho fundamental. Claro, siempre que esa desobediencia se ajuste a ciertos requisitos.

V.2.3. La teoría del consentimiento.

Se trata de una teoría compleja que puede revestir en algunos casos y en ciertos autores el tono de la teoría del contrato. Por eso dice Malem Serna que en su formulación más simple la teoría del consentimiento adopta la forma de una autorización, mientras que en su versión más compleja adquiere la forma de un contrato²⁹⁷.

Su importancia radica en que constituye un esfuerzo serio para intentar justificar la moralidad del acatamiento a la ley, basándolo únicamente en la voluntad del agente, en

²⁹⁷ MALEM SERNA, Jorge. Concepto y justificación de la desobediencia civil, ob. cit., p. 26.

su propio discernimiento: es decir, subrayando la libertad de los individuos en la elección de sus propias decisiones morales. La teoría del consentimiento además cumple con una doble función: la de generar obligaciones políticas en el ciudadano y la de legitimar al gobierno que ha sido elegido con el consentimiento de los gobernados. Malem precisa sus presupuestos: "El primero de ellos, es que el hombre que ha nacido libre permanece libre en un Estado que él mismo ha contribuido a forjar mediante actos voluntarios, y que sólo por medio de este tipo de actos una persona puede enajenar parte de sus derechos en favor del Estado: institución esta que rige en beneficio de todos y que constituye la mayor y mejor garantía para el mantenimiento y desarrollo de todas las potencialidades de sus ciudadanos"²⁹⁸.

La teoría del consentimiento al insistir en las vías formales de adopción del acuerdo ha sido acusada de procedimentalista. Tal es el caso de Peter Singer que centra su estudio²⁹⁹ en tres modelos de asociación, dos de los cuales no son democráticos y uno sí. Los dos primeros modelos carecen de interés en el estudio de Singer, en razón de que en un sistema no democrático no existen bases morales para obedecer las normas, programas y mandatos, en tanto que no todos los sujetos participan directa o indirectamente en

²⁹⁸ MALEM SERA, Jorge. Concepto y justificación de la desobediencia civil, ob. cit., p. 28.

²⁹⁹ SINGER, Peter. Democracia y desobediencia, ob. cit..

su elaboración. ni se han puesto de acuerdo sobre sus resultados. En cambio, en un sistema democrático la obediencia al derecho es sostenible, pues se acepta un procedimiento de toma de decisiones que representa un compromiso justo entre las pretensiones concurrentes al poder, en donde aceptar significa participar en el procedimiento de toma de decisiones y acatar sus resultados, y en segundo lugar, y de acuerdo con este modelo democrático, la participación en un procedimiento de toma de decisiones cuando todos participan en él de buena fé crea la obligación de aceptar los resultados del procedimiento.

De esta forma en una sociedad democrática modelo hay razones morales muy importantes para obedecer las leyes. Sin embargo, Singer aclara que las razones para obedecer las leyes sólo son aplicables cuando no ha habido infracción alguna de derechos que son esenciales para el funcionamiento de un procedimiento justo. Entre tales derechos se cuentan los derechos democráticos de libertad de expresión, libertad de asociación, derecho a la emisión del voto, entre otros.

Singer considera que existen formas de desobediencia limitada que no van contra las razones democráticas para la obediencia, como la que se propone obtener publicidad para un punto de vista que no ha recibido una audiencia justa y la que tiende a conseguir la reconsideración de una decisión. Para Singer estas formas de desobediencia civil

son compatibles con el compromiso justo y son elementos importantes para la estabilidad del sistema.

La obra de Singer desde la perspectiva contractualista pasa por correcta en cuanto se sostiene que solo en un modelo democrático existe la obligación o el deber natural de respecto de obedecer las normas. Las razones para fundamentar esta afirmación son plausibles, ya que los elementos de participación política no existen o son imperfectos, lo que propicia que no se de el llamado "compromiso justo" al no existir acceso ni al establecimiento de las reglas del juego ni a sus resultados.

La idea de "compromiso justo" es fundamental para comprender la obediencia al derecho en un sistema democrático, en razón de que si todos participan en la elaboración de las normas o establecieron los mecanismos de representación de acuerdo con los derechos que son esenciales para el funcionamiento del procedimiento, como las libertades de participación política, entonces es difícil hablar de desobediencia. No obstante, y a pesar de la perfección lógica del modelo, el error de Singer estriba en considerar al "compromiso justo" solo en cuanto al procedimiento, y no referirlo al valor de las decisiones que son tomadas por los participantes en el compromiso. Es decir, el llamado "compromiso justo" puede ser impecable desde el punto de vista de los mecanismos de participación

politica pero las decisiones tomadas por lo miembros de la comunidad pueden ser aberrantes y contrarias a valores o derechos como la igualdad, la libertad, el pluralismo, etc. De ahí, que a Singer le halla faltado incorporar a su idea de compromiso justo, la de corrección conforme a los valores morales de la decisión o decisiones tomadas.

Singer, pues, no conecto adecuadamente el tema de la obediencia del derecho y de la desobediencia civil con el de la legitimidad. Y al no hacerlo, al no unir procedimiento justo con resultados justos, derivó en el procedimentalismo formalista, que tan proclive es a la crítica de los que niegan que exista una base moral para obedecer al derecho en los sistemas democráticos.

Singer es un ejemplo de la diversidad de las teorías del consentimiento. Existen casos extremos dentro de este arco. Por ejemplo, el del consentimiento expreso, que exige el consentimiento manifiesto de todos los ciudadanos de un Estado para todos los actos de poder. Otra vertiente, la del consentimiento tácito precisa de ciertas características: que el consentimiento se otorge mediante el silencio o la inactividad de las partes, nunca en forma abierta o manifiesta; que la posición en la que se encuentra el que consiente debe ser absolutamente clara respecto del acto de consentir, de lo apropiado de la situación para hacerlo y de la voluntad para realizar el mismo; que exista un periodo de

tiempo razonable para posibles alternativas al consentir; que el punto sobre el cual se consiente debe estar perfectamente establecido, debiendo ser expuesto de manera inequívoca al posible "consentidor"; que el disenso ha de poder manifestarse fácilmente, tanto en lo referente a las oportunidades como a los medios de realizarlo; y que las consecuencias para quien disiente no deben ser graves, ni deben ir en detrimento del posible disidente por el mero hecho de serlo³⁰⁰. Otra posición importante, dentro de la teoría del consentimiento, es la del consentimiento de la mayoría, nacida de la imposibilidad práctica de que todos los individuos consientan de manera expresa o tácita, y de la obvia imposibilidad de la unanimidad. Esta teoría es criticada por la situación en la que quedan las minorías respecto a la obediencia de normas, programas o políticas que no comparten.

El sucinto panorama expuesto muestra claramente las deficiencias de una teoría basada exclusivamente en el consentimiento procedimentalista. El que ciertamente es importante, pero que adolece de elementos tan trascendentales como el del respeto y garantía a los derechos humanos después de la adopción de las normas o decisiones.

³⁰⁰ MALEM SENA, Jorge, Concepto y Justificación de la desobediencia civil, ob. cit., pp. 33.

V.2.4. La tesis de Joseph Raz.

Raz aduce que no existe una obligación de obedecer el derecho, ni siquiera una obligación prima facie de obedecerlo³⁰¹. Lo que es el resultado de su concepción inicial. La obligación de obedecer al derecho: "es una obligación general que se aplica a todos los súbditos del derecho y se refiere a todas las disposiciones jurídicas en todas las ocasiones a las que se aplican"³⁰². Esta concepción extrema impide sostener la obligación de obediencia al exigir requisitos imposibles de satisfacer. Tal como se puede desprender de lo escrito respecto a ese tema, la obligación de obediencia se ha entendido como una actitud general de obediencia, en donde en ciertos casos, al no ser justo el derecho, es factible desobedecerlo por razones morales. La tesis extrema de Raz, de seguirse al pie de la letra en este sentido, haría nula la posibilidad de desobediencia civil, y en un sistema jurídico pueden coexistir normas justas con otras injustas. Por tanto, la obediencia al derecho ni es general, ni es ilimitada.

Raz considera que algunas personas tienen razones morales para obedecer al derecho pero que eso no significa una obligación general de obediencia. El propone una cuestión: "¿Cuál debe ser la actitud de un ciudadano

³⁰¹ RAZ, Joseph. La autoridad del derecho, ob. cit., p. 289.

³⁰² RAZ, Joseph. La autoridad del derecho, ob. cit., p. 290.

escrupuloso hacia las disposiciones jurídicas de una sociedad cuyo sistema jurídico es por lo general bueno y justo?"³⁰³. La respuesta proporcionada, es la de respeto por el derecho. Este respeto tiene dos componentes: respeto cognoscitivo y respeto práctico. La actitud cognoscitiva consiste en el apropiado conocimiento sobre el valor moral del derecho y de las inclinaciones y disposiciones tanto afectivas como prácticas apropiadas para ello. Raz estima que tanto el conocimiento como las disposiciones afectivas y prácticas varían según el caso y según la persona de cuya actitud se trate. Pueden consistir en la creencia de que el derecho es democrático y justo, de que contribuye al progreso social o que protege los derechos de los individuos, etc. Por su parte, la actitud práctica de respeto consiste en gran medida, en la inclinación de obedecer el derecho y también, en una variedad de disposiciones afectivas y cognoscitivas, así como otras disposiciones prácticas apropiadas para ello. Estas disposiciones son también variables, y pueden incluir hostilidad hacia los infractores del derecho, satisfacción cuando estos son procesados, aprobación del comportamiento jurídico obediente y de las personas que obedecen el derecho, etc.³⁰⁴

³⁰³ RAZ. Joseph. La autoridad del derecho. ob. cit., p. 309.

³⁰⁴ RAZ. Joseph. La autoridad del derecho. ob. cit., pp. 310 y 311.

Desde luego que el respeto por el derecho, es en Raz, un sustituto de la obligación de obedecerlo, al grado que llega a sostener que: "En todo caso, para la persona que respeta el derecho existe una obligación de obedecer. Su respeto es la fuente de esta obligación"³⁰⁵.

La objeción a la tesis del respeto por el derecho descansa en su vaguedad, pues es insuficiente la liga entre individuo y sistema jurídico-político. No es suficiente la lealtad y la confianza al sistema para salvaguardarlo, mantenerlo, y mucho menos legitimarlo. La actitud del individuo debe ser decidida, profunda, comprometida, para poder reforzar el sistema, y en su caso legitimarlo en base a razones éticas. Una mera confianza o respeto en el Derecho puede generar abusos por parte del poder, al no contar con la participación crítica, comprometida y moral de sus ciudadanos. La obediencia al derecho se traduce en esta hipótesis, en un medio de control al poder político. El respeto por el Derecho no basta. El ordenamiento jurídico debe superar la conformidad con el sistema y las normas, pues cuando el ordenamiento "intenta ser la vía de llegar a mayores objetivos éticos y se propone otras exigencias más difíciles referentes a su legitimidad y al contenido de las normas, y gana por tanto en "moralidad" es decir, en la garantía de un mayor grado de autonomía, libertad y seguridad e igualdad para los ciudadanos, entonces la

³⁰⁵ RAZ, Joseph, La autoridad del derecho, ob. cit., p. 320.

respuesta de estos tiene que estar a la altura de las obligaciones contraídas por parte del Estado"³⁰⁶.

V. 2. 5 La polémica española sobre la obediencia al derecho.

Esta polémica se encuentra contenida en varios trabajos de profesores españoles³⁰⁷. Fue iniciada por el profesor Felipe González Vicén, quien ha sostenido que no hay una obligación ética para obedecer el derecho, pero sí una obligación ética para desobedecerlo. Javier Muguerza ha seguido con algunos matices los pasos del profesor González Vicén, y frente a ellos, profesores como Manuel Atienza, Elix Díaz, Eusebio Fernández, Adela Cortina y Esperanza Guisan han mantenido argumentos a favor de la existencia de una obligación ética para obedecer el derecho.

³⁰⁶ FERNÁNDEZ, Eusebio, "La obediencia al Derecho", ob. cit., p. 125.

³⁰⁷ Ver: GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "La obediencia al Derecho", en Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 1979; GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "La obediencia al derecho. Una antitética", Sistema, número 55, 1983, pp. 101-105; MUGUERZA, Javier, "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia. (Una intrusión en un debate)", Sistema, número 70, 1986, pp. 27-40; ATIENZA, Manuel, "La Filosofía del Derecho de Felipe González Vicén", en El lenguaje del Derecho, homenaje a Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; DÍAZ, Elix, De la maldad estatal y la soberanía popular, ob. cit.; FERNÁNDEZ, Eusebio, "La obediencia al Derecho", ob. cit.; CORTINA, Adela, "La calidad moral del principio ético de la universalización", Sistema, número 77, 1987, pp. 111-120; GUISAN, Esperanza, "Razones morales para obedecer al Derecho", en Anales de la Catedra Francisco Suárez, número 28, 1988, pp. 131 y ss.

Para González Vicen, "En tanto que orden heterónimo y coactivo el Derecho no puede crear obligaciones, porque el concepto de obligación y el de un imperativo procedente de una voluntad ajena revestida de coacción son términos contradictorios ... Con ello desembocamos en el gran problema de los límites de la obediencia jurídica. Si no hay más obligación que la obligación en sentido ético, el fundamento de la obediencia al Derecho basado en el aseguramiento de las relaciones sociales o en otras razones análogas es solo, por así decirlo, un fundamento presuntivo o condicionado: un fundamento que sólo puede serlo en el pleno sentido de la palabra si el Derecho no contradice el mundo autónomo de los imperativos éticos. Si un derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido ... O dicho con otras palabras: mientras que no hay fundamento ético para la obediencia al Derecho, si que hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia. Este fundamento está constituido por la conciencia ética individual"³⁰⁸.

El problema, como puede apreciarse, se genera porque el profesor González Vicen entiende la ética desde el plano de las razones absolutamente autónomas, y el Derecho contradice el mundo autónomo de los imperativos morales. "La

³⁰⁸ GONZÁLEZ VICEN, Felipe. "La obediencia al Derecho", en Estudios de Filosofía del Derecho, ob. cit., pp. 386-388.

obligatoriedad ética no se encuentra en los ordenes sociales, sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los imperativos de la conciencia"³⁰⁹.

Javier Muguerza³¹⁰, al igual que Gonzalez Vicén esta de acuerdo en el derecho a la desobediencia al derecho pero no a la obligación de obedecerlo. Fundamenta la desobediencia en el imperativo kantiano de los fines, basado en su formulación de que "el hombre existe como un fin en si mismo y no tan sólo como medio", pero no así la obediencia al derecho, cuando Kant era un firme defensor de la obediencia al derecho, sobre todo en su alusión al derecho de resistencia y en su concepción general del Derecho. La posición de Muguerza repite que los planos éticos existen exclusivamente en la conciencia individual, y que no pueden ser trasladados a los espacios sociales, lo que además de reduccionista es incorrecto porque el individualismo ético permite no sólo el derecho a la disidencia, sino la fundamentación de las normas jurídicas que estén en concordancia con los principios de la moralidad. Manuel Atienza³¹¹ ha señalado al respecto que aunque los imperativos éticos tengan su origen en la conciencia individual, pueden

³⁰⁹ GONZALEZ VICEN, Felipe. "La obediencia al Derecho", en Estudios de Filosofía del Derecho, ob. cit., p. 388.

³¹⁰ MUGUERZA, Javier. "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia. (Una intrusión en un debate)", ob. cit., pp. 27-40.

³¹¹ ATIENZA, Manuel. "La Filosofía del Derecho de Felipe González Vicén", ob. cit., pp. 43 y ss.

referirse a acciones sociales, pues es posible que los mandatos jurídicos coincidan con los imperativos éticos de la conciencia individual, y además, la ética tiene una dimensión social que no puede ser negada. Por otra parte, los imperativos morales precisan de la generalización al tener la pretensión de ser universales.

El profesor Elías Díaz³¹² está a favor de la existencia de un fundamento ético tanto para la obediencia como para la desobediencia al Derecho, lo que hace derivar de la concordancia o discrepancia de fondo entre normas jurídicas y normas éticas. Se puede, desde su punto de vista, obedecer a unas normas y desobedecer a otras. En ambos casos, la conciencia individual es el árbitro para resolver las cuestiones, y para fundar o no la obediencia o la desobediencia. Eusebio Fernández, previas matizaciones a la obra de Elías Díaz, se muestra de acuerdo con la obediencia al derecho basada en razones morales. Distingue dos tipos de obligación moral: "la obligación moral en su sentido estricto o fuerte, que sería la basada en los imperativos de la conciencia individual y autónoma, y la obligación moral en su sentido secundario o derivado, que sería la obligación moral que es fruto de la aceptación por parte de la conciencia individual de una norma de origen heterónomo pero que desde el momento de su aceptación se convierte en norma

³¹² DIAZ, Elías. De la maldad estatal y la soberanía popular. ob. cit., pp. 79 y ss.

moral³¹³. Esta distinción le permite a Eusebio Fernández defender la idea de que existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo derivada del imperativo moral de ser justos.

Adela Cortina Orts³¹⁴, a partir de la perspectiva de Habermas y de K. O. Apel afirma que existe un deber ético indirecto de obediencia al derecho. Recuerda que desde la perspectiva habermasiana, la relación que existe entre moral y derecho es de complementación -no de identificación-, y que esta necesidad de complementación cuando consiste en la urgencia de absorber desde el derecho coactivo las inseguridades a las que está sometido el procedimiento moral, puede fundamentarse moralmente, y que precisamente por razones morales es preciso apelar al derecho que cuenta con la facultad coactiva. La remisión a Apel, también es importante, pues desde una ética responsable exigir el universal cumplimiento de normas sin tener certeza de que van a ser universalmente seguidas, conduce al utopismo o lo que es idéntico, a la irresponsabilidad. Por tanto concluye que si bien puede haber razones morales para desobedecer al derecho, también puede haber razones para obedecerlo, dado

³¹³ FERNÁNDEZ, Eusebio. La obediencia al Derecho, ob. cit., p. 109.

³¹⁴ CORTINA, Adela. "La calidad moral del principio ético de la universalización", ob. cit., pp. 111-120; CORTINA, Adela. "Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 28, 1986, pp. 51 y ss.

que, desde una ética de la responsabilidad, desde una ética que contempla la vertiente universalizable del fenómeno moral -es decir, la deontológica-, es un deber moral potenciar un derecho válido, incluso mediante la obediencia.

Esperanza Guisán³¹⁵ empieza haciendo una crítica a la concepción restrictiva que sobre la ética tiene el profesor González Vicen. Durante su exposición defiende la tesis de que el Derecho debe estar siempre subordinado a la ética para ser legitimado. Tal legitimación o justificación moral no depende del consenso mayoritario sin más y tampoco se funda en una "autoridad" racional que se superponga a las voces y demandas humanas. Crítica que sea la conciencia de cada individuo la que determine en qué casos debe o no debe respetar, obedecer o desobedecer al derecho, pues se caería en el intuicionismo ético. Para ella, las "conciencias particulares" no son tales, habida cuenta de que las "conciencias", como la Psicología y la Sociología prueban contundentemente, no son instancias que operen autónomamente sino que, los valores sociales vigentes son incorporados al esquema de nuestra propia conciencia como algo indiscutiblemente valioso. Admite sólo a la conciencia crítica como instancia legitimadora del Derecho, siempre que se trate de una conciencia crítica formada discursivamente como Habermas propugna, esto es, como requisito formal, y

³¹⁵ GUISAN, Esperanza, "Razones morales para obedecer al Derecho", ob. cit., pp. 133, 136, 137, 139-142, 146 y ss.

que tenga como contenido aquello que constituye el mínimo Derecho Natural que el derecho positivo posee según Hart. La obediencia al derecho se justifica en la medida en que las normas jurídicas ayudan al individuo a realizar las metas que se ha propuesto, es decir, cuando procede a formar planes de vida de forma libre, ilustrada, y desde una perspectiva imparcial, y cuando ese auxilio se lleva a cabo con el menor coste en sufrimientos posible.

V. 3. La obediencia al derecho desde la visión contractualista.

El contractualismo sostiene que existe una obligación, aunque sea *prima facie*, para obedecer las normas jurídicas. La obligación de obediencia no es ilimitada, y existe siempre y cuando se reúnan dos exigencias: 1) Que el derecho a obedecer sea producto de un procedimiento democrático abierto, transparente, plural, público, con participación de los destinatarios de la norma; y 2) que el resultado del procedimiento sea justo, esto es, que respete, preserve y garantice los derechos humanos.

