

Teoría general y filosofía del derecho . . . . . 1248

argentino, se refiere en el mismo a la Constitución de Bayona, su contenido, sus aspectos americanistas, su vigencia y su crítica, amén de los comentarios y anotaciones que de ella hizo el señor De la Mata Linares, de ahí la importancia de este interesante trabajo.

Aunque nacido en Madrid, don Benito de la Mata Linares pasó 23 años en América desempeñando diversas magistraturas en las reales audiencias de Santiago de Chile, Lima y Buenos Aires, después de lo cual prestó sus servicios en el Real y Supremo Consejo de Indias, desde donde contempló la invasión napoleónica y colaboró con el régimen de José Bonaparte, motivo por el cual comentó la Constitución de Bayona y su reducidísima referencia a las Indias.

En nuestro medio, el tema de Bayona permanece prácticamente ignorado pues la Nueva España no llegó a tener contacto con el gobierno de José Bonaparte, sino más bien con las juntas y sobre toda la Regencia.

En conclusión, el trabajo del profesor Tau Anzoátegui nos presenta un buen panorama histórico en torno a la Carta de Bayona y una interesante noticia sobre unos comentarios en torno a ella, por lo que nos parece importante dicho trabajo.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

## TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BALLESTEROS, Jesús, "Derechos humanos: antología *versus* reduccionismos", *Persona y derecho*, Pamplona, número 9, 1982, pp. 237-242.

El autor, quien es profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Valencia, España, plantea en cortas páginas el problema esencial de la fundamentación de los derechos humanos.

Señala lo contrastante que resulta en el siglo XX una preocupación por formularlos con la mayor precisión y por otra la brutalidad con que suelen ser transgredidos, lo cual, según Ballesteros, está en relación con el desarrollo de la técnica.

La base de la moderna fundamentación de los derechos humanos la sitúa en Kant y sobre todo en aquella frase de la *Metafísica de las costumbres* en que señala que el hombre no puede ser tratado como un simple medio, sino como un fin y en ello estriba precisamente su dignidad. El problema está en que elló es tomado en términos inma-

nentes, en razón del carácter autoconsciente y libre del propio hombre, desentendiéndose del carácter trascendente. De esta suerte que aquellos que carezcan de esa autoconciencia y libertad son despojados de sus derechos humanos, como sería el caso de los no nacidos, los infantes y los enfermos mentales; producto de la mentalidad tecnicista y calculadora de nuestros días, de su visión instrumentalista y finalmente materialista, bajo diferentes ropajes de politicismo, economicismo y hedonistas.

Todos estos reduccionismos, y particularmente el hedonista o esteticista, es nota característica del actual Estado social de derecho, pues al tratar de liberar al hombre de la menesterosidad, de la incultura, han llevado a desconocer que aquél tiene un valor de por sí incondicional, lo que se ve claramente cuando lo mismo se habla de los derechos del niño y del anciano que de la legalización de la eutanasia y del aborto.

Esa instrumentalización de lo real ha hecho que se pierda el sentido del derecho y su estructura ontológica de respeto universal al otro.

El breve artículo que reseñamos termina señalando que el respeto de la dignidad humana es la base del orden jurídico.

El trabajo del profesor Ballesteros que ahora nos ocupa es magnífico esfuerzo por sintetizar en unos cuantos párrafos el problema más importante de la eficacia real de una declaración de derechos humanos.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

MÜLLER-SCHMID, Peter Paul, "La evolución histórico-filosófica del derecho natural clásico hacia el moderno y el problema de la fundamentación metafísica del derecho", *Persona y derecho*, Pamplona, número 9, 1982, pp. 83-91.

Señala el autor los dos problemas fundamentales del derecho natural, con base en los cuales desarrolla todo su trabajo: la fundamentación y la realización práctica del derecho natural, esto es, su vinculación con la metafísica y la posibilidad de que se plasme en el derecho positivo. El primero de ellos tratado por la doctrina clásico-universalista (aristotélico-tomista) y el segundo por la corriente individualista y racionalista.