La primera exigencia es propia de las teorías procedimentalistas como la de Singer o William N. Nelson³¹⁶. Teorías que poseen un abierto talante democrático, y que

³¹⁶ NELSON, William, La justificación de la democracia, ob. cit.

definen a la democracia como un sistema para tomar decisiones gubernamentales. Nelson en particular, alude a la teorías por él llamadas de resultados, criticándolas porque desde su punto de vista comprenden concepciones predeterminadas sobre los derechos humanos. El riesgo, sin embargo, es muy grande porque se reduce la democracia a la democracia puramente representativa. Los puntos deleznable de una elaboración como la de Nelson se pueden sintetizar en dos: 1) su reduccionismo, pues no se debe defender un sistema de justicia procesal puro y limitar el ámbito de la democracia; 2) su inflexibilidad para con los contenidos del procedimiento democrático. Sobre el primer punto parece que Nelson teme las formas de democracia directa por no considerarlas revestidas de una teoría ética plausible. Este señalamiento es incorrecto, dado que los teóricos de la participación desde Rousseau a Macpherson han considerado que esta forma de democracia se apoya en la dignidad del hombre, es decir, en la autonomía moral, y que éste es un basamento lo suficientemente sólido para considerarla la forma más adecuada de gobierno. Conocida es la imposibilidad cotidiana de la democracia directa en la macropolítica, pero no su imposibilidad en las células del poder, esto es, al interior de los grupos en general. Por otra parte, mecanismos de democracia directa (iniciativa popular, referéndum, revocación de gobernantes) pueden ser correctivos importantes a la democracia representativa. Aún más, la misma democracia representativa -según lo demostró

Hanna Fenichel Pitkin- exige de los gobernantes responsabilidad³¹⁷. Lo que implica asegurar el control al gobernante por el gobernado, no sólo durante las elecciones o al final del mandato, sino interelectoralmente. De esta forma el sistema de justicia procesal puro de Nelson referido exclusivamente a la democracia representativa no es todo lo abierto, público y transparente que él desea.

En cuanto a considerar a la democracia sólo como procedimiento (segundo punto), es obvio que en éste, cuanto más amplio y ecuánime haya sido el debate crítico previo a una decisión, cuanto más se haya procurado honestamente adoptar un punto de vista imparcial y racional, cuanto más gente haya concurrido libremente en la decisión, cuanto más posibilidades haya de revisarla, tanto más sólida será la presunción de legitimidad de esa decisión. Sin embargo, y como el mismo Nelson reconoce al admitir la desobediencia civil, siempre queda la duda de si la decisión producto del procedimiento es justa. Por tanto, la democracia, que es el ámbito exclusivo en donde puede existir una obligación moral para obedecer el derecho, debe justificarse en cuanto que tiende a conformar procedimientos imparciales y transparentes de participación política sobre otros sistemas que lo impiden, pero también debe justificarse en cuanto que sus resultados (siempre en posibilidad de ser revisados)

³¹⁷ FENICHEL PITKIN, Hanna, El concepto de representación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 67 y ss.

permiten el libre despliegue de los planes y proyectos individuales de vida, dando así cumplimiento al imperativo categórico kantiano de no ver a las personas como medios sino como fines. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la democracia no es un sistema de justicia procesal puro, eso sería en condiciones ideales, sino un sistema de justicia procesal imperfecto (las decisiones pueden ser injustas), y por consiguiente, el procedimiento no debe verse en exclusiva sino atender también a los resultados, y Nelson, al igual que otros procedimentalistas, parece olvidarse de ellos. La democracia se justifica porque cuenta con procedimientos abiertos, públicos, transparentes, de respeto a las minorías, etc. y, además permite la revisión de los resultados.

La anterior relación entre procedimiento y democracia, es la misma relación que Carlos Santiago Nino³¹⁸ ha atribuido al desarrollo del discurso moral. Este autor propone, al respecto, la hipótesis de que la democracia es un sucedáneo del discurso moral, esto es, se trata de unir la democracia con la discusión pública de cuestiones de moralidad social o del ejercicio del discurso moral aplicado a los asuntos públicos. Existe de esa manera una conexión intrínseca entre democracia y moralidad. Los partidos, por ejemplo, dentro de un sistema democrático expresarían las diferencias

³¹⁸ NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, pp. 227 y ss., principalmente la página 243.

ideológicas relevantes sobre los principios de moralidad social válidos. La elección de uno u otros principios es el objetivo del proceso de toma de decisiones democrático que propicia a su vez la moralización de la política al atenuar el choque de intereses con la necesidad o exigencia de ofrecer justificaciones morales para favorecer un punto de vista determinado.

Como se ha dejado asentado aquí, la primera exigencia para obedecer al derecho desde un punto de vista exclusivamente procedimental o formal no basta, se requiere saber si los resultados del procedimiento promueven, respetan y garantizan los derechos humanos. Esta segunda exigencia tiene su origen en tres principios fundamentales: la inviolabilidad, la autonomía y la dignidad de la persona³¹⁹. El primer principio "proscribe la imposición de cargas y sacrificios no compensables a ciertos individuos (sin contar con su consentimiento electivo) sobre la base de que ello redundaría en beneficio -incluso en un grado comparablemente mayor al perjuicio causado a aquellos individuos- de la mayoría de la población (o del Estado, una raza superior, una cierta clase social, etc)"³²⁰. Es evidente la vinculación de este principio con los imperativos

³¹⁹ NINO, Carlos, S., Ética y derechos humanos, ob. cit., p. 109 y ss.

³²⁰ NINO, Carlos S., La fundamentación liberal de los derechos individuales básicos, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 418 y 419.

categoricos kantianos³²¹. y su rechazo a las concepciones utilitaristas u holistas que ponen a una entidad (el Estado, el pueblo, la colectividad) por encima del individuo³²². El segundo principio establece la neutralidad del Estado respecto de los planes de vida individuales e ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustenta. Autores como Adela Cortina apelan a este principio como el fundamental para legitimar al Estado y la obediencia al Derecho³²³. La importancia de este segundo principio radica en oponerse al enfoque perfeccionista, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados por el mismo Estado. Por otra parte, posibilita un tratamiento adecuado de las políticas de paternalismo estatal como la obligatoriedad de la educación, las leyes de seguridad social, la prohibición del duelo, etc. Este principio se concilia con la excepción, de

³²¹ Principalmente con el que establece "Actúa de tal modo que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de cualquier otro, como un mero medio sino siempre al mismo tiempo como un fin".

³²² En el liberalismo clásico y moderno se encuentran los mejores argumentos para el ataque a las posiciones holistas y utilitaristas.

³²³ CORTINA, Adela. "La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la Filosofía Política. Una discusión desde John Rawls", en *Revista Doxa*, n. 2, 1985, pp. 129-144; CORTINA, Adela. *Ética mínima*. Ed. Tecnos, 1986, pp. 181 y ss.

que los propios planes de vida y el desarrollo de la personalidad no pueden perjudicar el mismo derecho de los demás, o los intereses de terceros. Sobre el tercer principio, muchos autores lo señalan³²⁴ como el fundamental y decisivo para justificar los derechos humanos. Expresa "que las personas deben ser juzgadas y tratadas, para ciertos fines, sobre la base exclusiva de sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias, como su raza, sus sexo, sus particularidades físicas y procesos fisiológicos, su pertenencia a cierta clase social, la profesión de ciertas creencias (considerando que éstas no se adquieren y se abandonan voluntariamente), etc."³²⁵.

Los anteriores principios permiten justificar a los derechos humanos, y al mismo tiempo muestran como el individuo está por encima del Estado, y como éste debe encargarse de respaldarlos y garantizarlos como función primordial. El razonamiento citado pudiera interpretarse

³²⁴ SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de dignidad humana", en Revista Persona y Derecho, número 19, 1988, p. 13 y ss.; MASSINI, Carlos I., "Individualismo Y Derechos humanos", Revista Persona y Derecho, número 16, 1987, pp. 13 y ss.; GONZALEZ URIBE, Hector, "Fundamentación filosófica de los los derechos humanos", Revista Jurídica, Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, número 19, 1988-1989, pp. 325-341; HIERRO, Liborio, ¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto, artículo citado, pp. 45 y ss.; OLLERO TASSARA, Andrés, "Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos", Anales de la Cátedra, F. Suárez, número 28, 1988, p. 209 y ss.; LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", Doxa 4, 1987, pp. 23 y ss.

³²⁵ NINO, Carlos S., Introducción al análisis del Derecho, ob. cit., pp. 421 y 422.

como propio de un liberalismo extremo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos principios dan origen a derechos humanos que asumen dos componentes: uno negativo y otro positivo. El derecho a la vida y a la integridad corporal no sólo debe verse como la ausencia de actos que vulneren la vida y la integridad corporal, sino también con el derecho a contar con los servicios y beneficios de la medicina preventiva y curativa, con el derecho al albergue, al abrigo, al descanso, etc., y lo mismo respecto a otros derechos básicos como el de la libertad de expresión, etc.

Descritas las dos exigencias que desde una visión contractualista deben reunirse para sostener la obediencia al derecho de determinado orden jurídico, es preciso justificarlas. La exigencia de un procedimiento democrático, abierto, transparente, público, participativo, etc., puede fundamentarse en la necesidad del consentimiento y de la participación igualitaria de los destinatarios de la norma para esta les sea aplicable. De no cumplirse el elemento del consentimiento y de la participación igualitaria, es difícil sostener la obligación a una norma totalmente ajena a nosotros e impuesta por sobre nuestros derechos e intereses³²⁶. En cuanto a la exigencia de los derechos

³²⁶ Sobre la importancia del consentimiento ver: RAPHAEL, Problemas de filosofía política, Alianza Editorial, Madrid, 1983; PLAMENATZ, Consentimiento, libertad y obligación política, Fondo de Cultura Económica, México, 1970; HOERSTER, N., Obligación moral y obediencia jurídica, Diancia, Anuario de Filosofía, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1976.

humanos, un orden jurídico que no los garantiza y no los considera básicos para el sostenimiento del Estado, es un orden holista que se ha colocado por encima de ellos, y que a nombre de cualquier motivo o razón puede realizar las más descabelladas acciones y cometer los crímenes más atroces. El individuo es y seguirá siendo la causa de las instituciones. Sus derechos fundamentales como en el caso del procedimiento no deben ser producto de una voluntad individual por mas esclarecida que esta sea, deben ser producto de la justificación moral, de razones mas alla de cualquier moral positiva, de razones fundadas en el consenso racional y libre de las personas, en donde los participantes tengan derechos a la participación equitativa en el procedimiento. Por eso, los principios de justicia de Rawls, a pesar de las criticas que hemos vertido, son un buen ejemplo para la construcción moral y definición de los derechos humanos sobre los que debe guiarse el funcionamiento y actuación de las instituciones.

Por tanto, estamos obligados moralmente a obedecer aquellas normas jurídicas que cumplen con las dos exigencias apuntadas, pues actuar al margen de ellas, es tanto como adoptar una actitud inmoral. Es inmoral obedecer una norma injusta como el dejar de desobedecerla en idénticas condiciones, en razón de que el hombre tiene una vocación moral indudable que le impele a obedecer el derecho justo de

una sociedad civil democrática, y de desobedecer las normas que no son ajustadas a la moral³²⁷.

³²⁷ PECES BARBA, Gregorio. "Desobediencia civil y la objeción de conciencia". Anuario de Derechos Humanos, número 5. Universidad Complutense, Madrid, 1988-1989. p. 163.

VI LA DESOBEDIENCIA CIVIL

VI. 1. El concepto de desobediencia civil y los diferentes tipos de protesta.

Para delimitar el concepto de desobediencia civil es conveniente distinguirlo de otras formas de protesta social y política. Ernesto Garzón Valdés³²⁸ ha distinguido las siguientes especies de oposición a un sistema político: la desobediencia revolucionaria, el derecho de resistencia, la desobediencia criminal, la actitud anarquista, la mera disidencia ideológica, la desobediencia militar, la desobediencia eclesiástica, la desobediencia administrativa, el reformador social, otras formas de desobediencia, la objeción de conciencia, el "Satyagraha", etc.

La desobediencia revolucionaria implica derribar el orden legal existente y sustituirlo por otro. En términos hartianos la revolución puede ser definida como la alteración de la regla del reconocimiento por vías no previstas en el sistema jurídico. Es decir, se trata de una modificación extranormativa, aconstitucional³²⁹. La desobediencia civil no persigue la modificación extrasistémica de las normas, ni se propone cambiar la

³²⁸ GARZÓN VALDES, Ernesto. "Acerca de la desobediencia civil". Revista Sistema, número 42, mayo de 1981, pp. 79-92.

³²⁹ GARCIA COTARELO, Ramón. Resistencia y desobediencia civil, Eudema-actualidad, Madrid, 1987, pp. 79 y ss.

estructura básica de la sociedad. Su objetivo es más limitado y se concreta en la derogación de una ley, en la sustitución de un programa de gobierno o en la alteración de una determinada política. El desobediente civil viola la ley dentro del respeto al orden normativo y a la Constitución. La crítica y protesta a la ley o a la política de gobierno concreta se origina precisamente por considerar que esas normas o medidas de gobierno no se ajustan al marco constitucional.

El derecho de resistencia³³⁰ es un derecho defensivo que puede ser entendido como contrarrevolución o reacción, en el sentido de mantenimiento del núcleo constitucional, y es el resultado de dos movimientos: el de la soberanía del pueblo, en la medida en que se supone que el pueblo es el origen del poder del Estado, y el movimiento constitucional, en la medida en que se trata de la defensa del orden prescrito. Actualmente en algunas Constituciones se encuentra establecido. La Ley Fundamental de Bonn en su artículo 20 párrafo IV señala: "Cuando no existe ningún otro medio, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia contra todo aquél que emprenda la eliminación de este orden". La distinción primordial entre derecho de resistencia y desobediencia civil se localiza en que el derecho de resistencia no siempre es "civil", pudiendo admitir en su

³³⁰ GARCIA COTARELO, Ramón. Resistencia y desobediencia civil, ob. cit., pp. 47 y ss.

ejecución un contenido de violencia que en la desobediencia civil está ausente. Por otra parte, la desobediencia civil se dirige contra normas particulares o políticas concretas, y el derecho de resistencia hace frente a los ataques que el sistema jurídico constitucional sufre en su totalidad. Además de que el derecho de resistencia, en algunas constituciones como la alemana, está contemplado como un "derecho positivo", lo que es casi impensable respecto a la desobediencia civil.

La desobediencia criminal se ubica en el ámbito del derecho penal. Existen dos notas que distinguen esta forma de protesta de la desobediencia civil. La primera es que quien viola criminalmente una ley procura evitar el castigo. La segunda alude a que el que comete la acción no tiene la intención de reformar o modificar leyes o políticas que se consideren injustas ni la de someterlas a la prueba de la justicia. En la hipótesis de los delitos políticos, es posible sostener que el actor sí persigue propósitos normativos como resultado de su acción. Sin embargo, este caso podría entrar dentro de la categoría de la desobediencia revolucionaria, en cuanto que hay notas de violencia que en la desobediencia civil no existen. Adicionalmente es posible invocar otros dos argumentos³³¹: La desobediencia civil se realiza en público y abiertamente.

³³¹ MALEM SERA, Jorge. Concepto y justificación de la desobediencia civil, ob. cit., pp. 48 y ss.

nunca de manera secreta u oculta; y la ley, en la desobediencia civil, se infringe de manera clara, manifiesta, proponiendo razones justificatorias para la violación, y siempre en el curso de una protesta pública.

La actitud anarquista o disidencia anarquista. Este modo de disenso es absoluto, se niega la obediencia a todas las leyes del Estado y al Estado mismo. El anarquista para realizar su cometido está dispuesto a utilizar todos los métodos, aún los violentos para conseguir su propósito. Al contrario, los desobedientes civiles, como dice Malem "son fieles acólitos del sistema democrático de gobierno, al que ayudan a estabilizar colaborando en la corrección de sus injusticias"³³².

La mera disidencia ideológica entraña el derecho a expresar libremente la oposición al Estado o a las normas, de forma pacífica y ordenada, mediante la utilización de los canales institucionales. Se trata de un derecho constitucional y democrático propio de cualquier régimen que se precie de poseer esa adjetivación. La desobediencia civil, en cambio, es un recurso extremo, que expresa el disenso a través de la violación a la ley en razón de la urgencia, de la publicidad de la protesta, o en virtud de que los medios institucionales han sido monopolizados o

³³² MALEM SENA, Jorge, Concepto y justificación de la desobediencia civil, ob. cit., p. 52.

bloqueados para mantener situaciones de privilegio o de injusticia a favor de ciertos grupos.

La disidencia extrema es otra especie de protesta. Es más radical que la disidencia ideológica. Generalmente se señala como ejemplo la situación de la población negra en los Estados Unidos en los años 1950-60. Es sabido como las personas de color en esta época eran discriminadas racialmente, provocando en ellos sentimientos de minusvaloración, y considerando que la población blanca ejercía sobre ellos un dominio imperialista. Como respuesta, algunos líderes negros como Stokeley Carmichel propusieron desobedecer la ley. Invocaron la inexistencia de un deber moral de obedecer un derecho que no les era propio y que servía a los propósitos de quienes los oprimían. Reclamaron la necesidad de un nuevo contrato social, pues la Constitución americana consagraba reglas intolerables como las de propiedad y otras que propiciaban la desigualdad. Esta forma de disidencia, sin embargo, no debe ser confundida con la desobediencia civil. En la desobediencia civil no existe la demanda para un nuevo contrato social, para una nueva Constitución. El desobediente civil acepta la Constitución y los principios que la rigen. La violación a la ley como se ha repetido ya, se efectúa dentro de los límites de fidelidad al Derecho.

Los movimientos de no cooperación son formas de resistencia pasiva a la autoridad. Gandhi³³³ los utilizó como instrumento de protesta dirigido a paralizar el gobierno colonial inglés. Se trata de la devolución y abandono de títulos, honores, de la huelga de tribunales, del boicot a las escuelas gubernamentales, de la no participación en recepciones oficiales, del rechazo a los puestos civiles y militares, etc. La no cooperación es una técnica de acción política diferente a la desobediencia civil. La desobediencia civil es más restringida. Los movimientos de no cooperación tienden a ser masivos.

El "Satyagraha", vocablo acuñado por Gandhi contiene significados religiosos muy específicos. A sus practicantes se les exige una férrea disciplina y preparación con el objeto de lograr el perfeccionamiento y autocontrol suficientes que les permita transitar por el camino de la justicia y la verdad. Se requería, según Gandhi seguir cuatro votos básicos: pobreza, castidad, verdad y resistencia. Aunque se trata de procesos no violentos se distinguen de la desobediencia civil, en que ésta no es un acto religioso e espiritual, sino un acto político³³⁴ que pretende el cambio de una ley, de una determinada política gubernamental o de dar a conocer sus propias concepciones político ideológicas. los partidarios del "Satyagraha"

³³³ GARCIA COTARELO, Ramón, ob. cit. p. 141 y ss.

³³⁴ RAWLS, John, Teoría de la Justicia. ob. cit. p. 410.

promueven, en cambio, toda una cosmovisión del mundo y de la vida.

Existen otras formas de coerción no violenta que son diferentes a la desobediencia civil. Tales el caso del capitán y los tripulantes del "The Golden Rule" cuando se dirigieron con su barco al área donde se iban a realizar pruebas con armas nucleares. Su objetivo no era persuadir o convencer a las autoridades estatales acerca de las desastrosas consecuencias de semejante experimento, sino impedir la explosión atómica, tornar imposible el desarrollo de dicho ensayo, salvo que el gobierno decidiera la detonación de la bomba y acabar con la vida de todos los ocupantes de la embarcación.

Finalmente, la desobediencia civil debe distinguirse de otras especies de desobediencia como la militar, la eclesiástica, la administrativa, etc. El calificativo "civil" es el que nos da la respuesta. Civil debe ser entendido en el sentido de que el término hace referencia a la obligación o deber que tienen los ciudadanos de obedecer las normas del Estado y la sumisión en caso de sanción al castigo. También debe entenderse como ajeno totalmente a protesta militares. Debe explicarse igualmente por su carácter civilizado, ordenado, público, abierto, y por el deseo de exponer de forma clara los principios básicos de la moralidad sustento de la reclamación o protesta.

Los anteriores mecanismos de disidencia que se han mencionado de manera enunciativa y no exhaustiva nos facilitarían arribar a un concepto de desobediencia civil. Esta noción de desobediencia debe distinguirse de desobediencias elitistas o mesiánicas. Estévez Araujo nos brinda una explicación al respecto: "la desobediencia que postula Raskólnikov, el atormentado protagonista de "Crimen y Castigo", constituye un buen ejemplo de lo que no es la desobediencia civil. Los desobedientes civiles no parten de una distinción entre individuos extraordinarios a quienes todo estaría permitido y personas corrientes. Los desobedientes civiles actúan ilegalmente, pero no ven en ello ejercicio de privilegio alguno, ni consideran que el fin que persiguen justifique el uso de cualquier medio. Por ello, no se consideran autorizados a "saltar por encima de la sangre", ni mucho menos "por encima de un cadáver". En contraste con la desobediencia elitista, mesiánica y eventualmente violenta que defiende Raskólnikov, el término "desobediencia civil" suele referirse a acciones como: sentarse personas de color en los asientos del autobús reservados a los blancos, negarse los reclutas a cumplir la obligación de combatir en el Vietnam, realizar una sentada en el centro de Londres para protestar contra el armamento nuclear, ocupar los terrenos en los que tienen que dar comienzo las obras de construcción de una central nuclear"³³⁵.

³³⁵ ESTEVEZ ARAUJO, José. "El sentido de la desobediencia civil". Revista Arbor, número 503-504, tomo CXXVIII.

¿Qué es la desobediencia civil? John Rawls nos da una respuesta: "Comenzare definiendo la desobediencia civil como un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno" dentro de los "límites de fidelidad a la ley"³³⁶. Ernesto Garzón Valdés, siguiendo a Adam Bedau precisa las notas definitorias de la desobediencia civil: 1) La finalidad de realizar alguna mejora en la sociedad; 2) El deber moral de violar una ley injusta (en el caso de la llamada desobediencia directa) o violar una ley justa para protestar por otra injusta (en el caso de la desobediencia indirecta); 3) Su carácter público y abierto. Quien desobedece civilmente no sólo desea persuadir a los gobiernos sino influir en la opinión pública, pues a veces mucha gente, llega a compartir la opinión de los gobiernos mediante mentiras y evasiones que arrastran a poblaciones enteras a su destrucción. La desobediencia civil cumple una función pedagógica a nivel político, moral y jurídico; 4) La aceptación voluntaria del castigo. Esta aceptación implica una señal de respeto al orden jurídico, ya que, según frase de Thoreau: "Bajo un gobierno que injustamente condena a la gente a la cárcel, el verdadero lugar de un hombre justo es

noviembre-diciembre, Madrid, 1987, pp. 129-131; ESTEVEZ ARAUJO, José, "El problema de la justificación de la desobediencia civil", Revista Mientras Tanto, número 19, julio, 1984, pp 45 y ss.

³³⁶ RAWLS, John, Teoría de la Justicia, ob. cit. pp. 405.

la cárcel": 5) El carácter no violento de los actos de desobediencia civil³³⁷; 6) Que la desobediencia civil se realice en un marco de respeto y fidelidad al Derecho³³⁸; 7) Un séptimo aspecto de la desobediencia alude a las circunstancias en las que se realiza: A) La desobediencia civil se lleva a cabo en circunstancias que los actores juzgan como excepcionales al menos en virtud de dos razones: a) Imposibilidad de utilizar los medios ortodoxos de participación política cuando una minoría o un grupo de intereses no tiene ninguna posibilidad de lograr sus objetivos a través de los canales normales de participación política; b) Urgencia del caso, en virtud de que la pérdida de tiempo puede frustrar los objetivos a cuya realización aspiran quienes desobedecen; B) Otras razones que pueden servir de marco específico a la desobediencia civil: a) Falta de vigencia de las disposiciones constitucionales; b) Violación de disposiciones constitucionales por parte de

³³⁷ Ver: MALEM SENA, Jorge, Concepto y justificación de la desobediencia civil, Ariel, Barcelona, 1988, p. 72. "Resumiendo, para que haya desobediencia civil es necesario que no haya violencia física, amenazas, coacciones, intimidación o cualquier otro tipo de presiones que restrinjan o eliminen la autonomía de la persona. Es necesario, también que el desobediente civil no responda con violencia a la acción de los agentes del Estado y que una vez pronunciadas las sentencias, se someta a las decisiones jurisprudenciales, tratando siempre de alcanzar, en el ámbito de lo político, acuerdo consensuados; nunca imponiendo sus propios puntos de vista".

³³⁸ Ver: HABERMAS, Jürgen, "La desobediencia civil", en Revista Leviatán, segunda época, número 14, 1983, p. 104; DREIER, Ralf "Derecho y moral", en Derecho y filosofía, (comp. Ernesto Garzón Valdés), en Editorial Alfa, Barcelona, 1985, pp. 93-101; MARSHALL, Geoffrey, Teoría Constitucional, ob. cit., p. 258.

las autoridades: c) Violación de tratados internacionales;
d) Violación de leyes vigentes por parte de las autoridades;
e) aplicación por parte de las autoridades de leyes que no
se consideran válidas³³⁹.

VI.2 Las distintas justificaciones de la desobediencia civil.

VI.2.1. La justificación moral.

Algunos autores nos brindan argumentos para desde la moral intentar justificar a la desobediencia civil. John Rawls³⁴⁰ es uno de ellos. Sostiene que la justificación de la desobediencia civil requiere cuatro condiciones: a) Deben haberse intentado previamente los canales normales de modificación de las leyes; b) Los asuntos sobre los que se protesta deben ser violaciones sustanciales y claras a la justicia; c) Hay que estar dispuesto a admitir que cualquier otra persona sujeta a una injusticia similar pueda protestar de manera similar; y, d) El acto de desobediencia debe ser tal que razonablemente ponga de manifiesto los objetivos de quien o quienes protestan. De los cuatro requisitos, es el segundo el que complica y dificulta la posición rawlsiana.

³³⁹ GARZÓN VALDES, Ernesto. "Acerca de la desobediencia civil". Revista Sistema, número 42, mayo de 1981, pp. 83-85.

³⁴⁰ RAWLS, John. Teoría de la justicia, ob. cit., pp. 413 y ss; RAWLS, John. "La justificación de la desobediencia civil", en Justicia como equidad, Tecnos, 1986, pp. 96-99.

pues si se parte de la aceptación de la concepción de la justicia del propio Rawls (los dos principios de justicia) resulta que la desobediencia civil no se puede realizar apelando a principios de moralidad personal o a doctrinas religiosas, con lo cual, la única vía para invocar y fundamentar la desobediencia civil es la violación a los principios de justicia por parte de las autoridades. De esta manera no habría posibilidad de la desobediencia civil en sociedades cuyos miembros no compartieran el mismo sentido de la justicia. Por otra parte debe recordarse que en la teoría de Rawls existen relaciones que no son reguladas, tales como las relaciones con animales o con débiles mentales, con lo que la desobediencia civil no podría dirigirse o tener por materia este tipo de relaciones. El conservadurismo rawlsiano al no aceptar una posición relativista a este respecto (la convicción personal del autor) niega trascendencia a la desobediencia civil al dar casi a entender que una minoría, por ejemplo, tendría que soportar calladamente las injusticias si no se parte de la concepción general que sobre la justicia tiene la mayoría de la población.

Habermas³⁴¹, al igual que Rawls afirma que la desobediencia civil debe ser pública, ilegal, destinada a que la mayoría gobernante reconsidere su posición, y de

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. "La desobediencia civil". ob. cit., pp. 99-111.

carácter simbólico y no violento, aunque respecto a esta última característica, acepta la presión psíquica y el perjuicio a la libertad de movimiento de terceras personas. Habermas va más allá de Rawls en cuanto que considera que la desobediencia civil es un elemento que contribuye a configurar de una manera no convencional la voluntad política colectiva, esto es, se trata de un elemento imprescindible para comprender las bases morales de la democracia. Es una forma alternativa de participación política (no es ni un fenómeno excepcional ni un último recurso) que se puede utilizar cuando se vedan los cauces ordinarios de acceso a la toma de decisiones o cuando las minorías tienen que enfrentarse con una política de hechos consumados. No obstante, Habermas está muy lejos del radicalismo revolucionario. La desobediencia civil debe ser ejecutada en forma de golpes calculados que no pueden tener más que un carácter simbólico³⁴², con la intención de apelar a la capacidad de comprensión y al sentido del derecho de la mayoría. Por esa razón el desobediente debe reconocer la legalidad democrática del sistema, aunque sostenga la inclusión de formas de revisión al Estado de Derecho más amplias y diferentes a las estrictamente convencionales. Dice Habermas: "El caso de la desobediencia civil sólo puede pasar bajo las condiciones de un Estado de Derecho

³⁴² En este aspecto existe evidente semejanza con la posición de Bertrand Russell sobre el papel publicitario de la desobediencia civil, en RUSSELL, Bertrand, "La desobediencia civil y la amenaza de guerra nuclear", en Revista Mientras Tanto, número 19, julio de 1984, pp. 45 y ss.

completamente intacto. Pero entonces, el afectado en sus derechos unicamente debe aceptar el papel plebiscitario del conciudadano directo, soberano y seguro de si mismo, en los límites de una llamada a la respectiva mayoría. A diferencia del luchador por la resistencia, reconoce la legalidad democrática del orden establecido. La posibilidad de una desobediencia civil legalizada sólo se da para él en el caso de que los reglamentos legales puedan ser ilegítimos, también en el Estado de Derecho -ilegítimos, en realidad, no por atenerse a cualquier moral privada, a un derecho especial o a un acceso privilegiado a la verdad. Sólo son competentes los principios morales juiciosos para todos, sobre los cuales el Estado constitucional moderno funda la esperanza de ser reconocido de buen grado por sus ciudadanos. No se trata del caso extremo de ordenación ilegal sino de un caso normal que siempre volverá a aparecer, porque la realización de principios constitucionales pretensiosos con contrapartidas universalizantes, es un proceso a largo plazo, que históricamente no ha conseguido en ningún caso una línea recta, y mucho más reconocido por sus errores, resistencias y fracasos. La historia europea de los derechos básicos, por ejemplo, se entiende como uno de estos procesos de aprendizaje colectivo, interrumpido por golpes que obligaron al retroceso. ¿Quién quiere afirmar que estos procesos de aprendizaje se han acabado? Hoy podemos sentirnos no sólo como sus felices herederos. Todo el Estado de Derecho

aparece, desde esta perspectiva histórica, no como una construcción acabada, sino como una empresa de poca salud, irritable, que se ha marcado como fin ya sea producir, mantener, renovar o ampliar un orden legal legítimo, bajo circunstancias fluctuantes. Porque este proyecto está inacabado tampoco han salido los organismos constitucionales de esa irritabilidad³⁴³. De esta manera, la desobediencia civil es un instrumento de las sociedades democráticas para profundizar en sus grados de la legitimidad política, y la decisión de afrontarla corre a cargo de las minorías que la utilicen. La desobediencia civil más allá de los correctivos institucionales porque es un "derecho" fundado en la racionalidad moral³⁴⁴ de una cultura política madura que sopesa la legalidad desde los prismas de la legitimidad.

VI.2.2. La justificación política.

Una teoría de justificación política de la desobediencia civil es la de Peter Singer que ya hemos comentado. Su basamento principal radica en el cumplimiento de una serie de reglas fundamentales de carácter procedimental para la democracia, que cuando se rompen pueden dar lugar a la desobediencia civil. Entre las reglas

³⁴³ HABERMAS, Jürgen, "La desobediencia civil", ob. cit., p. 104.

³⁴⁴ Sobre las reglas de la racionalidad moral en la ética comunicativa y en la argumentación jurídica ver: ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

que se señalan están: Todos los ciudadanos que hayan alcanzado cierta edad deben tener los mismos derechos políticos, es decir, no puede haber discriminación en razón de sexo, de la raza, de las condiciones económicas, etcétera; el voto de todos los ciudadanos debe tener igual valor (una persona un voto); las decisiones políticas colectivas y la elección de los representantes deben tomarse por el procedimiento de la mayoría; toda decisión debe tomarse en un marco de libertades políticas. Libertades que son necesarias para garantizar la participación y votación de los ciudadanos según el dictado de su propia conciencia; los ciudadanos deben estar en condiciones de optar entre alternativas reales, es decir, deben poder elegir entre diversas soluciones a los problemas planteados; los representantes (para el caso de una democracia representativa) deben ser elegidos periódicamente; y, ninguna decisión mayoritaria puede violar los derechos de las minorías, y en especial, aquel que les asigna la posibilidad de convertirse en mayoría, en igualdad de condiciones.

Este conjunto de reglas genera un procedimiento de toma de decisiones semejante al que impera en el discurso moral. El respeto a las reglas del juego político democrático posibilita que los ciudadanos en pie de igualdad (una persona un voto) y en un marco de ausencia de presiones y condicionamientos (libertades públicas) puedan desarrollar una actividad dialogante (interviniendo directamente o por

medio de sus representantes) con el fin de alcanzar una decisión políticamente correcta siguiendo el procedimiento de la mayoría (formula semejante a la del discurso moral).

No obstante, existen autores como Joseph RAZ que niegan la posibilidad de justificación de la desobediencia civil en los Estados liberales³⁴⁵. Los argumentos que se señalan para oponerse a la desobediencia civil son: la posibilidad de participación legislativa por parte de toda la comunidad y la existencia de procedimientos accesibles a todos para modificar las leyes. Se dice que una vez que se ha aceptado un determinado procedimiento para la sanción de las leyes y su reforma, si se ha establecido un compromiso "fair" para la operación del sistema político, violarlo implica coaccionar a los demás y no dejarles otro recurso como no sea el de la violencia. El problema en contradicción a lo anterior, no ocurre desde luego en el nivel teórico, sino en el práctico, en donde es muy posible que no se respeten las reglas del juego limpio, y en donde la mayoría puede infringir continuamente los derechos de las minorías. Por tanto, resulta absurdo negar la posibilidad de la desobediencia civil en el plano político, a pesar de que hablemos de las democracias, porque estas se constituyen a través de procedimientos imperfectos que requieren de

³⁴⁵ RAZ, Joseph, La autoridad del derecho, ob. cit., pp. 323 y ss.

mecanismos de revisión que no se agotan ni se agotarán en lo jurídico.

VI. 2. 3. La justificación jurídica.

De las justificaciones a la desobediencia civil esta es la más problemática. ¿Debe el desobediente civil, aunque haya violado la ley, ser eximido de la pena? La pregunta encierra una contradicción dado que la ley no puede permitir lógicamente violar la ley. Autores como Stuart Brown³⁴⁶ sostienen que ni siquiera los actos de desobediencia civil pueden ser justificados como excepciones a la ley, pues no tienen el carácter de excepcionales (en el sentido, por ejemplo, de las eximentes de incriminación).

En contra de esta opinión que es la común, autores como Ronald Dworkin consideran que esta tesis es injusta, y que esta imbuida de un puro espíritu maniqueo. Sostiene que los fiscales, en los Estados Unidos, pueden decidir discrecionalmente si en determinados casos han de hacer cumplir o no la normativa penal, mientras que los jueces pueden optar por la aplicación de la pena más benigna si concurren, por ejemplo, algunas de las circunstancias siguientes: si el acusado es joven o inexperto, si es el único sostén de la familia, si no tiene antecedentes

³⁴⁶ BROWN, Stuart M., "Civil Disobedience", en *The Journal of Philosophy*, vol. LVIII, 22 de octubre de 1961, pp. 672 y ss.

penales, si la ley violada es impopular, si los tribunales están abarrotados de casos más importantes, etc. En estos casos para él, afirmar que siempre se debe sancionar a quienes violan la ley es simplemente, un error³⁴⁷. Sin embargo, esta discrecionalidad no es licencia, pues Estados Unidos el sistema jurídico permite, en otros casos, diferentes tipos de discrecionalidades. Por otra parte, existe la tendencia legislativa a limitar la discrecionalidad, y la discrecionalidad implica siempre limitaciones que restringen su ámbito. El mismo Dworkin manifiesta que solo en dos hipótesis podría utilizarse la discrecionalidad en tratándose de desobediencia civil: Que en el curso de la desobediencia no se haya utilizado la violencia, y segundo, que no se hayan producido daños materiales o causado perjuicios a terceros.

Otros autores como Ralf Dreier³⁴⁸ manifiestan que la desobediencia civil al funcionar como una estrategia para obtener la declaración judicial de inconstitucionalidad, se traduce en un mecanismo para ejercer derechos fundamentales, y como tal no debe ser sancionada. Este argumento que puede ser válido en el caso señalado, y en el de violación de tratados internacionales, resulta improcedente en el caso de la desobediencia indirecta, pues aquí se viola la ley para

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, ob. cit., p. 307 y ss.

³⁴⁸ DREIER, Ralf. "Derecho y Moral", ob. cit., pp. 93 y ss.

conseguir un objetivo político posterior, y el acto de violación, de mediación, en consecuencia es punible. No vale en este contexto el dicho de que el fin justifica los medios.

El panorama de la justificación jurídica en está del todo decidido, aunque existe el consenso de que esta justificación debe ser inasimilable por el gran número de resistencias masivas que se provocarían respecto a la casi totalidad de las normas del sistema jurídico, y por que se podría identificar como un derecho constitucional a la desobediencia lo que parece ser ilógico. A pesar de esto, la duda campea en virtud de que en un Estado pluralista las prácticas políticas y jurídicas son complejas y no exentas de contradicciones. Dworkin por eso señala que: "algunos juristas se escandalizan de la conclusión general de que tengamos una responsabilidad hacia quienes desobedecen por motivos de conciencia las leyes de reclutamiento, y que pueda exigírsenos que no los enjuiciemos, sino mas bien que cambiemos nuestras leyes o adaptemos nuestros procedimientos judiciales para darles cabida. Las proposiciones simples y draconianas, según las cuales el crimen debe ser castigado y quienes entienden mal la ley deben atenerse a las consecuencias, tienen extraordinario arraigo en la imaginación, tanto profesional como popular. Pero la norma

de derecho es más compleja y más inteligente. y es más importante que sobreviva"³⁴⁹.

Seguramente posiciones como esta han servido para la elaboración de construcciones como la de Mortimer Kadish y Sanford Kadish que se han propuesto mostrar que el esquema de la "ley y el orden" no es el único que sirve para reflejar los deberes de los ciudadanos en una comunidad regulada por el Derecho. Para ellos el sistema jurídico puede establecer y justificar desviaciones legales realizadas tanto por funcionarios públicos como por cualquier ciudadano. A la primera la denominan "interposición legitimada", a la segunda "desobediencia legitimada". La cuestión consiste en saber en qué condiciones puede un individuo particular optar por la desobediencia a una orden contra él dirigida por una autoridad estatal. Bajo la amenaza de sanción, recurriendo al propio sistema legal en búsqueda de argumentos que le sirvan de base para saber si tal desobediencia está jurídicamente permitida. Y en respuesta afirma que en los sistemas constitucionales modernos deberían darse cuatro condiciones básicas para que los ciudadanos puedan llevar a cabo con éxito los llamados actos de desobediencia legitimada. Estas condiciones son: la existencia de una norma legitimante cuya aplicación por parte de la autoridad estatal establece que una determinada violación a la ley es

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, ob. cit., p.326.

admitida por el sistema jurídico: tal norma legitimante debe tener la facultad, una vez aplicada, de liberar al ciudadano de la responsabilidad de asumir la pena por su desobediencia: dicha norma legitimante no cumple tanto la función de cualificar la norma violada como de justificar su desobediencia: y el ciudadano debe realizar una apelación plausible a la norma legitimante como justificación de su conducta³⁵⁰. Señaladas las condiciones para la desobediencia legitimada los autores precisan que en el sistema jurídico norteamericano las condiciones aparecen en tres clases de normas legitimantes: la norma de validez, la norma que posibilita realizar un mal menor, y la norma que permite justificadamente no cumplir con ciertas leyes. Ejemplos de estas normas son: las que otorgan facultades discrecionales a jueces y policías para no sancionar o dejar de perseguir e investigar conductas ilícitas; las que regulan políticas gubernativas y judiciales deliberadas para no perseguir o enjuiciar ciertas violaciones a la ley; las que contemplan "el estado de necesidad de carácter moral"; o las que establecen controles de constitucionalidad que precisan de la violación de la ley para instar al órgano jurisdiccional a realizar la revisión respectiva.

Sin embargo y como se ha mencionado este tipo de argumentos son muy controvertibles, y en la actualidad la

³⁵⁰ Mortimer Kadish y Sanford Kadish, *Discretion to Disobey, A Study of Lawful Departures from Legal Rules*, Stanford University Press, 1973, p. 97 y ss.

posibilidad de una justificación jurídica queda reducida a muy pocos casos, y siempre y cuando la desobediencia permitida jurídicamente sirva para asegurar una mayor armonía entre los bienes jurídicos que entran en conflicto. Esto es, una justificación jurídica de la desobediencia civil constituiría, en los casos en que fuera admisible, un verdadero elemento estabilizador del sistema jurídico con el propósito primordial de eliminar cualquier contradicción lógica manifestada en su seno.

VI. 3. La desobediencia civil vista desde el contractualismo.

Según se ha ido manejando a lo largo de este trabajo, el contractualismo exige dos elementos básicos desde los cuales se pueden enjuiciar determinados actos públicos-políticos que inciden en la legitimidad de un sistema: el procedimiento democrático y la revisión de los resultados para que estos sean conforme a los derechos humanos. El tratamiento de la desobediencia civil no es ajeno a este planteamiento.