Del primero al segundo problema distingue tres eslabones sistemáticos, ellos son: la definición del derecho, la distinción entre derecho

natural y derecho positivo y la realización de un orden social liberal fundamentado por el derecho natural.

Respecto a la definición, se ha señalado el carácter coactivo como nota esencial del derecho, sin embargo éste se confunde con la ejecución forzosa, lo cual se debe precisar como una mera expectativa, como una vía abierta de acudir a la autoridad, lo que implica en sí una coacción interna.

La idea de la coacción interna desempeña un papel esencial en la ética marxista, lo mismo que en la cristiana, sin embargo difieren en cuanto al origen, ya que para la primera es una implicación ineludible del proceso dialéctico de la historia y para el segundo, como resultado del forzoso enfrentamiento del hombre con su Creador, de donde deriva y se justifica toda autoridad.

La ética moderna, desde Kant, ha entendido la responsabilidad ética simplemente como responsabilidad de la libertad de forma apriorística, lo cual, para ser válido, tiene que estar relacionado a una instancia normativa absoluta y real, lo que necesariamente desemboca en una autoridad trascendente.

En el segundo punto, la diferencia entre derecho natural y derecho positivo ya se deja ver en Santo Tomás, para quien el primero tiene su origen en la naturaleza misma, mientras que el segundo lo tiene en la imposición estatal; el poder estatal se halla legitimado en la norma ética, lo mismo que el derecho impuesto, es decir, sólo en la unidad del segundo con el primero, aquél se justifica.

La escuela racionalista, aunque refutó esta concepción ontológico-metafísica y trascendente, mantuvo la bipartición entre derecho natural y derecho positivo, sin embargo, sitúa al hombre como portador de la naturaleza, como centro de todo.

En contra de esa visión, el señor Müller-Schmid argumenta que según la lógica normativa no se puede demostrar si es suficiente la esencia del individuo para la formación de una norma social, insuficiencia que se halla, no obstante, por la importancia práctica para la organización de una sociedad libre.

Después de la corriente inmanentista-racionalista han surgido las tendencias sociológicas del derecho que pretenden destruir cualquier concepción iusnaturalista, tanto las de corte clásico como racionalistas. En efecto, dicha tendencia reduce las relaciones jurídicas a procesos sociales o a contenidos de conciencia socialmente válidos. En ellas, evidentemente, no encontramos una fundamentación de la normatividad de la conciencia social.

Finalmente, el tercer punto, la capacidad del derecho natural de or-

denar la sociedad de modo liberal, es decir, la relación real entre la doctrina del derecho natural y del orden social.

La doctrina clásica del derecho natural no es capaz de establecer una norma social concreta que derive de una primera norma universalmente válida en relación con la experiencia. En una sociedad ideológicamente dividida es muy difícil encontrar la legitimación del legislador, no puede, la doctrina clásica, establecer un compromiso con el pluralismo de valores en la sociedad. Por ello ha determinado la autoridad éticamente legitimada como motivo decisivo de la norma social, es decir, para evitar un orden social dictatorial, situar la fuente formal del derecho en una autoridad que reconozca el pluralismo de valores y los principios evidentes y cognoscibles por todos.

Para el racionalismo, el problema es más sencillo pues reconoce al hombre individual como sujeto de derechos y el principio de la formación de normas. Sin embargo, no podemos independizar el pensamiento pragmático de la fundamentación filosófica, pues no se podrá construir un orden liberal auténtico. Ello encuentra dos soluciones: la filosofía inmanentista, que encuentra el principio absoluto en el cual apoyarse, en la dialéctica de la historia; y, por otro lado, en la filosofía metafísico-trascendente, cuyo principio absoluto es Dios.

En este sentido, el autor del artículo que ahora reseñamos concluye que el reconocimiento de la libertad personal sólo es posible reconociendo un orden de la creación trascendentalmente fundamentado, constituyendo la realización de sus normas generales, la tarea de la libertad humana.

En síntesis, la doctrina clásica del derecho natural no puede ser considerada como pasada de moda, pues aun las posturas pragmáticas deben fundamentar su pragmatismo, sin anular el principio de la libertad personal. Una revisión a fondo de esa doctrina debe ser capaz de dar solución a ese problema (revisando la doctrina de la abstracción aristotélica) aunque cuente con pocas simpatías en la actualidad, pero es la única forma de configurar la organización política y social por encima de la imposición y del reconocimiento de reglas de juego formales, en el sentido de un proceso de formación social de la voluntad, fundado en valores.

Indiscutiblemente, el trabajo que ahora comentamos ha logrado recapitular en pocas páginas los problemas cruciales de la filosofía del derecho, partiendo desde el punto de vista de las principales corrientes del pensamiento filosófico.

Lamentamos que este artículo esté muy mal traducido (del alemán al castellano), pues si a ello le aunamos el estilo, de por sí compacto y

difficil con que suelen escribir los alemanes, hacen del mismo un trabajo poco atractivo para leerse y desentrañar su mensaje.

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

SHAKANKIRI, Mohammed El, "Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 3, julio-septiembre, 1981, pp. 767-786.

El autor —profesor asociado de derecho, economía y ciencias sociales de la Universidad de París— se propone examinar el concepto de ley en el pensamiento jurídico del islam, al estudiarlo tal como ha aparecido en la historia general del derecho musulmán.

En las ciencias teológicas y jurídicas existen dos expresiones para designar la ley: *Sharia* y *Figh* —aclara el autor. La *Sharia* "es el conjunto de los mandamientos de Alá", es la ley divina; el *Figh*, por su parte, es la explicación y la interpretación de la *Sharia*, es la ley humana. Es preciso recordar que desde el siglo VII, el pensamiento islámico entró en contacto con el de los doctores judíos y cristianos, y que, a partir del siglo IX, con la época abasida, es cuando este pensamiento islámico dio, "casi sin intermediario", con la corriente de los pensadores helénicos. Costumbre romana y conceptos griegos iban a enriquecer la *Sharia* y el *Figh*, a la par que iban a crear "cierto malestar, cierto drama interno en el pensamiento jurídico musulmán, cuyas huellas no han desaparecido hoy en día aún".

La problemática del tema es compleja, pues concierne a lo que es *moral* y a lo que es *jurídico* en el seno de las leyes del islam. ¿Contiene la *Sharia* un "derecho" musulmán, o bien resulta erróneo la expresión "derecho coránico"? ¿Posee la ley humana un carácter jurídico o, al contrario, se trata de un simple ley imperativa deducida de la moral religiosa?

#### I. LEY DIVINA Y DERECHO

1. *Concepto de ley divina.* La ley divina del islam está contenida en el Corán y en la *Sunna* o "las tradiciones del profeta", que en principio tienen mismo valor legal que el Corán, y son obligatorias para los fieles.

El Corán es el libro sagrado del islam que contiene las revelaciones

recibidas por Mahoma entre los años 610 y 632 de la era cristiana. Sobre esta base primera de la religión, se edificará una doctrina de deberes para con Dios y para con los hombres, una deontología, una moral, pero no un *corpus juris*; la ley del islam reúne religión, moral y reglas de organización social que se confundirán con el derecho.

Cabe destacar que el Corán es considerado como la primera fuente de la organización social musulmana, pero no constituye en lo absoluto un código de derecho musulmán; en efecto, desde este punto de vista, su contenido es insuficiente, y, respecto de las materias que reglamenta, no contiene ninguna teoría jurídica más o menos elaborada.

La *Sunna* o las tradiciones del profeta reúne las opiniones y relata las acciones y las abstenciones de Mahoma; es "el camino que siguió el profeta".

2. *Los problemas teologicosofilosóficos.* Cabe evocar algunos de los problemas teologicosofilosóficos que se han planteado a los teólogos juristas del islam desde el primer siglo de la Hégira, y cuya solución ha influido directa o indirectamente la filosofía moral y jurídica del pensamiento musulmán. Ahora bien, en aquellos tiempos empezaron a manifestarse dos tendencias que siguen caracterizando el pensamiento islámico hasta hoy en día: la tendencia voluntarista literalista, y la tendencia racionalista liberal que confía en la razón.