Si la legitimidad del sistema y la obediencia al Derecho obligan a la existencia de procedimientos abiertos, transparentes, públicos, participativos, etc., la desobediencia civil se justifica si los procedimientos e instituciones democráticas no cumplen con las reglas del

compromiso justo o del juego limpio, competitivo y abierto. Ahora bien, hasta qué punto el mero procedimiento, aun el democrático, es garantía de un resultado moralmente justo es, por cierto, bastante dudoso. Esto se pone de manifiesto en autores contractualistas como Buchanan que reducen el ámbito de la justicia a consideraciones exclusivamente procedimentales. En Rawls, en cambio, la referencia al "sentido de la justicia" indica que el procedimiento debe estar enmarcado por ciertos valores aceptados de antemano con el fin de que los resultados no sean aberrantes. Así, el procedimiento enmarcado en principios como la autonomía individual, la imparcialidad y la dignidad de las personas dista mucho, en cuanto a sus resultados, de uno ajeno a cualquiera de los principios mencionados. Luego entonces, si se admite esta posición, la desobediencia civil resulta justificable desde el contractualismo cada vez que deba practicarse con miras a llamar la atención sobre una situación anómala dentro de un régimen democrático liberal. La anomalía procede del hecho de que, pese a los principios proclamados constitucionalmente en el sentido de respeto a la dignidad de la persona, a su autonomía, o a su imparcialidad (principios previstos casi universalmente), en determinados casos su vigencia es nula. Quienes desobedecen civilmente invocan por ello principios morales que son los que sirven de marco al procedimiento democrático. Es precisamente la violación de esos principios o su no aplicación en determinadas situaciones lo que justifica la

desobediencia aun contra leyes que han sido sancionadas de acuerdo con dicho procedimiento. Esta invocación basta para justificar la acción de desobediencia. No obstante, si los valores que invocan los desobedientes civiles fueran sólo intereses de un grupo y no tuvieran la menor posibilidad de ser universalizables, sus posibilidades de aceptación por parte de la colectividad (que es uno de los objetivos de la desobediencia) serían prácticamente nulas e imposible su justificación desde un punto de vista moral. La definición misma de desobediencia civil en tanto movimiento que apela la moral de la colectividad presupone la superación del relativismo subjetivista. Lo que el desobediente civil afirma con su acción no es que la situación que padece no le guste o le parezca nula, sino que esta situación es injusta. Y que así tiene que comprenderlo toda persona que este dispuesta a aceptar los criterios de imparcialidad y de universalidad propios del punto de vista moral. Se dice así que en el caso de la desobediencia civil la cuestión no es saber si está o no está justificada moralmente, forma parte de la definición estarlo pues hablar de una desobediencia civil moralmente no justificada es una contradicción.

Por tanto, aún en un sistema democrático la desobediencia civil está justificada cuando: 1) no se respetan las reglas del compromiso justo y del juego limpio democrático; y, 2) si los resultados del procedimiento no se enmarcan y traducen en el respeto de principios como la

dignidad. la autonomía. y la imparcialidad humana,
principios que se contienen en los derechos fundamentales.

VII. LA OBJECCION DE CONCIENCIA

VII. 1. El concepto y fundamentación de la objeción de conciencia.

Para ciertos autores³⁵¹ la objeción de conciencia es una forma de desobediencia civil. Para otros, "si la objeción de conciencia fuese solamente, como algunos sostienen, una clase de desobediencia civil tendría poco sentido dedicarle una atención específica"³⁵². Malem Sefia apoyándose en Alan Gewirth propone el análisis de tres características fundamentales que hacen posible la diferenciación entre objeción de conciencia y desobediencia civil: "En primer lugar, se distinguen por la manera en que el desobediente civil y el objetor de conciencia llevan a cabo su disidencia. El primero puede violar tanto una ley que él considera injusta como cualquier otra ley justa con el fin de protestar contra una ley injusta. El objetor de conciencia, por el contrario, siempre se opone a una norma a él dirigida y a la que considera moralmente inaceptable. Nunca podría transgredir una norma justa para poner de manifiesto su disconformidad hacia otra norma injusta. No cabría hablar, por lo tanto, de una "objeción de conciencia

³⁵¹ PRIETO SANCHIS, Luis. "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho". en Revista Sistema, número 59, marzo de 1984, p. 41.

³⁵² PECES BARBA, Gregorio. "Desobediencia civil y objeción de conciencia". Anuario de Derechos Humanos, número 5, 1988-1989, Madrid, p. 168.

indirecta". tal como sucede en el caso de la desobediencia civil. En segundo lugar, el objetor de conciencia puede mantener en secreto las razones que le impulsan a violar el mandato legal. En cambio, la acción del desobediente civil, al ser pública y abierta, ya que es un acto dirigido a persuadir a la mayoría de la existencia de una determinada injusticia, no puede carecer de la publicidad necesaria en su ejecución y en la manifestación de los motivos que la ocasionan. Asimismo, el desobediente civil acepta las penas impuestas por las autoridades competentes, demostrando con ese gesto un amplio respeto por el derecho y una conformidad generalizada hacia el Estado en el cual habita. El objetor de conciencia no llega tan lejos en su vinculación al orden jurídico puesto que puede evadir el castigo emigrando, mediante la ocultación o por cualquier otro medio secreto o ilegal. El objetor de conciencia rehusa obedecer el precepto legal sobre bases de conciencia. Y al no recibir necesariamente su justificación de las convicciones políticas de la comunidad o del sentido de la justicia de la mayoría, puede estar en desacuerdo con el orden constitucional"³⁵³. Además el ojetor de conciencia no aspira a modificar la legislación o las políticas gubernamentales, el sólo rechaza la orden contra él dirigida sin perseguir necesariamente la alteración del status jurídico de norma alguna. Su significado a diferencia, de la desobediencia

³⁵³ MALEM SERA, Jorge, Concepto y justificación de la desobediencia civil, ob. cit., pp. 56 y 57.

civil se agota en su propia exteriorización, no se trata de una táctica, ni de una estrategia política como la desobediencia civil. Finalmente la objeción de conciencia, aparece en los Estados democráticos como un derecho constitucional protegido y regulado, lo que no ocurre con la desobediencia civil.

Estos comentarios y caracterizaciones se han traducido en distintas definiciones. Rawls señala que "la objeción de conciencia consiste en no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa"³⁵⁴. Raz la define como "un acto privado hecho para proteger al agente de interferencias de parte de la autoridad pública"³⁵⁵. Palazzo dice que la objeción de conciencia "puede ser definida como la actitud de quien rechaza un precepto, a cuya observancia el sujeto está llamado en cuanto subdito del ordenamiento del que dicho precepto forma parte. Tal rechazo debe encontrar su causa psicológica en motivos de conciencia, es decir, en una norma, de contenido opuesto al mandato no observado, que recaba, originariamente o derivadamente, su propia fuerza psicológica de un proceso de interiorización en la conciencia del objetor"³⁵⁶. Venditti

³⁵⁴ RAWLS, John, Teoría de la justicia, ob. cit., p. 410.

³⁵⁵ RAZ, Joseph, La autoridad del derecho, ob. cit., p. 339.

³⁵⁶ PALAZZO, F.C., "Obiezione di coscienza", en Enciclopedia del Diritto, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 359. Entre los autores italianos consultar: MONTANARI, Bruno, Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici, Giuffrè, Milano, 1976; BERTOLINO, R., L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei.

define la objeción de conciencia como "la actitud de aquel que rehusa obedecer un mandato de la autoridad, un imperativo jurídico, invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un dictamen que impide tener el comportamiento prescrito"³⁵⁷. Ramón Soriano considera que la objeción de conciencia se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) materialmente, la objeción se concreta en una norma o instituto del ordenamiento jurídico y su campo de actuación normativo es más recortado que el correspondiente a la desobediencia civil; 2) La razón de ser de la objeción es la actitud ética del objetante, que le lleva a excepcionar una norma jurídica en la que él se refiere por imperativos de conciencia; 3) Formalmente, la objeción es un acto privado; 4) Se caracteriza por el uso de medios no violentos; 5) La objeción no persigue la sustitución o cambio de las normas, sino su excepcionalidad en el caso del objetante, que no afirma la injusticia de las normas en general, sino la injusticia concreta de la norma; 6) La objeción de conciencia no debe incurrir en daños a terceros irreversibles y de carácter esencial³⁵⁸. Prieto Sanchis la define como "el incumplimiento de una obligación

Giappichelli, Torino, 1967; VENDITTI, R., L'obiezione di coscienza al servizio militare, Giuffrè, Milano, 1981, etc.

³⁵⁷ VENDITTI, R., L'obiezione di coscienza al servizio militare, ob. cit., p. 3.

³⁵⁸ SORIANO, Ramón, "La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español", Revista de Estudios Políticos, número 58, octubre-diciembre, 1987, pp. 79-81.

de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o, si se prefiere, de sus principios de moralidad"³⁵⁹.

La objeción de conciencia encuentra su fundamentación principal en la norma jurídica. Sin embargo, se han aducido diversas fundamentaciones extrajurídicas, entre las que destacan: La razón utilitarista, en cuya virtud tanto el Estado como el objetor obtienen recíprocas ventajas (la no violencia de la conciencia individual y las prestaciones sociales sustitutorias), en tanto que una actitud cerrada estatal sólo reportaría perjuicios a ambas partes; la razón del pluralismo ideológico y político reconocido en las sociedades democráticas, que ha de amparar comportamientos situados fuera de las normas democráticas en atención al respeto de las minorías cuando el incumplimiento de los deberes de las normas democráticas -pero no representativas de todas las ideologías sociales- es susceptible de compensación y no reporta daños esenciales a la sociedad; la razón ético-individual basada en una concepción personalista del Derecho, conforme a la cual las normas jurídicas se ven obligadas a respetar una zona de autonomía de la persona cuando los criterios éticos no coinciden con el significado de las normas de Derecho; la razón ético-social que sigue la misma orientación de la razón anterior,

³⁵⁹ PRIETO SANCHIS, Luis. La objeción de conciencia, ob. cit., p. 49.

con la diferencia de que ahora la ética individual es sustituida por los standars éticos de la colectividad social, en los que es posible encontrar un denominador común en el cúmulo de concepciones heterogéneas³⁶⁰.

Jurídicamente existen dos posiciones para fundamentar a la objeción de conciencia: La primera admite una mayor o menor permisividad de la objeción de conciencia en función de los deberes jurídicos en ella implicados. Raz por ejemplo, distingue entre deberes paternalistas, o que benefician al mismo objetor, deberes en relación con otras personas, y deberes en relación al interés público; considera que la objeción de conciencia es más difícil de conceder en la segunda clase de deberes jurídicos, porque, en el primer caso, se trata de deberes favorables al individuo obligado a cumplirlos, que puede preferir objetar a la norma jurídica que le beneficia, y en el tercer caso, de normas que conceden cierta flexibilidad en virtud de la insignificante contribución de cada una de las personas obligadas³⁶¹. La segunda posición considera a la objeción de conciencia como una de las manifestaciones de los valores jurídicos constitucionales y más concretamente de una libertad fundamental, la libertad ideológica, que la hace preferible a los deberes jurídicos incluidos en normas de

³⁶⁰ MONTANARI, Bruno, Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici, ob. cit.

³⁶¹ RAZ, Joseph, La autoridad del derecho, ob. cit., pp. 342 y ss.

menor categoría jurídica. Ambas posiciones son reveladoras de que la objeción de conciencia posee una naturaleza jurídica que le hace preferible respecto a los hipotéticos valores, principios jurídicos y deberes jurídicos conculcados por el acto de la objeción. En todo caso, el problema se presentaría en el supuesto de que determinados actos motivo de objeción de conciencia no estuvieran previstos en la norma. Al respecto me parece impecable el razonamiento del Tribunal Constitucional Español que ha precisado: "...Cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16-1 de la Constitución y como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales"³⁶².

³⁶² PECES BARBA, Gregorio, "Desobediencia civil y objeción de conciencia", ob. cit., p. 171. Ver también: GASCON, Marina y PRIETO, Luis, "Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional", Anuario de Derechos Humanos, número 5, 1988-1989, pp. 97 y ss.; RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín, "El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Revista Sistema, número 62, septiembre de 1984, pp. 3 y ss.

VII.2. La objeción de conciencia en el Derecho Comparado.

VII.2.1. En materia de servicio militar.

Ya que la objeción de conciencia encuentra acogida en la norma jurídica conviene repasar algunos ordenamientos constitucionales y legales que la contemplan. Antes de iniciar es necesario apuntar que la objeción de conciencia no se ha aplicado en exclusiva respecto al servicio militar obligatorio, sino que también en algunos ordenamientos se ha admitido normando la existencia de cláusulas de conciencia para los profesionales de la información frente a los deberes derivados de su relación liberal o funcionalarial con las empresas periodísticas, radiofónicas o televisivas. Igualmente existe una gran polémica sobre la regulación de la objeción de conciencia frente a tratamientos médicos, especialmente en el caso del aborto, de las transfusiones sanguíneas, de las vacunaciones, etc. Así como de la negativa de los ciudadanos a cumplir sus obligaciones fiscales cuando altos porcentajes del presupuesto público son destinados a políticas no compartidas, tales como los presupuestos militares.

El reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar se encuentra ampliamente regulado en las Constituciones y normas secundarias de los países

desarrollados³⁴³. Aquí será necesario distinguir entre el reconocimiento relativo a la objeción de conciencia, el reconocimiento absoluto, y el tratamiento de la objeción de conciencia en ordenamientos sin servicio militar obligatorio, así como una mención a la normativa supranacional.

El reconocimiento relativo de la objeción de conciencia ha sido, a veces, un primer paso hacia su reconocimiento absoluto. Así ocurrió con la Ley Federal de Defensa Austríaca de 1955 o la Ley Finlandesa de 1959. En Austria, los artículos 25 a 27 de la Ley Federal de Defensa de 7 de septiembre de 1955 introdujeron la posibilidad de que los objetores de conciencia prestaran un servicio auxiliar no armado dentro del ejército: esto dio lugar a situaciones de tensión, por lo que en 1970 la Comisión de Reforma del Ejército Federal recomendó la introducción de un servicio civil que se cumpliera sin dependencia alguna de las fuerzas armadas; la recomendación fue aceptada por la Ley del Servicio Civil de 1974, que comporta ya un reconocimiento absoluto de la objeción de conciencia. En Finlandia, donde la objeción de conciencia fue por vez primera reconocida, para circunstancias excepcionales, por Ley de 11 de noviembre de 1922, se mantuvo desde 1931 un sistema restrictivo, limitado a tiempos de paz, que fue regulado en

³⁴³ Ver el libro de MILLAN, Garrido Antonio, La objeción de conciencia, Tecnos, Madrid, 1990.

la Ley de 15 de mayo de 1959 y desarrollado en el Estatuto de primero de octubre del mismo año: en esta normativa se preveía para quienes, por profundos motivos de conciencia no pudieran cumplir el servicio militar en la forma legalmente establecida, la posibilidad de prestarlo como "individuos no armados": en 1969, se modificó el sistema al introducirse un servicio civil. En la actualidad, mantienen un reconocimiento relativo de la objeción de conciencia, entre otras, las legislaciones de Grecia, Suiza y formalmente Suecia. En Grecia, la objeción de conciencia se regula en términos muy restrictivos, por la Ley 731/1977, de 17 de octubre, que admite tan sólo motivos religiosos y establece, como única prestación alternativa, un servicio militar sin armas, cuya duración es de cuatro años. Suiza cuenta con imperativos constitucionales que, hasta ahora, han condicionado el tratamiento de la objeción de conciencia: la Constitución de 1874 reconoce la libertad ideológica y de conciencia, estableciendo que estas libertades no eximen del cumplimiento de las obligaciones cívicas y militares: la única posibilidad que se concede al objetor en Suiza es la de realizar un servicio militar sin armas en las condiciones que determina la Ordenanza militar que entró en vigor el primero de enero de 1982. En Suecia, el reconocimiento es también -aunque solo formalmente- relativo, pues desde 1943 se prevé, como única prestación sustitutoria, un servicio militar sin armas que en la actualidad (con duración superior en seis meses a la del servicio armado) puede ser

cumplido. en sectores civiles. como son los relativos a reparación y mantenimiento de ferrocarriles. centrales eléctricas. instalaciones y redes telefónicas. agricultura. educación. sanidad o servicios sociales. amén de un servicio que desde 1981. puede realizarse en los países en vías de desarrollo.

El reconocimiento absoluto de la objeción de conciencia comporta la posibilidad de realizar una prestación sustitutoria de naturaleza civil. En la Republica Federal de Alemania. el derecho a la objeción de conciencia vino constitucionalmente reconocido en el artículo 4 III de la Ley Fundamental de 1949. que establece que: "nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio de armas": aunque el texto parece referirse al servicio militar armado. la doctrina. con base en los trabajos parlamentarios. se mostró. desde el principio. favorable a una interpretación amplia que comportara el reconocimiento absoluto a la objeción de conciencia: conforme a tal criterio. por reforma constitucional operada por Ley de 19 de marzo de 1956. introdujo el artículo 12.a de la Ley Fundamental. que. tras establecer el servicio militar obligatorio (párrafo I). dispone que "quien. por objeción de conciencia se niegue a realizar servicio de armas podrá ser obligado a una prestación sustitutoria de duración no superior. Una ley. sin menoscabar la libertad de conciencia. regulará el servicio sustitutorio. que no podrá tener relación alguna

con las unidades de las Fuerzas Armadas y la Policía Federal de Fronteras"; el derecho a la objeción de conciencia fue recogido en los parágrafos 25 al 27 de la Ley del Servicio Militar de 21 de julio de 1956; la normativa vigente está integrada por la Ley de régimen jurídico de la negativa a la prestación del servicio militar de 28 de febrero de 1983, y la Ley del servicio civil de 9 de agosto de 1973, reformada por leyes de 24 y 28 de febrero de 1983; en la actualidad, pues, el ordenamiento alemán sigue un sistema de reconocimiento condicionado en el que la Oficina Federal del Servicio Civil o las Comisiones de Negativa a la Prestación del Servicio Militar, según los casos, han de resolver la prestación del objetor; sin embargo, se dice, las específicas garantías insertas en el procedimiento, la admisión de cualquier tipo de motivaciones, incluidas las políticas, el posible reconocimiento de la objeción de conciencia sobrevenida y la igual duración de los servicios militar y civil, entre otras características de su contenido, hacen que la legislación alemana pueda reputarse, incluso tras la reforma de 1983, como una de las más progresistas en el Derecho comparado. En Austria, la Ley del Servicio Civil de 6 de marzo de 1974, que en sus preceptos fundamentales, tiene rango constitucional, supuso el reconocimiento absoluto de la objeción de conciencia al establecer un servicio sustitutorio de naturaleza civil; el servicio civil tiene la misma duración que el militar (ocho meses); en Austria, la objeción ha de basarse en "razones

graves y fidedignas de conciencia", con lo que, según la doctrina quedan excluidos los motivos políticos; también está prevista la objeción de conciencia sobrevenida, misma que está condicionada a la resolución de la Comisión de Servicio Civil. En Bélgica, el primer intento de reconocer legislativamente la objeción de conciencia data de 1950; en 1964 se aprobó un Estatuto que establece una regulación muy moderada; por Ley de 3 de junio de 1964, se siguió normando el reconocimiento condicionado de la objeción de conciencia, en el que además de no admitirse la "objeción sobrevenida", los motivos quedaban limitados a aquellos de índole religiosa, filosófica o moral, con exclusión de las motivaciones políticas y como prestación alternativa, el objetor podía optar por un servicio militar sin armas o por uno de naturaleza civil, si bien en este caso la duración era superior en un año a la del servicio militar obligatorio; las limitaciones señaladas provocaron modificaciones parciales y diversos proyectos de reforma que concluyeron con unas nuevas leyes coordinadas de 20 de febrero de 1980, por las que se establece el Estatuto de los Objetores de Conciencia; se trata, en realidad, más que de un nuevo Estatuto, de una actualización del de 1964, en el que, como modificaciones más importantes están la menor duración del servicio civil alternativo, la posibilidad de reconocimiento de la "objeción sobrevenida" y, especialmente, la admisión de cualquier tipo de motivos, incluidos los políticos a condición de que no se funden

únicamente en consideraciones que custionen las instituciones fundamentales del Estado. En Dinamarca, la objeción de conciencia se reguló por primera vez con la ley de 13 de diciembre de 1917, en la que ya se contemplaba la posibilidad de optar por un servicio sustitutorio de naturaleza civil: con posterioridad, la Ley de mayo de 1933 -modificada en 1952-, al igual que la Ley de 10 de junio de 1976, se refiere a todo tipo de motivaciones, tanto religiosas y éticas como políticas; en la regulación vigente, aprobada por Ley número 427/1980, de 30 de septiembre, se mantiene el reconocimiento de la objeción de conciencia por cualquier tipo de motivos, si bien condicionado al dictamen de la Comisión Central de Reclutamiento; el servicio sustitutorio tiene una duración de once meses, dos más que el servicio militar obligatorio. En Finlandia se incluyó a partir de 1969, aunque sólo en tiempos de paz; la Ley 132/1969, de 21 de febrero, estableció, además del servicio militar sin armas, contemplado ya en el Estatuto de 1959, una prestación de naturaleza civil para quienes, por motivos de conciencia, no admitiesen ninguna modalidad de servicio militar; el servicio civil, que coordinan los Ministerios de Trabajo y Justicia, se presta en entidades benéficas, instituciones penitenciarias, organismos públicos, brigadas de bomberos y organizaciones forestales; la duración del servicio militar sin armas se fija en 90 días más que la del servicio militar armado, y la del servicio civil en ciento veinte días más.

En Francia, la "Ley relativa a ciertas modalidades de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley de reclutamiento" de 21 de diciembre de 1963, puso fin al sistema representativo y concedió un estatuto a los objetores; más tarde, el Código del Servicio Nacional, aprobado por Ley número 424/1971, de 10 de junio, modificó el Estatuto anterior e introdujo nuevas reglas; posteriormente, se promulgaron varios decretos; las citadas normas han sido refundidas en la Ley número 605/1983, de 8 de julio; ésta normativa admite como causa de la objeción de conciencia motivaciones "religiosas y filosóficas", se precisa que la prestación alternativa tendrá duración doble a la del servicio militar con armas. En Holanda, la objeción de conciencia fue reconocida desde 1917; en la actualidad, la Ley de 24 de noviembre de 1978, se la normativa vigente; esta regulación admite la objeción de conciencia sobrevenida, así como la objeción selectiva, comporta un reconocimiento limitado a "graves motivaciones de conciencia", que, como tales, han de ser constatados por una Comisión consultiva, y la duración del servicio civil tiene una duración superior a un tercio del servicio militar obligatorio. En Italia no fue sino hasta 1972 que se reconoció la posibilidad de optar por una prestación civil sustitutoria; conforme a la legislación vigente no se puede objetar por motivos políticos y la duración del servicio civil sustitutorio tiene una duración superior de ocho meses sobre el servicio militar. En Portugal, el artículo 41.5 de

la Constitución de 2 de abril de 1976 "reconoce el derecho a la objeción de conciencia quedando los objetores obligados a prestar servicio no armado con duración idéntica a la del servicio militar obligatorio": la normativa secundaria portuguesa admite la objeción por motivos de orden religioso, moral o filosófico, constatados, a través de un procedimiento judicial, por la Comisión regional de Objeción de Conciencia, que podrá estimar incluso la mala fé del solicitante cuando sus motivos fueran egoístas o de pereza. En Noruega la exención del servicio militar existe desde 1902 por motivos religiosos; la legislación vigente data de 1966, en ella se admite la objeción en cualquier momento y por cualquier clase de motivos: religiosos, éticos, filosóficos, políticos; la duración del servicio civil sustitutorio es la misma que para el servicio militar. En España³⁶⁴, el texto del artículo 30.2 de la Constitución de 1978 reza así: "La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención al servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria"; por ley de 26 de diciembre de 1984 se reglamentaron las condiciones y requisitos para que pueda operar la objeción de conciencia.

³⁶⁴ La doctrina española al respecto es muy importante. Consultar: CUERVO-ARANGO, Fernando, "La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español", en *Anuario de derechos humanos*, número 3, Madrid, 1985, pp. 11y ss.; y, RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia", *Anuario de Derechos Humanos*, número 4, Madrid, 1986-1987, pp. 399 y ss.

la que ha sido duramente criticada en la doctrina por su escaso progresismo.

Respecto a la objeción de conciencia en los ordenamientos sin servicio militar obligatorio, debe decirse que en ellos, el reconocimiento de la objeción de conciencia o constituye una previsión normativa con vistas a la eventual instauración del servicio militar obligatorio, o se trata de conferir relevancia, en la rescisión del compromiso, a supuestos de objeción sobrevenida. En estos países debe destacarse a la Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Liechtenstein, e Islandia. En Gran Bretaña en 1960 fue abolido el servicio militar obligatorio, pero se reconoce la objeción de conciencia sobrevenida, en cuyo caso el voluntario puede solicitar su baja en las Fuerzas Armadas. En Irlanda se prevé un servicio militar obligatorio en situaciones de emergencia; en ningún caso se hace referencia a posibles supuestos de objeción de conciencia. En Luxemburgo, la objeción de conciencia, admitida por vez primera en 1953, se rigió, hasta la abolición del servicio militar obligatorio en 1967, por Ley de 23 de julio de 1963, que establecía un sistema de reconocimiento condicionado y un servicio sustitutorio de naturaleza civil; en la actualidad no existe disposición alguna que prevea la objeción de conciencia sobrevenida al voluntario, aunque cabe pensar que, expuestos los motivos se

atendería, en vía administrativa, su petición de causar baja en el ejército. En Malta, las fuerzas armadas están integradas por voluntarios; no obstante, para el caso de que, en situaciones críticas se instaurase un servicio militar obligatorio, la Constitución prevé el reconocimiento de la objeción de conciencia, así como un servicio alternativo de naturaleza civil. En Estados Unidos el servicio militar es, en estos momentos, voluntario; en la "Selective Service Act" de 24 de junio de 1948, se establece para los objetores, una prestación sustitutoria de igual duración a la del servicio militar. En Canadá, durante los períodos en que fué obligatorio el servicio militar, la legislación reguladora de este (la "Schedule to the Military Service Act" de 1917, la "National Resources Mobilization Act" de 1940 y la "National Defence Act" de 1952) limitó el reconocimiento de la objeción de conciencia a ciudadanos pertenecientes a determinadas confesiones religiosas, como los menonitas o los ducobors, grupos pacifistas que habían emigrado a Canadá precisamente por ser uno de los pocos países en que, a principios de siglo, el servicio militar era voluntario. En Australia en 1959 fue abolido el servicio militar; anteriormente, una Ley de 23 de febrero de 1942 estableció ya la posibilidad de un servicio sustitutorio de naturaleza civil e incluso la exención de todo servicio; en la misma línea afrontó el tema la "National Service Act" de 17 de marzo de 1951. En Nueva Zelanda, el servicio militar obligatorio, restablecido por la "Military Training Act" de

20 de octubre de 1949, fue abolido en 1958; durante los períodos de obligatoriedad, la objeción de conciencia estuvo regulada en términos amplios, no implicando, por otra parte, el reconocimiento de la obligación, el prestar un servicio sustitutorio civil ni militar. En Liechtenstein, la Constitución impone al ciudadano el potencial deber de prestar servicio militar para "defender a su patria en caso de peligro", pero no existen Fuerzas Armadas permanentes desde que en 1968, se disolviese el Ejército del Principado. En Islandia no existe defensa nacional alguna; caso semejante al de Costa Rica en Latinoamérica.

En el ámbito supranacional, la objeción de conciencia, en algunos documentos internacionales está reconocida. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, no la contempla como tampoco el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Del tema se ha ocupado la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, particularmente con motivo del debate sobre "la Declaración de eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa": en dicho documento, tras un detenido examen de la objeción de conciencia en aquellos países con servicio militar obligatorio, se insiste en el hecho de que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su sesión de noviembre de 1970, había manifestado su preocupación por el tema, lo había transmitido al Consejo Económico y Social y éste a la Comisión de Derechos Humanos,

con un texto en el que se excluía la obligación indiscriminada de los jóvenes a ingresar en las Fuerzas Armadas y se pretendía el respeto a los que opusieran motivos de conciencia contra la guerra: la comunicación preconizaba que se urgiese a todas las comunidades nacionales y a la comunidad internacional a respetar y reconocer la conciencia de quienes prestan objeción al servicio militar: la cuestión volvió a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1978, aprobándose, por consenso, en su sesión de 20 de diciembre, una resolución, la 33/165, que reconoce el derecho de toda persona de oponerse a servir a las Fuerzas Militares o de Policía que se empleen para sostener el apartheid y hace un llamamiento a todos los Estados miembros para que concedan asilo o tránsito seguro a cualquier persona obligada a abandonar su país por objeción de conciencia a dichos servicios de carácter militar o policial, otorgándole los beneficios del estatuto de refugiado; más tarde, en 1983, fue elaborado un informe en el ámbito de las Naciones Unidas, en él los autores (A. Eide y C. Mubanga-Chipoya) analizan la objeción de conciencia en la legislación nacional e internacional; a tales consideraciones respondió la resolución de la Comisión de Derechos Humanos de 5 de marzo de 1985, en ella se señala que la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; en el Convenio Europeo para la protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. la objeción de conciencia encuentra cabida en el artículo 9 que consagra el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: en el ámbito europeo existe también la resolución 337/1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa que admite la objeción de conciencia, precisa un procedimiento, y norma el servicio civil sustitutorio: esta última resolución ha sido actualizada, entre otras, por una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 9 de abril de 1987, que recoge la doctrina sobre la objeción de conciencia en el ámbito europeo: en el continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala en su artículo 6.3b) que no constituye trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de ese artículo: "el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél".

VII.2.2. En tratamientos médicos³⁶⁵.

Se menciona generalmente que han sido dos las confesiones que han dado lugar a los conflictos de esta clase. Por un lado los testigos de Jehová -dejando al margen otras cuestiones- que consideran la ingestión de sangre como

³⁶⁵ Consultar el importante trabajo de NAVARRO-VALLS, Rafael y otros. "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y derecho español", en Revista Persona y Derecho. Universidad de Navarra, número 18, 1988, pp. 163 y ss.

vetada por una prohibición divina, misma que tiene su apoyo en particulares interpretaciones de la Biblia. Los testigos de Jehová se oponen a las transfusiones de sangre, incluido el plasma humano. La segunda confesión es la "Church of Christ, Scientist" que adopta un punto de vista más radical, pues sostiene que cualquier dolencia puede sanar exclusivamente mediante la oración, y considera ilícito el recurso a los tratamientos médicos de manera generalizada (únicamente, algunos aceptan recibir analgésicos para mitigar el dolor).

Las razones de este tipo de objeción de conciencia tienen su fundamento principalmente en principios religiosos o en convicciones de moral personal como es el caso de la negativa de ciertos médicos a practicar el aborto en aquellos países en que está permitido legalmente.

VII.2.2.1. Estados Unidos.

En Estados Unidos no existe legislación específica sobre la objeción de conciencia respecto a tratamientos médicos. Es la jurisprudencia la que ha creado un cuerpo normativo con las decisiones, tanto de los tribunales estatales y federales, como de la Corte Suprema. El planteamiento básico de la jurisprudencia americana es que, ante el rechazo de un tratamiento médico, debe respetarse la opción libremente elegida por la persona -aún con riesgo

para su vida-. salvo que la presencia de un interés público de mayor peso reclame que pueda ordenarse judicialmente la intervención: la labor del tribunal se reduce a un equilibrio prudencial de intereses, determinando cuál debe prevalecer en el caso concreto. Se han distinguido cuatro tipos de situaciones: Adulto capaz y sin hijos: los casos Schloendorff y Matter of Melideo; Adulto con hijos: In re Osborne; Adulto incapaz: In re Boyd; y, tratamientos médicos a menores.

Adulto capaz y sin hijos: Los casos Schloendorff y Matter of Melideo. La tesis fundamental la constituye la afirmación del derecho del adulto sobre su propio cuerpo. En el caso Schloendorff (Tribunal de apelación de New York, 1914), la paciente del mismo nombre fue operada de un tumor sin su consentimiento, y en fase posoperatoria se produjo gangrena y hubo necesidad de extirparle varios dedos; la afectada reclamó una indemnización; la sentencia determinó que todo ser humano adulto y en sus facultades mentales tiene el derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo, y que un cirujano que efectúa una operación sin el consentimiento del paciente comete una agresión, se añade igualmente, que en los casos de emergencia, cuando el paciente ha perdido el conocimiento y es necesario operar, cabe hacerlo sin su consentimiento. En el caso Matter of Melideo, decidido por la Corte Suprema de Nueva York en 1976, Kathleen Melideo, casada, de 23 años, sufría una

hemorragia uterina a consecuencia de una operación; el descenso del nivel de hemoglobina hacía previsible la transfusión de sangre; ésta posibilidad había sido expresamente rechazada por escrito, tanto por Kathleen como por su marido, ambos testigos de Jehová; por esa razón el centro hospitalario recurrió al tribunal solicitando autorización para efectuar la transfusión; la Corte denegó la solicitud recordando la regla general fijada en Schloendorff, afirmando que no pueden ordenarse judicialmente transfusiones de sangre contra los deseos de un adulto que las rechaza por sus creencias religiosas, en tanto no se pruebe la existencia de un interés prevalente del Estado que justifique la intromisión, pues de otro modo se violaría el derecho al libre ejercicio de la religión, previsto por la primera enmienda de la Constitución; para el tribunal, el "interés prevalente del Estado" puede encontrarse cuando se halle en peligro el bienestar de los hijos.

Adulto con hijos: In re Osborne. El paciente Charles P. Osborne era un varón de 34 años, casado y con dos hijos. Había sido ingresado en el Cafritz Memorial Hospital, de Washington, por sufrir diversas heridas y una hemorragia interna que le había originado un árbol al caer sobre él. Considerando imprescindible una transfusión, y al negarse a ello tanto el paciente como su esposa, el hospital se dirige a la Superior Court, solicitando que nombre un guardián a

efectos de otorgar consentimiento a la transfusión. Desestimada la solicitud, el hospital recurre ante la Corte de Apelación del Distrito de Columbia, que confirmará la sentencia anterior. El tribunal de apelación realiza un juicio basado en el análisis de dos cuestiones. La primera de ellas es si el enfermo ha rechazado la transfusión de sangre estando en plenas facultades mentales y con un adecuado conocimiento de la situación, lo que confirma, además de hacer notar que sus convicciones religiosas son absolutamente firmes: considera que el obligado sometimiento a una transfusión repercutiría inevitablemente de manera negativa e irreparable en su vida religiosa, privándole de la posibilidad de salvación eterna, a pesar de la falta de adhesión de su voluntad a ese acto. La segunda cuestión se refiere a la eventual existencia de un "interés prevalente" del Estado en mantener la vida de Osborne, tomando en consideración que tenía dos hijos de la misma edad. El tribunal declaró que no podía estimarse que el interés en el bienestar de los niños debiera predominar sobre la conducta religiosamente motivada: toda su familia estaba de acuerdo con su actitud y las relaciones familiares eran cercanas y cordiales, con lo que estaba asegurado tanto el sostenimiento material de los hijos como un adecuado ambiente familiar para su educación.

Adulto incapaz: In re Boyd. En marzo de 1977, Lucille Boyd de 67 años de edad fue ingresada por su hijo en un

hospital, en circunstancias de emergencia: durante las últimas semanas se había comportado de manera irracional y, en ocasiones peligrosa. Desde el momento de su admisión en el centro hospitalario, la conducta de la señora Boyd fue irracional e incoherente. Los médicos diagnosticaron esquizofrenia y se le recetó la administración de drogas psicotrópicas, con objeto de tranquilizarla y reducir el nivel de alucinaciones. Boyd, sin embargo, al ser internada había manifestado que no aceptaría medicación alguna por su vinculación con la Secta Christian Science. Como esa actitud se mantenía, el hospital inició el procedimiento judicial para que fuera declarada mentalmente incapaz, y poderle recetar los medicamentos oportunos. Tras descartarse la posibilidad de que Mrs. Boyd fuera confiada a una institución dependiente de la Christian Science (secta a la que pertenecía) se ordenó judicialmente que permaneciera por tiempo indefinido en el Saint Elizabeths Hospital, autorizando al hospital a suministrarle la medicación que considerase necesaria. La anciana apeló contra la decisión, alegando su derecho a la libertad religiosa, protegido por la primera enmienda constitucional. A la vista de los hechos, el Tribunal de Apelación del distrito de Columbia delimitó el problema en los siguientes términos: se trata de decidir si, en ausencia de peligro para la vida, una corte judicial puede ordenar la administración de psicofármacos a una persona declarada incapaz, cuando esa persona había rechazado -mientras tenía capacidad- cualquier clase de

tratamiento médico. basándose en sus creencias religiosas. El tribunal sostuvo que la libertad religiosa reconocida en la Constitución ampara el derecho del individuo a rehusar un tratamiento médico. incluso en casos de vida o muerte. Agregó la Court of Appeals que en situaciones de emergencia sería posible infringir la libertad religiosa. pero en la hipótesis a estudiar lo aplicable es la doctrina del substituted judgment (el juez debe intentar encontrar la decisión que habría adoptado el incapaz si hubiera tenido capacidad propia para elegir) o la doctrina del compelling state interest (el interes prevalente del Estado).

Tratamientos médicos a menores: La regla general como se ha ido constatando es que cuando el adulto se opone a sufrir cualquier clase de intervención médica. la norma es que debe respetarse la decisión del individuo aunque eso suponga dejar que pierda la vida. Principio general que es matizado por la jurisprudencia. en tanto que ciertas circunstancias tienen la virtualidad de hacer surgir un interés público que justifique la imposición de tratamiento por mandato judicial: lo cual puede suceder. sobre todo. cuando concurre una incapacidad mental del enfermo. o la existencia de hijos menores que dependen de él. La regla general se invierte en los casos en que es un menor la persona que necesita el tratamiento. El interes del Estado en estos casos. se superpone a las convicciones morales o religiosas de los padres. Por ejemplo. en *People vs.*

Labrenz, la Corte Suprema de Illinois afirmó que, si los padres rehusan permitir una transfusión de sangre necesaria para evitar la muerte del hijo o daños mentales permanentes, ese niño debía considerarse abandonado, y podría nombrarse a una persona que autorizase la intervención.

Además del análisis de las cuatro situaciones mencionadas, los tribunales americanos han dictado resoluciones sobre la probable responsabilidad criminal de quienes permiten la muerte del objetor. A diferencia de Europa, en Estados Unidos no ha habido procesos en los que se ventile la responsabilidad penal de padres que dejaron morir a un hijo por no buscar los auxilios médicos prohibidos por sus convicciones religiosas. Si hay, en cambio dos casos muy importantes relativos a cónyuges que permiten la muerte de su esposo por respetar la objeción de conciencia de éste. En uno de ellos, la conducta es pasiva, y en el segundo, se da un cierto comportamiento activo —de colaboración— dirigido a mantener la firmeza de una elección anterior adoptada en conciencia por el enfermo. En el primer caso, *People vs. Pamela Robbins*, el marido no buscó la atención médica, porque tanto él como su esposa, pertenecían a una secta religiosa que compartía la creencia de que las enfermedades se curan con oración y fé; el resultado fue la muerte de Pamela; el marido fue procesado por homicidio culposo, pero fué absuelto; la argumentación del tribunal fue la siguiente: un adulto capaz tiene derecho a elegir si

se somete o no a un tratamiento médico, salvo que su negativa comporte una amenaza para la vida o salud de otras personas, y en el caso en análisis, Pamela tomó la decisión consciente de no recibir ayuda médica, por tanto el marido no tiene responsabilidad alguna. En el segundo caso, Commonwealth vs. Konz, la esposa del reverendo David G. Konz, enfermo de diabetes, se niega a proporcionar la insulina escondiendo los medicamentos, tanto él como ella comparten la creencia de que rezando podrían vencer la tentación de recurrir a los fármacos; el reverendo muere después de violentas discusiones con su esposa, en donde a pesar de ellas nunca solicita la insulina; el Tribunal absolvió a la esposa, señalando que el Sr. Konz racionalmente rechazó la medicación.

VII.2.2.2. República Federal de Alemania.

La invocación a la objeción de conciencia por tratamientos médicos en Alemania, no implica que este tema no haya sido tratado por otros países del entorno europeo o mundial. Sin embargo, por ser de los Estados con mayor elaboración teórica y jurisprudencial en el tema, la mención al mismo resulta ejemplificativa y paradigmática de la concepción que sobre la materia se tiene en otras áreas geográficas.

El planteamiento en el Derecho alemán de la necesidad del consentimiento de tercera persona (cónyuge o padres) para la aplicación de un tratamiento médico (transfusiones de sangre) necesario para salvar la vida de un adulto o de un menor ha obtenido un tratamiento jurisprudencial complejo. La jurisprudencia se ha movido en el estricto plano de la posibilidad de sustitución de dicho consentimiento por la autoridad judicial en el conflicto entre el precepto constitucional que proclama que "la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de profesión religiosa e ideológica son inviolables" (artículo 4.1 de la Ley Fundamental de Bonn) y la norma de la misma Constitución que proclama el derecho a la vida como un bien fundamental (artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn), sino que se ha deslizado hacia el plano penal. En este sentido, se ha tratado de definir la responsabilidad criminal en el marco del delito de omisión del deber de socorro, en su aparente o real colisión con la libertad de creencia (artículo 330 del Código Penal alemán). Sobre estas cuestiones existen dos importantes sentencias: La sentencia de 10 de octubre de 1967 del Tribunal Supremo de Hamm y la sentencia de 19 de octubre de 1971 del Tribunal Federal Constitucional.