El problema de la fe y de sus relaciones con las acciones llegó a evocar, en última instancia, la cuestión de la legitimidad del poder, como consecuencia de las contiendas surgidas entre Abasidas y Omeyas en 750. Frente al texto religioso, se manifestaron dos actitudes, conforme a las dos tendencias ya mencionadas: una actitud objetivista "que no separaba el texto de su contexto y de las condiciones de su aplicación", y una actitud subjetivista, voluntarista, que apelaba a la intención, a la fe separada de las acciones.

El problema del libre albedrío y el del constreñimiento ha suscitado gran interés entre los pensadores del islam, y ha dado lugar a dos grupos de solución, como era de esperar: la de los *qadaritas* o partidarios del libre albedrío, y la de los negadores de éste, partidarios del constreñimiento y del determinismo, que profesaban que todo lo que acontece, las acciones humanas como todo lo demás, es directamente creado por decreto del Todopoderoso.

Frente al tercer problema, el del Corán creado o increado, surgieron también las dos tendencias ya señaladas; los liberales sostenían la tesis de la creación del Corán, es decir de su carácter propiamente histórico, mientras que los tradicionalistas profesaban que el libro santo era un atributo de Dios increado.

3. *Autoridad de la ley divina.* En doctrina, todos, racionalistas y voluntaristas, concuerdan en atribuir al texto de la ley divina, cuyo sentido es claro, una autoridad suprema e indiscutible. En caso de obscuridad del mismo, surge nuevamente la división entre los racionalistas que estiman que la razón es el criterio mismo de la ley religiosa, y los voluntaristas que rechazan la razón y se apegan a la interpretación literal de la ley revelada.

Pero, hasta principios del periodo abasida, la ley divina —que rige el culto y las relaciones con Dios— no contenía ninguna regla relativa a las relaciones de los hombres entre sí. La formación de un verdadero derecho musulmán iba a exigir el trabajo creador de los jueces y de los jurisconsultos del islam, quienes han elaborado la ley humana durante la época abasida.

## II. LEY HUMANA Y DERECHO

Al abordar la cuestión de la ley humana en el islam, el estudioso tropieza con una ambigüedad nacida del sentido que la lengua árabe da a las palabras *Sharia* y *Figh*.

La *Sharia*, que significaba al origen “la vía trazada por Dios”, va a ampliarse para contener la vía trazada por los jurisconsultos, por los hombres, con el objeto de resolver los problemas jurídicos y políticos cuya solución no figuraba en el Corán.

El *Figh*, cuyo sentido original era la comprensión, la inteligencia de la vía de Dios, empezará a significar también “la inteligencia de su propia aportación personal que fue integrada en el seno de la *Sharia*”. Esta ambigüedad —destaca el autor— “ha creado una dramática tensión entre lo sagrado y lo profano en el islam jurídico y político. Lo sagrado tendía a contener lo profano y a darle un carácter sacro, pero en razón de sus orígenes a la vez históricos y temporales, lo profano ha resistido”.

1. *El problema y las tesis filosóficas en presencia en la época de la formación de la ley humana y del verdadero corpus juris.* Existían, por un lado, un derecho musulmán embrionario, incapaz de reglamentar condiciones económicas y sociales en pleno desarrollo, y, por otro lado, un grupo de juristas encargados de completar, hacer evolucionar y adaptar dicho derecho a un mundo en continua evolución. El verdadero problema así planteado concernía al papel y a la capacidad de la razón humana, de la razón de los jurisconsultos, para conocer valores y elaborar soluciones conformes con los valores que existen originalmente en el espíritu del islam. Racionalistas y voluntaristas iban a enfrentarse en torno al problema de la justicia, principalmente.

La consecuencia de la tesis de los racionalistas —Dios es inteligente y sabio, y obra en vista de un fin determinado— era la existencia de una ley eterna, de un bien y un mal objetivos en la naturaleza exterior, anteriormente a la ley religiosa. De ahí que Dios debe seguir su ley y hacer siempre lo mejor, pues no puede desear sino lo justo y lo bueno; de ahí también que el principio de la justicia divina implica la libertad y la responsabilidad del hombre.

Los voluntaristas no aceptaron esta tesis de la justicia inmanente, profesando que Dios es libre y no está ligado por ninguna ley: las normas del bien y del mal no son determinadas por la razón, sino que Dios las fija discrecionalmente.

Para sorpresa y desconcierto del investigador contemporáneo —apunta el autor—, las escuelas de derecho, que, posteriormente, elaboraron soluciones a partir de las nuevas condiciones económicas y sociales, optaron en teoría por el voluntarismo, si bien, en lógica, esta corriente no podía permitir elaborar una solución justa, ni formular una ley equitativa.

2. *Métodos de formación de la ley humana.* Los jefes de las escuelas han edificado sus sistemas jurídicos en función de dos fines contradictorios.

En primer lugar, se trataba de rechazar la concepción racionalista de las leyes humanas y de afirmar que todo es voluntad de Dios. En suma, se trataba de sostener una ficción, al profesor que la ley divina, considerada como código de la vida espiritual y social, ha previsto y reglamentado todo, explícita o implícitamente, y que el papel de la razón consiste simplemente en descubrir lo que ya existe, y no en crear o establecer nuevas soluciones.

En segundo lugar, los doctores tenían que suplir la carencia de la *Sharia* frente a las necesidades imperiosas de la práctica, por lo que recurrieron a métodos con base socioológica: búsqueda de la mejor solución, costumbre, jurisprudencia, etcétera.

3. El haber empleado dos lenguajes y dos series de métodos ha contribuido a mantener la ambigüedad que afecta el derecho musulmán, y que se manifiesta en torno a *la cuestión de la autoridad y al problema de la interpretación de la ley humana del islam.*

Para los racionalistas, las reglas jurídicas que propone la doctrina (incluso las que derivan de un consenso) no tiene sino un valor relativo, un valor presunto; en razón de sus orígenes dialéctico e histórico, estas reglas pueden ser discutidas y no son de necesaria observancia. Conforme a este método, la posición del jurista que interpreta un texto es muy diferente de la del exegeta puro: confronta el texto con otras

normas, otras tesis y otros argumentos para encontrar la solución más adecuada.

Los voluntaristas, en cambio, consideran que las leyes derivadas de un consenso forman parte de la ley religiosa, y que las demás reglas tienen solamente una autoridad relativa. Hacia fines de la época abasida, al declinar el esfuerzo doctrinal, los discípulos, a menudo más voluntaristas que sus maestros, se interesaban solamente en textos escritos, practicaban el método exegético y se limitaban a exponer y comentar, casi religiosamente, las ideas de sus predecesores.

#### CONCLUSIÓN

Esta tensión, este antagonismo —recalca el autor— entre dos visiones diferentes del mundo existe siempre en el islam contemporáneo. La adopción, por varios países musulmanes, de los principios del derecho occidental no ha puesto fin a la enconada contienda. Los integristas persisten en su lucha sin tregua contra los modernistas, quienes no aceptan de abandonar su tesis sobre la posibilidad de una participación temporal e histórico del hombre en el conocimiento divino.

Monique LIONS

#### VARIOS

BAUDOIN, Jean, "L'échec communiste de juin 1981: recul électoral ou crise hégémonique?", *Pouvoirs*, París, núm. 20, 1982, pp. 45-54.

En Francia, los resultados de las elecciones legislativas de los 14 y 21 de junio de 1981 han puesto de manifiesto el retroceso importante del Partido Comunista Francés (PCF), entre otros fenómenos notables. En la actualidad, el PCF se encuentra en el punto más bajo de su barómetro electoral desde 1936. En efecto, ha perdido la mitad de sus efectivos a la Asamblea nacional: de 86 diputados, bajan a 43 —lo que representa solamente el 13.21% de la izquierda, y tan sólo el 9% del total de los parlamentarios. Es con razón que los dirigentes comunistas pudieron pensar que, en el espacio de dos escrutinios, fue anulado el esfuerzo de dos generaciones militantes para asegurar la hegemonía de su Partido en la izquierda francesa.