La sentencia de 10 de octubre de 1967 del Tribunal Supremo de Hamm se refiere a la negativa de los padres a la transfusión de sangre de un menor. La doctrina del tribunal

que absuelve al acusado por un error en la valoración del artículo 330 del Código Penal, que el acusado no creyó que le fuese aplicable, sostuvo que no se podía posponer la obligación de salvar la vida de un hijo sobre la libertad de conciencia de los padres.

La sentencia del 19 de octubre de 1971 del Tribunal Federal Constitucional alude a la cooperación con la objeción de conciencia del propio cónyuge a un tratamiento médico. La doctrina del Tribunal Constitucional asentó que la libertad religiosa no es solamente garantizada a los miembros de las iglesias y comunidades religiosas reconocidas, sino también a las pertenecientes a otras colectividades religiosas menores, ya que la protección no depende del número de los miembros de una determinada comunidad religiosa ni de su relevancia social, sino que encuentra su fundamento en el principio de igualdad de iglesias y confesiones; como segunda cuestión, estableció que la libertad religiosa implica el derecho del individuo a orientar todo su comportamiento según las enseñanzas de su fe y obrar conforme a ellas; reconoció que la libertad religiosa no es ilimitada; admitió que la sanción penal en la hipótesis en cuestión sería una reacción social demasiado dura y que vulneraría la dignidad humana, recordó que el rechazo de la atención hospitalaria se basaba en la propia libertad de acción protegida por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental; concluyó que en caso de haber hijos, las

obligaciones para con ellos no van tan lejos como para abandonar la línea de conducta que subjetivamente era considerada por la víctima con más posibilidades de éxito; la sentencia terminaba aduciendo que si los generalizados puntos de vista morales en la sociedad actual hubieran exigido optar por ambos caminos a la vez (oración y tratamientos médicos) si esto no le era posible al recurrente a causa de sus arraigadas convicciones religiosas, entonces no está justificado proceder contra él penalmente.

VII.3. La objeción de conciencia como proyección del contractualismo.

Las breves referencias a algunos supuestos de la objeción de conciencia en el derecho extranjero no agotan, por supuesto, su tratamiento. La alusión ejemplificativa de ciertas hipótesis tenía por objeto presentar el cómo se ha regulado y contemplado jurídicamente un fenómeno tan complejo, que siempre comporta la colisión entre derechos fundamentales.

¿Por qué se habla de la objeción de conciencia como una proyección de las teorías e ideas del contrato social? Si el contrato social como se ha entendido en esta tesis, es producto de dos elementos: procedimientos democráticos en una sociedad y Estado democráticos, y respeto a los

resultados de ese procedimiento cuando no se violan o restringen los derechos humanos. la objeción de conciencia que es uno de los derechos materia del contrato, y sustento del Estado y sociedad democrática, debe ser preservado y garantizado. El interés por preservar este tipo de derecho nace del principio de autonomía y del principio de dignidad, pues nadie puede ser inhibido en la libre elección de sus pautas morales si con su elección no afecta los derechos morales de terceros. Esto tiene evidente relación con lo que Passerin D'Entrevés ha dicho en relación a la distinción entre cuestiones de oportunidad y de principio en una democracia. Las cuestiones de oportunidad en la democracia son opinables y aquí lo razonable es que las opiniones propias cedan ante la mayoría. Sobre las cuestiones de principio, en cambio, no es posible transigir: decir que el ciudadano tiene el deber de someterse a una decisión colectiva que juzga profundamente inmoral equivale a sacrificar el valor del individuo y abrir la puerta al Estado totalitario³⁶⁶. Una sociedad democrática está obligada

a tolerar el disenso hasta el extremo límite posible. La coherencia al respecto, exige al individuo que disiente, la muestra de sus buenas y sólidas razones. El problema en todo caso consiste en delimitar que cuestiones son de oportunidad y que de principio. Luis Prieto³⁶⁷ brinda dos

³⁶⁶ PASSERIN D'ENTREVÉS. "Obbedienza e resistenza in una società democratica", en el volumen del mismo título, Ed. di Comunità, Milano, 1970, pp. 225-ss.

³⁶⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho", ob. cit., pp. 52 y 53.

orientaciones para advertir la existencia de cuestiones de principio: 1) Distingue entre normas jurídicas que nos permiten hacer o no hacer, dar o no dar; normas que nos impiden comportarnos de determinada modo con nuestros semejantes, matarles, lesionarles, privarles de su propiedad o de su honor, etc.; normas que nos obligan a realizar una determinada acción, como cuidar y educar a los hijos, pagar los impuestos, trabajar por la comunidad en caso de incendio o catástrofe, socorrer a quien se halla en peligro, cumplir el servicio militar, etc. Para él, desde el punto de vista de la libertad de conciencia y de la autonomía en general, las normas de la tercera categoría son las que pueden restringir de modo más notable la libertad y la autonomía, porque exigen nuestra contribución para su cumplimiento. Entre el último tipo de normas, parece que las más graves son aquéllas que imponen obligaciones de naturaleza personal. El ciudadano puede negarse a saludar a la bandera, por ejemplo, por razones religiosas, porque se le causaría un mal grave e irreparable en su fé si lo hiciera. Aquí la

conciencia debe ser atendible³⁶⁸. 2) La segunda orientación es que la legitimidad de la objeción de conciencia depende en gran medida de los daños que cause a otros bienes jurídicos. Por ejemplo, las sectas religiosas o políticas que sostienen como imperativo moral exterminar a los miembros de una raza o de una religión no pueden invocar la objeción de conciencia contra las leyes que castigan el homicidio; porque su conciencia vale menos que la vida de los demás.

Otro argumento importante para sostener que la objeción de conciencia es una proyección del contractualismo, reside en el hecho de que el contrato debe ser por naturaleza dinámico y abierto a los derechos de las minorías. Las minorías religiosas o políticas no deben ser vulneradas en sus convicciones morales más íntimas, si ello no implica la infracción a los derechos de los demás. Un contrato social que no permitiera este tipo de manifestaciones de moralidad

³⁶⁸ NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, ob. cit., pp. 249 y 250. Nino cita el famoso caso norteamericano *Barnette*, en donde se reconoció el derecho de los Testigos de Jehová de oponerse al saludo a la bandera: "Crear que el patriotismo no va a florecer si las ceremonias patrióticas son voluntarias y espontáneas en lugar de ser una rutina obligatoria, es tener una opinión muy poco lisonjera sobre el atractivo que nuestras instituciones ejercen sobre las mentes libres". Nino aduce otro argumento: "Yo agregaría a esto que esa creencia incurre además en un error lógico sobre el concepto de patriotismo, que requiere espontaneidad y es antagónico con la rutina obligatoria". Por mi parte, sostengo que la forma de medir el patriotismo, si hay una para hacerlo, consiste en el cumplimiento de ciertas obligaciones de solidaridad para con el Estado y la comunidad, como el pago de impuestos, y no con exteriorizaciones litúrgicas que muchas veces no representan y coinciden con el sentir de los ciudadanos.

individual. estaría muy cerca de la sociedad cerrada y antidemocrática.

El argumento del pluralismo ideológico y político derivado del argumento anterior se impone también. El contrato social debe establecer las cláusulas que hagan viables los consensos políticos y sociales sin introducirse en las esferas íntimas de la moral individual. y cuando estas esferas de intimidad colisionan con las generalidades del contrato, deben precisarse cauces de solución que en todo caso tiendan a respetar los derechos de todos, pues éstos son la única y verdadera razón para la existencia del Estado.

CONCLUSIONES

Al primer capítulo:

Primera: El contractualismo es un instrumento para medir el grado de legitimidad de los sistemas políticos. Es una teoría normativa que sostiene que el origen del poder reside en los individuos, y que por tanto, en el medida en que los ciudadanos participan en la creación y conformación de éste, considera a los sistemas políticos (lo mismo vale para para el análisis de la sociedad) mas o menos democráticos y legítimos.

Segunda: El contractualismo entiende que la defensa y protección de los derechos humanos es la única, salvo prueba en contrario, justificación ética para la existencia del Estado.

Tercera: El contractualismo tiende a concebir a la democracia en el sentido clásico, es decir, que tiene en cuenta elementos como: la supremacía del pueblo, el consentimiento de los gobernados como base de la legitimidad, la necesaria justificación de las normas jurídicas, la igualdad de derechos entre los individuos, y el valor del ser humano como ente racional y moralmente

libre. rechazando las concepciones instrumentalistas o elitistas de la democracia.

Cuarta: El contractualismo es la teoría política del individualismo y del liberalismo, razón por la que algunos pensadores han construido tesis aliadas al conservadurismo. Sin embargo, el contractualismo también es o puede ser la teoría del liberalismo social y la del individualismo ético o solidario.

Quinta: El contractualismo es un cuerpo doctrinario heterogéneo del que se pueden extraer, no obstante, principios bien definidos para realizar una interpretación normativa de la sociedad y del Estado.

Sexta: El contractualismo que se defendió en esta tesis es el que apuesta por las sociedades abiertas, pluralistas, tolerantes y democráticas, en continua reflexión sobre sus bases o fundamentos.

Al segundo capítulo:

Primera: El contractualismo tiene antecedentes remotos, tanto en el mundo antiguo como en el medieval, pero es sobre todo un producto moderno, nacido al final de la Edad Media.

Segunda: Entre sus gestadores ocupan un lugar destacado, Guillermo de Ockam y Marsilio de Padua. Ockam, por haber elaborado la concepción primera de los derechos subjetivos. Marsilio, por su teoría de la ley y del gobierno.

Tercera: Una explicación materialista del origen del contractualismo no puede ser escindida del auge y poderío de la burguesía, como del desarrollo y posterior fortalecimiento del capitalismo, lo que no obsta para que su cuerpo doctrinario, normativa y discursivamente pueda situarse por encima de los intereses mercantiles.

Cuarta: Hobbes que es el primer gran contractualista clásico, más que un teórico preocupado por el individualismo posesivo, es el pensador obsesionado por la ciencia del poder y de la autoridad. Su absolutismo es una respuesta a la inseguridad estadual y jurídica y no una contestación a los intereses económicos.

Quinta: Spinoza debe ser reconocido como el filósofo de la tolerancia y de la libertad. El contractualismo con él, comienza a adquirir su signo distintivo: El respeto por el ser humano y su autonomía frente al poder.

Sexta: Locke, es el creador teórico del Estado liberal. Advirtió la distinción entre Estado y gobierno, señalando la

posibilidad de disolver el último sin destruir el primero. En este sentido supera las contradicciones hobbesianas acerca del poder, y se aproxima al ideal del Estado democrático, razón por la cual, su teoría, es pieza clave para el poder legislativo, y para los mecanismos de control. El contractualismo es enriquecido por su teoría a través de aportaciones y puntualizaciones como estas: el gobierno es depositario de la confianza popular; si el gobierno incumple sus fines, cesa la obligación de obediencia; se reconoce el derecho de resistencia bajo ciertas condiciones; y, la libertad, en su versión de libertad negativa, encuentra su primera conceptualización teórica.

Séptima: Sin entrar a mayores discusiones sobre el carácter democrático o autoritario de la obra de Rousseau, lo cierto es que, las interpretaciones democráticas posteriores respecto de la voluntad general, tipo Kant, Rawls o Habermas, no son más que profundizaciones y desarrollos a partir de la idea inicial del ginebrino.

Octava: Como ningún otro contractualista, Kant vincula la ética con la política. A través de su pensamiento es factible siempre coincidir en la trascendencia de la filosofía moral, en el énfasis en la dignidad de la persona, en la acentuación de las obligaciones morales del soberano, en el contrato como idea regulativa de la razón. No es extraño, por tanto, que Kant haya vuelto al primer plano de

la discusión política y moral en este final del siglo XX. Sus conceptos han sido reformulados para encontrar soluciones éticas a los problemas de legitimidad y a los déficits democráticos de los Estados contemporáneos.

Novena: El contractualismo como teoría política se fue desgastando a lo largo del siglo XIX y XX por un doble orden de motivos: La hipótesis del estado de naturaleza se mostraba irreal luego de los abundantes estudios antropológicos de la época; y por ofrecer escaso auxilio en la elaboración de las teorías del orden y del conflicto. Ambas razones, hoy en día, carecen de plausibilidad. Por lo que ve a la primera, el contractualismo debe entenderse como una hipótesis o idea regulativa de la razón, nunca como una explicación sobre el origen histórico del poder. En cuanto a la segunda, las teorías del orden, del conflicto, etc., no son capaces de responder per se a las cuestiones normativas que la realidad política contemporánea demanda.

Al tercer capítulo:

Primera: El neocontractualismo pertenece a las tendencias que, o bien, se interesan por el compromiso obtenido mediante la discusión pública para plasmar en las leyes el equilibrio de las distintas opciones de poder (Hobbes-Buchanan) o, por una visión social de la política que se preocupa por la legitimidad del poder (Kant-Rawls).

Se rechaza la posición que establece como objeto de la ciencia política la conquista, la conservación y aumento del poder estatal (Maquiavelo), en donde se podrían situar a todas las doctrinas de la razón de Estado. El neocontractualismo es la continuación del contractualismo clásico, pero se apoya en componentes científicos como los de la teoría de los juegos, la teoría de la comunicación, la teoría de la racionalidad práctica, la teoría de los sistemas, y el uso de la llamada metodología "constructivista" o "reconstructivista". Esta tendencia, se ve afectada por las realidades políticas y económicas de nuestros tiempos, y es por eso, que está en el centro del debate político, jurídico y constitucional moderno, dado que es una corriente de pensamiento que cree aún en la razón humana, y que da respuesta, desde el humanismo de una floreciente ilustración, a los pesimistas del orden social y político. Es por tanto, una visión utópica en el mejor de los sentidos.

Segunda: Una crítica vigente al neocontractualismo proviene del comunitarismo. Esta escuela se enfrenta al liberalismo fijando el acento en una teoría del bien en oposición a una teoría de la justicia; en la crítica a los supuestos epistemológicos, metafísicos y psicológicos del liberalismo; en la reformulación de las relaciones de lo privado y lo público; y en la vuelta a la tradición. Se trata en síntesis de una concepción conservadora que vuelve

a Aristóteles y a Hegel con la intención de primar los fines del Estado, sean estos de cualquier signo, sobre los derechos fundamentales.

Tercera: El comunitarismo puede derivar en una amenaza autocrática, sin posibilidad para establecer límites y controles al gobernante, al colocar en posición secundaria a los derechos humanos.

Cuarta: Buchanan es un neocontractualista surgido desde las filas de la economía que propone como elemento fundamental para legitimar a los sistemas políticos, la existencia de procedimientos democráticos sostenidos por una concepción predeterminada del ciudadano como ente económico. Buchanan es partidario de los análisis económicos del derecho, del Estado y la política. El reduccionismo de su tesis radica en su interés por desmantelar el Estado Social, y por proponer en su lugar uno más injusto y desigual.

Quinta: Nozick desde una visión anarco-individualista elabora la tesis del Estado justo como Estado mínimo que tiene por objeto exclusivo la defensa y protección de los derechos humanos, principalmente los de propiedad. Su teoría adolece de algunas incoherencias, dentro de las que se destacan dos: Primera. El fundamentar el Estado no en la voluntad de los individuos, sino en los poderes fácticos de la mano invisible; Segunda. Su teoría de las adquisiciones

es muy poco consistente, en especial cuando alude a la justificación de las herencias, y a su vago concepto de "pérdidas netas", que no le sirve para justificar el Estado mínimo ni al resto de los elementos de su teoría. Por otra parte, su liberalismo extremo impide cualquier concesión a la utopía posterior, aunque él insista en ello.

Sexta: El neocontractualismo rawlsiano es la más acabada e igualitaria de las teorías contractualistas. Sin embargo, la teoría del autor con sus continuas revisiones ha perdido en el valor igualdad lo que ha ganado en el valor libertad. Con todo, sigue siendo una excelente exposición modélica de lo que podría ser un Estado justo. A partir de Rawls, es posible ahondar en una legitimidad contractual basada en las necesidades humanas.

Al cuarto capítulo:

Primera: La legitimidad debe entenderse en un sentido ético y haciendo referencia a dos cuestiones muy importantes: La existencia de procedimientos democráticos, y la vigencia de los derechos humanos.

Segunda: La posición weberiana respecto a la legitimidad se caracteriza por ser una actitud positivista que confunde nuestro concepto con el de la legalidad.

Tercera: La crítica habermasiana al positivismo y a sus consecuencias son muestra de su deseo para construir una ética normativa basada en situaciones ideales de habla que propicien el marco dialógico apto para que la opinión pública recupere sus espacios de participación política. La acción comunicativa libre de dominio es la forma de interacción social destinada a resolver la crisis de legitimidad de los sistemas políticos.

Cuarta: Ofre desarrolla una tesis radical sobre la legitimidad, que señala que ni la democracia formal ni la material, son realidades en el capitalismo tardío. La solución a la crisis de legitimidad, según su punto de vista, puede ser promovida por los nuevos movimientos sociales que actúan al margen de las instituciones. Estas conductas y demandas generan un nuevo paradigma en la política.

Quinta: La legitimidad, según la tesis de Luhmann se realiza a través de procedimientos. Su tesis descansa sobre la base de las teorías de los sistemas. Desde un punto de vista fuerte de la legitimidad, la tesis que expone parece ser más sobre la estabilidad que sobre la legitimidad. De esta manera, su posición sólo puede admitirse en su versión débil, es decir, si se considera que el procedimiento o los procedimientos contribuyen a canalizar los conflictos o que las normas jurídicas reducen la complejidad de las acciones

sociales. pero nunca en una versión fuerte que sostenga que la calidad puramente formal del procedimiento puede bastar para asegurar la legitimidad del sistema dejando de lado su contenido. Lo anterior por varias razones: la gente no acepta las decisiones procedimentales de manera rutinara o sin motivación: las decisiones deben estar basadas en buenas razones para ser convincentes: los resultados del procedimiento responden a pautas valorativas, no ajenas al individuo y al ambiente: la población actúa de acuerdo a patrones morales respecto a los aspectos vitales de su vida en sociedad. etc.

Sexta.- La visión contractualista de la legitimidad comprende los siguientes aspectos: La relación entre contrato social y consentimiento: la primacia de los valores de autonomía, libertad e igualdad, base para realizar cualquier fundamentación de los derechos humanos, y para elaborar una posible teoría de la justicia: la vinculación entre legitimidad y obligación política: la conceptualización de una democracia liberal inspirada por los derechos humanos: y, la supremacía del individuo y de la sociedad sobre el Estado.

Al quinto capítulo:

Primera: Generalmente se mencionan tres tipos de razones para obedecer al derecho: las razones legales,

prudenciales y morales. Las razones legales son tautológicas, en cuanto que se aduce que desde que existe una norma jurídica el ciudadano está obligado a obedecerla (se identifica norma jurídica con obligación); las razones prudenciales se fundamentan en el temor a ciertas consecuencias, tales como privación de libertad, multas, etc., que se derivarían de la no obediencia; y, las razones morales se sostienen en contenidos como el de los derechos humanos o en la existencia de procedimientos democráticos. Este último tipo de razones derivan del mantenimiento de la tesis que relaciona moral con derecho.

Segunda: La obligación de obedecer al derecho puede ser entendida desde tres ángulos: obligación jurídica que se relaciona con las razones legales; obligación moral que se origina en la conciencia moral, autónoma y libre del individuo, el cual decide obedecer por considerar el derecho en cuestión como justo; y la obligación política que toma en cuenta las razones morales para obedecer, conectándolas estrechamente con el sistema político.

Tercera: El derecho tiene autoridad legítima, o en otras palabras, debe ser obedecido cuando cuenta con la autoridad moral que le otorga el ser un Derecho justo, y lo es, en el caso de que se cumplan los dos requisitos combinados de haber sido producido democráticamente según el

principio de legitimidad contractual y si respeta y garantiza los derechos fundamentales del hombre.

Cuarta: Rawls no considera que exista una obligación moral para obedecer el derecho justo, pero sí un deber natural. Lo anterior en virtud de la distinción que realiza entre esos dos conceptos, y porque estima que sólo los beneficiados por el esquema institucional tienen obligaciones, según el principio de imparcialidad que concibe en su teoría.

Quinta: Dworkin admite la existencia de razones morales para obedecer el derecho, las que son proporcionadas por los derechos fundamentales. Expresa que en la opinión individual, considerada y razonable, radica la fuente de la obediencia o de la desobediencia.

Sexta: La tesis del consentimiento en su versión procedimental tiene como uno de sus representantes más destacados a Peter Singer. Este autor aduce que en un sistema democrático existe la obligación o el deber natural de obedecer las normas por existir en él reglas perfectamente delimitadas que propician "compromisos justos". La deficiencia de su teoría estriba en no referir al procedimiento el valor o contenido de sus decisiones finales.

Séptima: La tesis de Raz acerca del respeto por el derecho puede ser criticada por su vaguedad e insuficiencia. No es suficiente la lealtad y la confianza al sistema para salvaguardarlo, mantenerlo, y mucho menos legitimarlo. La actitud del individuo debe ser decidida, profunda, comprometida, para poder reforzar el sistema, y en su caso legitimarlo en base a razones éticas. Una mera confianza o respeto en el Derecho puede generar abusos por parte del poder, al no contar con la participación crítica, comprometida y moral de sus ciudadanos. La obediencia al derecho se traduce en esta hipótesis, en un medio de control al poder político.

Octava: La polémica española sobre la obediencia al derecho debe resolverse a favor de la existencia de buenas razones para obedecerlo. Hay tanto una obligación moral para obedecer el derecho justo como una obligación para desobedecerlo en el caso de que no lo sea.

Al sexto capítulo:

Primera: La desobediencia civil debe ser distinguida conceptualmente de algunas formas o tipos de oposición a los sistemas políticos, tales como: la desobediencia revolucionaria, el derecho de resistencia, la desobediencia criminal, la actitud anarquista, la mera disidencia ideológica, la desobediencia militar, la desobediencia

eclesiástica, la desobediencia administrativa, la objeción de conciencia, entre otras.

Segunda: Las notas definitorias de la desobediencia civil son: 1) La finalidad de realizar alguna mejora en la sociedad. 2) El deber moral de violar una ley injusta (en el caso de la llamada desobediencia directa) o violar una ley justa para protestar por otra injusta (en el caso de la desobediencia indirecta); 3) Su carácter público y abierto; 4) Su función pedagógica a nivel político, moral y jurídico; 5) La aceptación voluntaria del castigo; 6) El carácter no violento de los actos de desobediencia civil; 7) Que se realice en un marco de respeto y fidelidad al Derecho; 8) Imposibilidad de utilizar los medios ortodoxos de participación política. 9) Urgencia del caso, en virtud de que la pérdida de tiempo puede frustrar los objetivos a cuya realización aspiran quienes desobedecen. 10) Violación de la autoridad a disposiciones constitucionales o infracción a leyes o tratados.

Tercera: Rawls alude a cuatro condiciones para justificar la desobediencia civil: El agotamiento de los canales institucionales; los asuntos sobre los que se protesta deben ser violaciones sustanciales y claras a la justicia; admitir que cualquier otra persona sujeta a una injusticia similar puede protestar de manera similar; y, el acto de desobediencia debe poner de manifiesto los objetivos

de quien o quienes protestan. De la cuatro condiciones mencionadas, la segunda es muy criticable porque restringe el ámbito para invocar y fundamentar la desobediencia.

Cuarta: Habermas va más allá de Rawls en cuanto que considera que la desobedeincia civil es un elemento que contribuye a configurar de una manera no convencional la voluntad política colectiva, esto es, se trata de un elemento imprescindible para comprender las bases morales de la democracia. Es una forma alternativa de participación política (no es ni un fenómeno excepcional ni un último recurso) que se puede utilizar cuando se vedan los cauces ordinarios de acceso a la toma de decisiones o cuando las minorías tienen que enfrentarse con una política de hechos consumados.

Quinta: Las justificaciones políticas de la desobediencia civil insisten en el papel del procedimiento democrático. El que de romperse o violentarse, prepara la vía para la desobediencia.

Sexta: De las tres justificaciones para desobedecer civilmente (moral, política y jurídica), la justificación jurídica es la que mayores problemas presenta. ¿Debe el desobediente civil, aunque haya violado la ley, ser eximido de la pena? Las respuestas son casi unánimes al respecto: El desobediente debe ser sancionado. No obstante, autores como

Dworkin consideran esta posición como draconiana y simplista. La norma de derecho es más compleja de lo que la concepción de la "ley y el orden" estima.

Séptima: El contractualismo estudia a la desobediencia civil desde el procedimiento democrático, y a través de los resultados de ese procedimiento (la vigencia o no de los derechos humanos). Se considera que aún en el sistema democrático la desobediencia está justificada cuando: 1) No se respetan las reglas del compromiso justo y el juego limpio democrático; y, 2) Si los resultados del procedimiento no se enmarcan y traducen en el respeto de principios como la dignidad, la autonomía y la imparcialidad humana.

Al séptimo capítulo:

Primera: La objeción de conciencia posee notas distintivas respecto a la desobediencia civil: "En primer lugar, se distinguen por la manera en que el desobediente civil y el objetor de conciencia llevan a cabo su disidencia. El primero, puede violar tanto una ley que él considera injusta como cualquier otra ley justa con el fin de protestar contra una ley injusta. El objetor de conciencia, por el contrario, siempre se opone a una norma a él dirigida y a la que considera moralmente inaceptable. Nunca podría transgredir una norma justa para poner de

manifiesto su disconformidad hacia otra norma injusta. No cabría hablar, por lo tanto, de una "objección de conciencia indirecta", tal como sucede en el caso de la desobediencia civil. En segundo lugar, el objetor de conciencia puede mantener en secreto las razones que le impulsan a violar un mandato legal. En cambio, la acción del desobediente civil, al ser siempre pública y abierta, ya que es un acto dirigido a persuadir a la mayoría de la existencia de una determinada injusticia, no puede carecer de la publicidad necesaria en su ejecución y en la manifestación de los motivos que la ocasionan. Asimismo, el desobediente civil acepta las penas impuestas por las autoridades competentes, demostrando con ese gesto un amplio respeto por el derecho y una conformidad generalizada hacia el Estado en el cual habita. El objetor de conciencia no llega tan lejos en su vinculación al orden jurídico puesto que puede evadir el castigo emigrando, mediante la ocultación o por cualquier medio secreto o ilegal. El objetor de conciencia rehusa obedecer un precepto legal sobre bases de conciencia. Y al no recibir necesariamente su justificación de las convicciones políticas de la comunidad o del sentido de la justicia de la mayoría puede estar en desacuerdo en el orden constitucional" (Malem Sessa, Jorge F., Concepto y justificación de la desobediencia civil, ob. cit., pp. 56 y 57).

Segunda: La objeción de conciencia puede ser definida como el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal, cuya realización en caso de producirse, generaría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o, si se prefiere, de sus principios de moralidad.

Tercera: La objeción de conciencia suele estar reconocida jurídicamente. En el Derecho Comparado se encuentra regulada para casos como el del servicio militar, en materia de prensa, en tratamientos médicos, respecto a los símbolos patrios, etc.

Cuarta: El derecho a la objeción de conciencia requiere desde el punto de vista del contractualismo, de su preservación y garantía, pues una sociedad democrática esta obligada a tolerar el disenso hasta el extremo límite posible. El contrato debe ser por naturaleza dinámico, abierto; y en ese sentido, las minorías religiosas o políticas no deben ver vulneradas sus convicciones morales más íntimas, si ello no implica la infracción de los derechos de los demás. El argumento del pluralismo ideológico y político derivado del argumento anterior se impone también. El contrato social debe establecer las cláusulas que hagan viables los consensos políticos y sociales sin introducirse en las esferas de la moral individual, y cuando estas esferas de intimidad colisionan con las generalidades del contrato, deben precisarse cauces

de solución, que en todo caso tiendan a respetar los derechos de todos, pues éstos son la razón misma para la existencia del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- AGRA ROMERO, M. J.. Rawls el sentido de la justicia en una sociedad democrática. Universidad de Santiago de Compostela, 1985.
- AGRA ROMERO, M. J.. "¿Es la versión castellana de A Theory of Justice una versión modificada?", Teorema, XIII, 1983.
- ALBA TERCEDOR, Carlos R. y VALLESPIN, Fernando. "El neocontractualismo de Theory of Justice de John Rawls: Una introducción a la literatura", Revista de Estudios Políticos, número 8, Madrid, 1979.
- ALBI, Emilio. "La Teoría de la justicia de Rawls y el criterio redistributivo maxi-min", Revista Española de Economía, 4, 1974.
- ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ALIGHIERI, Dante. La divina comedia, estudio preliminar de Jorge Luis Borges, Editorial Cumbre, S. A., México, 1980.

APEL. K. O., en "The common presupposition of Hermeneutics and Ethics 2, en Perspectives on Metascience, J. Bärmak (Ed.), Göteborg. 1980.

ARISTOTELES, Política, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970 (1288 b5-1323 a 14).

ATIENZA, Manuel, "La Filosofía del Derecho de Felipe González Vicén", en El lenguaje del Derecho, homenaje a Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

AUSTIN, John, The Province of Jurisprudence Determined, vol. I, Lenox Hill (Burt Franklin), New York, USA, 1970.

BARNES H. E. y BECKER, H., Historia del Pensamiento Social, tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión a la primera edición en español, 1984.

BECKER, Werner, "El liberalismo clásico y el liberalismo democrático", en Revista Sistema, número 47, marzo de 1982.

BELLAH, Habits of the Heart. Individualism and Commitment in American Life, Harper and Row, 1985.

BELTRAN, Elena, "Nozick, la justificación de la propiedad", Revista Sistema, Madrid, número 77, 1987.

BELTRAN, Miguel. "La falacia de los Independientes: La fundamentación del Estado en Nozick". en Revista Sistema, número 78, Madrid, mayo de 1987, pp. 113-120.

BELTRAN, Miguel. Originalismo e interpretación (Dworkin vs Bork: una polémica constitucional). en Cuadernos Civitas, primera edición, 1989.

BENTHAM, J. A Fragment on Government, traducción castellana, Fragmento sobre el Gobierno, traducción e introducción de Julián Larros Ramos, Ed. Aguilar, Madrid, 1973.

BERLIN, Isaiah. "Dos conceptos de libertad" en Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Universidad, Madrid, 1988.

BERTOLINO, R. L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei, Giappicheilli, Torino, 1967.

BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola. Diccionario de Política, Dos tomos, segunda edición en español, Editorial Siglo XXI, Madrid, España, 1982.

BOBBIO, Norberto. "Presente y porvenir de los derechos humanos", en Anuario de Derechos Humanos, número 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982.

BOBBIO, Norberto. Contrato Social, _oggi_. Guida Editori, Napoli, 1980.

BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Editorial Plaza Janés, Barcelona, 1985.

BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno, Sociedad (Contribución a una teoría general de la política), Plaza Janés Editores, S.A., Barcelona, 1987, p. 95.

BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci, Editorial Debate, estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, primera edición, Madrid, 1985.

BOBBIO, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci, Editorial Debate, estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, primera edición, Madrid, 1985.

BONACHELA, Manuel. "Comentarios sobre el principio de separación de poderes en J. J. Rousseau", Revista de Estudios Políticos, número 28, julio-agosto de 1982, p. 75-193.

BRAMHALL, J.. "The Catching of Leviathan", en Works, Tomo III, Dublin, 1976.

BRENNAN, Geoffrey y BUCHANAN, James. El poder fiscal. Unión Editorial, Madrid, 1987.

BROWN, Stuart M., "Civil Disobedience", en The Journal of Philosophy, vol. LVIII, 22 de octubre de 1961.

BUCHANAN, James. "The Ethical Limits of Taxation", The Scandinavian Journal of Economics, n.2, vol.86, 1984, pp. 102-114.

BUCHANAN, James. "The Ethics of Debt Default" in Deficit, Oxford and New York, Basil Blackwell, 1987.

BUCHANAN, James. MAC CORMICK, Robert E. y TOLLISON, Robert D., El análisis económico de lo político, estudio introductorio de José Casas Pardo, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984.

BUCHANAN, James. The Limits of Liberty Between Anarchy and Leviathan, Chicago-London, U. of Chicago Press, 1974.

BUCHANAN, James. y TULLOK, Gordon. The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor, the University of Michigan Press, 1962. Hay traducción al español de Javier Salinas Sánchez, editorial Espasa-Calpe, S. A. Madrid, 1980.

BURKE, Edmund. Reflexiones sobre la revolución francesa. traducción y prólogo de E. Tierno Galvan. Madrid, 1954.

CAMPS, V. "El velo de la ignorancia de John Rawls". en La imaginación ética. Saix Barral, Barcelona, 1983.

CARPINTERO BENITEZ, Francisco. "Voluntarismo y contractualismo: una visión suscita de la escuela del Derecho Natural". Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. Universidad de Navarra. Facultad de Derecho. Departamento de Filosofía del Derecho. número 13. 1985. pp. 61-109.

CASSIRER, E. El mito del Estado. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1972.

CHIAPPINI, Julio O. "El iusnaturalismo protestante a través de Pufendorf, Thomasius y Wolff". en Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales. Universidad de Valparaíso, Chile. primer semestre. 1983. número 22. pp. 75-89.

CORTINA ORTS, Adela. "Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico". en Anales de la Cátedra F. Suárez. número 28, 1988.

CORTINA, Adela. "El contrato social como ideal del Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant", en Revista de Estudios Políticos, número 59, enero-marzo, 1988.

CORTINA, Adela. "La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la Filosofía Política. Una discusión desde John Rawls", en Revista Doxa, n. 2, 1985, pp. 129-144.

CORTINA, Adela. Ética mínima. Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

CORTINA, ORTS, Adela. "La calidad moral del principio ético de la universalización", Sistema, número 77, 1987, pp. 111-120.

CRUZ CRUZ, Juan. "Derecho e Historia en Kant. El proyecto final de una paz democrática", Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, número 13, 1985.

CRUZ CRUZ, Juan. "La dialéctica de la sociedad democrática en Rousseau", Revista Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos. Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, número 7, 1980.

CUERVO-ARANGO, Fernando. "La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español", en Anuario de derechos humanos, número 3, Madrid, 1985.

DEL AGUILA, Rafael y VALLESPIN ORA, Fernando. "La racionalidad dialógica: sobre Rawls y Habermas, Revista Zona Abierta, número 31, abril-junio, 1984.

DEL AGUILA, Rafael, y VALLESPIN ORA, Fernando. "Sobre Rawls y Habermas", Zona Abierta, número 31, 1984.

DELLA VOLPE, G., Rousseau y Marx, Martínez Roca, Barcelona, 1978.

DERATHE, R., Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps, Vrin, Paris, 1974.

DIAZ, Elías. "La justificación de la democracia", Revista Sistema, número 66, mayo de 1985.

DIAZ, Elías. "Legitimidad democrática y legitimidad iusnaturalista", Anuario de Derechos Humanos, número 1, Universidad Complutense, Madrid, 1982.

DIAZ, Elías. "Notas concretas sobre legitimidad y justicia", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 28, 1988.

DIAZ, Elias. De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular. Editorial Debate, Madrid, 1984.

DOMINGUEZ, Atilano. "Libertad y Democracia en la Filosofía Política de Spinoza". Revista de Estudios Políticos, número 11, septiembre-octubre, 1979, pp. 131-156.

DOWNS, Anthony. La teoría económica de la democracia, traducción española de Luis Adolfo Martín Merino, Editorial Aguilar, Madrid, 1973.

DREIER, Ralf. "Derecho y moral", en Derecho y filosofía, (comp. Ernesto Garzón Valdés), en Editorial Alfa, Barcelona, 1985.

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Editorial Gedisa, Barcelona, 1988.

DWORKIN, Ronald. Los derechos ed. serio. Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

EBENSTEIN, N.. Los grandes pensadores políticos. Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1965, p. 319.

ESTEVEZ ARAUJO, José. "El problema de la justificación de la desobediencia civil", Revista Mientras Tanto, número 19, julio, 1984.

ESTEVEZ ARAUJO, José. "El sentido de la desobediencia civil".
Revista Arbor, número 503-504, tomo CXXVIII, noviembre-
diciembre. Madrid, 1987.

FARREL, Martín Diego. Utilitarismo, Ética y Política. A.
Perrot, Buenos Aires, 1985.

FARREL, Martín. "Sobre la justificación de la democracia".
Revista Sistema, número 74, septiembre de 1986.

FASSO, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho.
Ediciones Pirámide, traducción de José F. Lorca Navarrete,
tomo I, Madrid.

FENICHEL PITKIN, Hanna. El concepto de representación.
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

FERNANDEZ GARCIA, Eusebio. La obediencia al Derecho.
Editorial Civitas, Madrid, 1987.

FERNANDEZ SANTILLAN, José F. Hobbes y Rousseau (Entre la
autocracia y la democracia) Fondo de Cultura Económica,
México, 1988.

FERNANDEZ, Eusebio. "El contractualismo clásico (siglos XVII
y XVIII) y los derechos naturales". Anuario de Derechos

Humanos, número 2. Instituto de Derechos Humanos, Madrid, marzo de 1983.

FERNANDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos. Editorial Debate. primera edición diciembre 1984.

FESTSCHER, Iring. "Filosofía moral y política en J. J. Rousseau", Revista de Estudios Políticos, número 8, Centro de Estudios Constitucionales, marzo-abril, 1979.

GALLICET CALVETTI, Carla. Spinoza, lettore del Machiavelli. Milán. Pubblicazioni della Università Cattolica, 1972.

GARCIA COTARELO, Ramon. Las utopías en el mundo occidental. Universidad Menéndez Pelayo. España, 1981.

GARCIA COTARELO, Ramon. Resistencia y desobediencia civil. Eudema-actualidad, Madrid, 1987.

GARCIA LEAL, José. "La teoría del contrato social: Spinoza frente a Hobbes" Revista de Estudios Políticos, número 28, julio-agosto, 1982.

GARCIA MATARRANZ, Félix. "Filosofía política medieval en "El nombre de la rosa". Revista de Estudios Políticos, número 56, abril-junio, 1987.

GARZON VALDES, Ernesto. "Acerca de la desobediencia civil". Revista Sistema, número 42, mayo de 1981.

GARZON VALDES, Ernesto. "Acerca del concepto de legitimidad". Anuario de Derechos Humanos, número 5, 1988-1989, pp. 343-369.

GARZON VALDES, Ernesto. El concepto de estabilidad de los sistemas políticos. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

GARZON VALDES, Ernesto (comp.) Derecho y Filosofía. Editorial Alfa, Barcelona, 1985.

GARZON VALDEZ, Ernesto. "Acerca de las limitaciones legales del soberano legal". Revista Sistema, número 43-44, septiembre de 1981.

GASCON, Marina y PRIETO, Luis. "Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional". Anuario de Derechos Humanos, número 5, 1988-1989.

GETTEL, Raymond G. Historia de las ideas políticas. Editorial Labor, S.A. Barcelona-Buenos Aires, 1930, tomo I.

GIORELLO, G. y MONDADORI, M.. "El utilitarismo como filosofía de cambio". Zona Abierta, 32, 1984.

GOLDSMITH, M. M., Thomas Hobbes o la política como ciencia. Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

GOMEZ ORFANEL, Germán. "Homogeneidad, identidad y totalidad: la visión de la democracia de Carl Schmitt". en José M. González y Fernando Quesada. Teorías de la democracia. Antrophos, Barcelona, 1988.

GOMEZ ORFANEL, Germán. Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt. Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GONZALEZ M., José y QUESADA, Fernando. Teorías de la democracia. Antrophos, Barcelona, 1988.

GONZALEZ SOLER, M. D., Fundamentos, análisis y crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls. Ed. de la Universidad Complutense, Madrid, 1985.

GONZALEZ URIBE, Héctor. "Fundamentación filosófica de los los derechos humanos". Revista Jurídica. Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, número 19, 1988-1989, pp. 325-341.

GONZALEZ URIBE, Héctor. "Legalidad y legitimidad en el Estado de Derecho de nuestros días". en Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de filosofía social. Instituto de

Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. p. 185.

GONZALEZ VICEN, Felipe "El neokantismo jurídico axiológico". en Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Epoca, tomo III, 1986.

GONZALEZ VICEN, Felipe, "La obediencia al Derecho", en Estudios de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de la Laguna, Tenerife, 1979.

GONZALEZ VICEN, Felipe, "La obediencia al derecho. Una anticrítica", Sistema, número 65, 1985.

GONZALEZ VICEN, Felipe. La Filosofía del Estado en Kant. Ediciones de la Universidad de la Laguna, España, 1952.

GOODWIN, Barbara. El uso de las ideas políticas, traducción de Enrique Lynch, Ediciones Península, Barcelona, 1988.

GOUGH, J.W. The Social Contract (A critical Study of its Development), Oxford University Press, segunda edición, 1957.

GROCIO, Hugo. Del Derecho de la Guerra y de la Paz. traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, Editorial Reus. Madrid, tomo I, 1925.

GUI SAN, Esperanza. "Ética y política en Hobbes". Revista de Estudios Políticos. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, número 50, marzo-abril de 1986.

GUI SAN, Esperanza. "Razones morales para obedecer al Derecho", en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, número 28, 1988.

GUTMAN, "Comunitarian Critics of Liberalism", Philosophy and Public Affairs, 14, 1985.

HABERMAS, Jürgen. "La desobediencia civil", en Revista Leviatán, segunda época, número 14, 1983.

HABERMAS, Jürgen. "La legitimidad hoy", Revista de Occidente, tercera época, julio, 1976.

HABERMAS, Jürgen. Ciencia y técnica como ideología. Tecnos, Madrid, 1986.

HABERMAS, Jürgen. Conciencia moral y acción comunicativa. Península, Barcelona, 1985.

HABERMAS, Jürgen. Conocimiento e interés. Taurus, Madrid, 1982.

HABERMAS, Jürgen. La reconstrucción del materialismo histórico. Taurus, Madrid, primera edición 1981, reimpresión de 1985.

HABERMAS, Jürgen. Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, traducción castellana de José Luis Etcheverry, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1973.

HABERMAS, Jürgen. Teoría y praxis, Tecnos, Madrid, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Theorie des Kommunikativen Handelns. Suhrkamp, Frankfurt, tomo I, 1981, p. 345.

HARRIS, David. La justificación del Estado de Bienestar. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990.

HART, H. L. A. "Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill", en Anuario de Derechos Humanos, número 3, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985.

HART, H. L. A., "Rawls on liberty and its priority", en Daniels (comp.), Reading Rawls, Oxford, 1975, pp. 230-252.

HART, H. L. A., "Utilitarismo y derechos naturales", en Anuario de Derechos Humanos, número 1, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1981.

HART, H. L. A., El concepto de derecho. Editora Nacional, México, 1980.

HART, H.L.A., "Entre el principio de utilidad y los derechos humanos". traducción de M. Dolores González. F. Laporta y Liberio Hierro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 58, 1980.

HERMOSA ANDUJAR, Antonio, "El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia representativa". Revista de Estudios Políticos, número 50, marzo-abril, 1986.

HERMOSA ANDUJAR, Antonio, La Teoría del Estado de Spinoza, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla España, 1989.

HERNANDEZ VEGA, Raúl, "El concepto del derecho en Kant", Revista Jurídica Veracruzana, 41/42, abril-septiembre de 1987, Xalapa, Veracruz, México

HERNANDEZ VEGA, Raul, Problemas de Legalidad y Legitimación en el Poder, Universidad Veracruzana, México, 1986.

HERRERA FLORES, J., "La participación política de John Rawls y el concepto de participación democrática". Revista de las Cortes Generales, número 5, segundo cuatrimestre, 1985.

HIERRO, Liborio. "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto". Sistema, número 46, enero de 1982.

HIRSCHBERGER, Johannes. Historia de la Filosofía. Editorial Herder, Barcelona. Traducción de Luis Martínez, tomo I, 1977.

HOBBS, Thomas. Del Ciudadano y Leviatán. estudio preliminar de Enrique Tierno Galván, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

HOERSTER, N.. Obligación moral y obediencia jurídica. Diancia. Anuario de Filosofía. UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1976.

HÖFFE, Otfried. Estudios sobre teoría del derecho y la justicia. Editorial Alfa, Barcelona/Caracas, 1988

HUME, David. "Del contrato original" y "De la obediencia pasiva", en Ensayos Políticos. Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

INNERARITY, Daniel. "La teoría discursiva de la legitimidad de Jürgen Habermas", en Revista Persona y Derecho, número 14, Pamplona, 1986.

JIMENEZ REDONDO, M., "A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls a Theory of Justice", Revista Teorema XI, 1981.

KANT, Immanuel, "En torno al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica", en Teoría y Práctica, estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo y traducción de M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, editorial Tecnos, Madrid 1986.

KANT, Immanuel, La Metafísica de las Costumbres, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, editorial Tecnos, Madrid, 1989.

KANT, Immanuel, La paz perpetua, presentación de Antonio Truyol y Serra, traducción de Joaquín Abellán, editorial Tecnos, Madrid, 1985.

KELSEN HANS, Teoría pura del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982.

KELSEN, Hans, "¿Por qué obedecer al Derecho?", en Qué es la justicia, traducción castellana con estudio preliminar de Albert Calsamiglia, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.

KENDALL. Willmoore. "Contrato Social" en Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales. Editorial Aguilar, tomo III. Madrid, 1977.

KERSTING, W. Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts und Staats Philosophie. Berlin/New York, 1984.

KLIEMT Hartmut. Filosofía del Estado y criterios de legitimidad. Editorial Alfa. Barcelona/Caracas, 1983.

LACLAU, Martín. "La problemática de los derechos humanos en la filosofía de Kant". Anales de la Cátedra F. Suárez, n. 26-27, 1986-1987.

LAPORTA, Francisco. "Sobre el concepto de derechos humanos". Doxa 4, 1987.

LASKI, H. J.. El liberalismo europeo. Fondo de Cultura Económica, México, 1953.

LLINARES, J. A.. Pacto y Estado. Publicaciones de la Institución Aquinas, Madrid, 1963.

LLORCA-VILLOSLADA, G., Historia de la Iglesia Católica. BAC, Vol. II. Madrid, 1976.

LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Ediciones y Distribuciones Alba, Madrid, 1987.

LOPEZ CALERA, Nicolás Ma., "Derechos individuales y derechos del Estado". Discurso de Apertura Universidad de Granada, curso académico 1986-1987, editada por el servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1986.

LUCKES, Steven. Emile Durkheim. Su vida y su obra, edición española. Centro de Investigaciones Sociológicas y Siglo XXI de España, Madrid, 1984.

LUHMANN, Niklas. "El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho". Anales de la Cátedra F. Suarez, número 25, 1985.

LUHMANN, Niklas. Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie. Berlin. Duncker and Humboldt, 1965. 3 edición, 1986.

LUHMANN, Niklas. Legitimation durch Verfahren. Newied-Berlin, Luchterhand 1969. 2 ed., Luchterhand 1975; reedición Frankfurt. Suhrkamp 1983.

LUHMANN, Niklas. Potere e complessità sociale. Milan, 1979.

LUHMANN. Niklas. Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme. tomo I. 5a ed., Opladen, 1984.

LYONS. David. Etica y Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, primera edición, 1986.

MAC CORMICK, N. "Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights". en Legal Right and Social Democracy. Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 154-166.

MAC CORMICK. N.. Dworkin es pre-benthamite. en AAVV. Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. Duckworth. London 1984.

MACIA MANSO. Ramón. "Derecho y Moral en Immanuel Kant". Anales de la Cátedra F. Suárez. número 28. 1988.

MACINTYRE. Alisdair. After Virtue. U. of Notre Dame Press, 1981.

MACINTYRE Alasdair. Tras la virtud (After virtue). traducción de Amelia Valcárcel. Editorial Crítica, Barcelona, 1987.

MACINTYRE. Alasdair. A Short History of Ethics. Routledge and Kegan Paul, Londres y Henley, 1976.

- MACPHERSON. C. B. The Political Theory of Possessive Individualism Hobbes to Locke. Oxford University Press. 1965.
- MAESTRE. Agapito/APEL. K.O.. "Las diferencias y relaciones entre Apel y Habermas". en Zona Abierta. número 43-44. abril-septiembre. 1987.
- MALEM SENA. Jorge. Concepto y justificación de la desobediencia civil. Ariel. Barcelona. 1988.
- MAQUIAVELO. Nicolas. Discursos sobre la primera década de Tito Livio. Alianza Editorial. introducción y notas de Ana Martínez Arancón. Madrid. 1987.
- MAQUIAVELO. Nicolas. El Príncipe. Alianza Editorial. Madrid. 1988.
- MARDONES. J. M.. "El comienzo de la teoría crítica. La teoría de la acción comunicativa de J. Habermas". Revista Sistema. número 65. marzo de 1985.
- MARDONES. J. M.. "La teoría del conocimiento como teoría de la sociedad". Estudios Filosóficos. número 94. 1984. pp. 485-504.

MARSHALL, Geoffrey. Teoría Constitucional. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1982.

MARTINEZ GARCIA, Jesús, I., La Teoría de la Justicia en John Rawls. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

MARTINEZ ROLDAN, Luis. "Moral y Derecho Positivo". Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988.

MASSINI, Carlos I., "Individualismo y Derechos humanos", Revista Persona y Derecho, número 16, 1987.

MATTEUCCI, Nicola. "Contractualismo", en Diccionario de Política, tomo I. Editorial siglo veintiuno de España, Madrid.

MAYER, J.P. Trayectoria del pensamiento político. Fondo de Cultura Económica, versión española de Vicente Herrero. México-Buenos Aires, tercera edición, 1966.

MC CARTHY, Thomas. La teoría crítica de Jürgen Habermas. Tecnos, Madrid, 1987.

MENENDEZ URENA, La teoría crítica de la sociedad de Habermas. Tecnos, Madrid, 1978.

MILLAN, Garrido Antonio. La obisción de conciencia. Tecnos, Madrid, 1990.

MOLDES TEO, Enrique. Elección Pública. Hacia una teoría de los fallos colectivos. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987.

MONDOLFO, R., Rousseau y la conciencia moderna. Eudeba, Buenos Aires, 1967.

MONTANARI, Bruno. Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici. Giuffrè, Milano, 1976.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto. "Sobre las relaciones entre moral y derecho". en Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988.

MORTINER, Kadish y SANFORD Kadish, Discretion to Disobey. A Study of Lawful Departures from Legal Rules. Stanford University Press, 1973.

MUGNIER-POLLET, Lucien. La philosophie politique de Spinoza. Vrin, Paris, 1976.

MUGUERZA, Javier. "Entre el liberalismo y el libertarismo (reflexiones desde la ética)". Zona Abierta, número 30, enero-marzo de 1984.

MUGUERZA, Javier. "Etica y comunicación". Revista de Estudios Políticos, número 56, abril-junio de 1987.

MUGUERZA, Javier. "La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia. Una instrusión en un debate". Revista Sistema, número 70, enero, Madrid, 1986, pp. 27-40.

NAVARRO-VALLS, Rafael y otros. "La objeción de conciencia a tratamientos medicos: Derecho comparado y derecho español". en Revista Persona y Derecho, Universidad de Navarra, número 18, 1988.

NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pp. 240-291.

NELSON, William. La justificación de la democracia. Ariel, Derecho, Barcelona, 1986.

NINO, Carlos S., Etica y derechos humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984.

NINO, Carlos S., La fundamentación liberal de los derechos individuales básicos, Ariel, Barcelona, 1983.

- NINO, Carlos. "liberalismo versus comunitarismo". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 1, septiembre-diciembre, 1988.
- NOZICK, Robert. Anarchy, State, and Utopia. Basic Books, Inc., New York, 1974. Existe traducción castellana de Rolando Tamayo y Salmoran, Anarquía, Estado y Utopía, Fondo de Cultura Económica, Mexico, primera edición en español, 1988.
- O'CONNOR, James. La crisis fiscal del Estado, ediciones península, Barcelona, primera edición, 1981.
- OAKESHOTT, M.. Hobbes on Civil Association. Basil Blackwell, Oxford, 1975.
- OCKAM, Guillermo de. Breviloquium de potestate papae, J. Vrin, Paris, 1937.
- OFFE, Claus. "Entrevista de Francisco Colom González", en Revista Leviatán, número 29/30, otoño-invierno 1987, pp. 127-144.
- OFFE, Claus. Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, Ed. Sistema, Madrid, 1988.

OFFE, Claus. Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates. Frankfurt, M. Surhkamp, 1972.

OLIVE, León. Estado, legitimación y crisis. Ed. Siglo XXI. México, 1985.

OLLERO TASSARA, Andrés. "Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos", Anales de la Cátedra F. Suárez, número 28, 1988.

PADUA, Marsilio de. Il difensore della Pace, a cura di Cesare Vasoli, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Italia, 1960.

PALAZZO, F.C., "Obiezione di coscienza", en Enciclopedia del Diritto, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979.

PASSERIN D'ENTREVES, "Legitimidad y resistencia", en Revista Sistema, número 13, Madrid, 1976.

PASSERIN D'ENTREVES, "Obbedienza e resistenza in una società democratica", en el volumen del mismo título, Ed. di Comunità, Milano, 1970.

PASSERIN D'ENTREVES, Derecho Natural, Editorial Aguilar, traducción de M. Hurtado Bautista, Madrid, 1972.

PECES BARBA, Gregorio. "Desobediencia civil y la objeción de conciencia". Anuario de Derechos Humanos, número 5. Universidad Complutense, Madrid, 1988-1989.

PELLICANI, Luciano. "Revolucion y Legitimidad", en Revista Sistema, Madrid, número 74, 1986.

PETERS, R., Hobbes. Penguin Books, Middlesex, 1967.

PHILONENKO, A. Theorie et Praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793. Paris, 1968.

PLAMENATZ, Consentimiento, libertad y obligación política. Fondo de Cultura Económica, México, 1970.

PLATON, Dialogos "Critias o de la Atlántida", Edición de EDAF, Madrid, 1969.

PLATON. Las Leyes. Libro X. edición bilingüe de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, tomo II. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960.

PONTARA, G., "Neocontractualismo, socialismo y justicia internacional", en N. Bobbio, G. Pontara y S. Veca, Crisis de la democracia. Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

PORRAS NADALES, Antonio J., "Contractualismo y neocontractualismo", Revista de Estudios Políticos, número 41, septiembre-octubre, 1984.

PRIETO SANCHIS, Luis, "Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas", en Anuario de Derechos Humanos, número 4, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987.

PRIETO SANCHIS, Luis, "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho", en Revista Sistema, número 59, marzo de 1984.

PUFENDORF, Samuel, De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural (en dos libros), edición de la Universidad de Córdoba, traducción de Lelia B. V. de Ortiz, Córdoba, Argentina, 1980.

QUESADA CASTRO, Fernando, "La filosofía política hoy: recuperación de la memoria histórica", en Revista Arbor, número 503-504, tomo CXXVIII, noviembre-diciembre, Madrid, 1987.

RAPHAEL, Problemas de filosofía política, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

RAWLS John. Teoría de la Justicia. edición en castellano. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

RAWLS, John. "Justice as Fairness: Political, not Metaphysical". Philosophy and Public Affairs, 14, 1985, 223-251.

RAWLS, John. "Kantian constructivism in Moral Theory", The Journal of Philosophy, 77, sep. 1980, 515-572.

RAWLS, John. "La justificación de la desobediencia civil", en Justicia como equidad. Tecnos, 1986, pp. 96-99.

RAWLS, John. "Las libertades fundamentales y su prioridad", Ciclo Tanner de Conferencias sobre los valores humanos, pronunciada en la Universidad de Michigan 10 de abril de 1981, publicada en Libertad, Igualdad, y Derecho. Ariel, Barcelona, 1988, pp. 11 y ss.

RAWLS, John. A Theory of Justice. Belknap Press (Cambridge-Mass., 1971). Edición definitiva: Harvard University Press (Cambridge-Mass, 1972).

RAWLS, John. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. Ed. Tecnos, 1986.

RAZ. Joseph. La autoridad del derecho, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. UNAM: Mexico, 1985.

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. "El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista Sistema, número 62, septiembre de 1984.

Revista de Estudios Políticos, número 8 monográfico sobre Rousseau, Centro de Estudios Constitucionales, marzo-abril, 1979.

RODILLA, Miguel Angel. "Buchanan, Nozick, Rawls, variaciones sobre el estado de naturaleza". Anuario de Filosofía del Derecho, nueva época, número 2, Madrid, 1985.

RODILLA, Miguel Angel. "Introducción" a John Rawls. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia, editorial Tecnos, Madrid, 1986.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos. Editorial Tecnos, Madrid 1987.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre la Economía política. Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social o principios de derecho político. Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. Emilio o de la Educación. Edaf, Madrid, 1985.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. Las confesiones. Edaf, Madrid, 1980.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. Esposos sobre la paz y la guerra. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

RUBIO CARRACEDO, José Rubio. "Constructivismo, utopía ética: La legitimación ética del poder". Revista de Estudios Políticos, número 40, julio-agosto, 1984.

RUBIO CARRACEDO, José. Paradigmas de la política. Editorial Anthropos, Barcelona, 1990.

RUBIO CARRACEDO, José. "Democracia y legitimación del poder en Rousseau". Revista de Estudios Políticos, número 58, octubre-diciembre de 1987.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. "La teoría política del optimismo obsesivo: C.B. Macpherson". Revista Sistema, número 52, enero de 1983, pp. 45-63.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia". Anuario de Derechos Humanos, número 4. Madrid, 1986-1987.

RUSSELL, Bertrand. "La desobediencia civil y la amenaza de guerra nuclear", en Revista Mientras Tanto, número 19, julio de 1984.

SAN AGUSTIN. De civitate Dei. IV. 4. 1-15.

SANCHEZ GONZALEZ, Santiago. "El pretendido "individualismo posesivo" de las teorías de Hobbes y de Locke", en Revista de Derecho Político, número 27-28, 1988. pp. 259-278.

SANDEL, Michael. Liberalism and the limits of Justice. Cambridge U. Press, 1982.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Editora Nacional, Mexico, 1981.

SEGURA, Julio. CABRILLO, Francisco. TORTELLA, Gabriel y otros. La reforma del Estado asistencial. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

SINGER, Peter. Democracia y desobediencia. Ariel, Barcelona, 1985.

SORIANO, Ramón. "La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español". *Revista de Estudios Políticos*, número 58, octubre-diciembre, 1987.

SPAEMANN, Robert. "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Revista Persona y Derecho*, número 19, 1988.

SPINOZA B. *Tratado Político*. Alianza Editorial, introducción, traducción y notas de Atilano Domínguez, Madrid, 1986.

SPINOZA, B. *Ética*. Obra preparada por Vidal Peña. Editora Nacional, Madrid, 1975.

SPINOZA, B. *Tratado Teológico-Político*. Alianza Editorial, introducción, traducción y notas de Atilano Domínguez, Madrid, 1986.

SULLIVAN, William. *Reconstructing Public Philosophy*. U. of California Press, 1982.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Introducción al Estudio de la Constitución*. UNAM, México, 1989.

TAYLOR, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge U. Press, 1990.

TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho Constitucional. Porrua. Mexico, decimacuarta edición, 1976.

THIEBAUT Carlos. Cabe Artístoteles. Visor Distribuciones. Madrid, 1988.

THIEBAUT, Carlos. "De nuevo criticando al liberalismo", Revista Arbor, número 503-504, tomo CXXVIII, noviembre-diciembre, Madrid, 1987, pp. 147 a 162.

THIEBAUT, Carlos. "La Etica y el Presente", en La Balsa de Medusa, número 2, 1987.

THIEBAUT, Carlos. "Las racionalidades del contrato social: Kant en Rawls", Zona Abierta, número 32, julio-septiembre de 1984.

TOULMIN, S.. "The recovery of practical philosophy", Avalon Lecture, Northwestern University, 1987.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, tomo I y II, Alianza Editorial, 1982.

ULLMANN, W.. Historia del pensamiento político en la Edad Media. Ariel, Barcelona, 1983.

VALLESPIN ONA, Fernando. Las nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick, y James Buchanan. Alianza Editorial, Madrid. 1985.

VASOLI, Cesare. "Introduzione". en Marsilio de Padua. Il difensore della pace, a cura di Cesare Vasoli, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Italia. 1960.

VENDITTI, R. L'obiezione di coscienza al servizio militare. Giuffrè, Milano. 1981.

VERNENGO, Roberto. "Moral y Derecho: sus relaciones lógicas". Anales de la Catedra F. Suárez, número 28. 1988.

VICENS, A., Juan Jacobo Rousseau. Dopesa, Barcelona. 1978.

VILEY, Michel. "La genèse du droit subjectif chez Guillaume de Occam", Archives de Philosophie du Droit, n. 9. 1964. pp. 97-127; recogido en sus Seize essais de philosophie du droit. Paris. 1969. 140-178.

VLACHOS, G., La pensée politique de Kant. Métaphysique de l'ordre et dialectique du progrès. Paris. 1962.

WALZER, Michael. Spheres of Justice. N. Y. Basic Books. 1983.

WATKINS. J. W. H.. Hobbes's System of Ideas. 2a. ed. Londres. 1973. (versión castellana ¿Qué ha dicho verdaderamente Hobbes?) Doncel. Madrid. 1972.

WEBER, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica, México. 1979.

WOLFF, R. P.. Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica a la teoría de la justicia. versión castellana de M. Suárez, F.C.E., Mexico, 1981.