

REVISTA DE REVISTAS

Teoría general y filosofía del derecho. 1048

de la reforma ilustrada del siglo XVIII. Este es un modelo de investigación que podría ampliarse a las otras regiones de la América española, en el que el régimen de Intendencias dejó huella perdurable, y relacionarse con las reformas que se producen con el constituyente español gaditano de 1812 y otras instituciones como las diputaciones provinciales, que se orientan en la misma línea de descentralización y eficacia del aparato de gobierno.

Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

CORTINA ORTS, Adela, "El contrato social como ideal del estado de derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 59, enero-marzo de 1988, pp. 49-64.

El autor trata del pacto de unión civil de Kant, que consiste en cumplir el deber de asegurar a cada uno lo suyo, que ya le pertenecía en el estado de naturaleza.

El establecimiento de una sociedad civil instaure la fuerza legal que procede de la voluntad general, para asegurar el reconocimiento de derechos naturales. La posesión provisional recibe seguridad legal a través de un poder coactivo.

El contrato originario por el que el pueblo se constituye en Estado, se refiere al contrato social como idea regulativa en la que existe un pacto de "sujeción" o sumisión, por el que el pueblo acepta otorgar coacción al gobernante, y que éste la use sobre él, pero sin que aquél pueda someter a éste.

La capacidad coactiva que excede la posibilidad de ser coaccionada, está sólo en el soberano, que representa la voluntad popular, frente a la cual no hay derecho de resistencia del pueblo, sino sólo la obligación de obediencia incondicionada. Incluso en el caso de que el jefe de Estado violara el contrato originario, imponiendo una legislación contraria al respeto a la libertad.

Sin embargo, Kant plantea también la posible legalidad de la resistencia, manteniendo la dualidad de los portadores de la soberanía: pueblo y soberano, que sellan un contrato en virtud del cual el gobernante

se compromete a legislar considerando la voluntad popular, en lugar del principio de que "toda autoridad viene de Dios".

El derecho positivo no puede contradecir el derecho natural porque chocaría en la razón y la moral; por ello la idea del pacto de unión civil emana de la voluntad racional, mas no de la voluntad efectiva, del pueblo.

El autor persigue la interpretación kantiana de este tema, pero sin aparentemente obtener luces importantes, particularmente cuando su relevancia práctica así lo demanda en la actualidad.

La gran cuestión de nuestros días es si la Constitución es un contrato social, y si para ello el pueblo ha participado suficientemente. No basta con que los representantes elaboren una ley y se la den al pueblo; es necesario que sea el pueblo el que otorgue mandato específico a los representantes legislativos para los términos de un contrato social. Este contrato social no es simplemente producto de la aparente soberanía de la mayoría, imponiéndose a la minoría, particularmente la del gran capital, lo que resulta ilusorio y no cabe en la idea de contrato, como acuerdo negociado y conciliado, que es lo que efectivamente se requiere.

De tal forma, el contrato social actual debe representar la conciliación de intereses y voluntad de todo el pueblo, mayorías y minorías, y no la imposición de la mayoría. Del contrato social debe derivarse un proyecto nacional, establecido en la Constitución como ley suprema.

La soberanía del pueblo, en la mayoría democrática, debe plantear su interés preferente y conciliarlo con los grupos de poder, para un proyecto común. Entonces tal contrato social será la ley, como la expresión de la voluntad de todo el pueblo, ya no sólo la mayoría democrática, misma que debe acatar el poder público, como el mandato general, además del mandato específico de su elección individual.

Así, el contrato social es la esencia de la nueva versión de democracia, no de la mitad más uno, sino de la conciliación de la voluntad de mayorías y minorías, de mayorías sin poder económico y minorías con todo el poder económico.

Entonces, la soberanía limitada quedaría en las grandes mayorías y no en todo el pueblo, para la libertad política de las mayorías, pero su proposición se vería negociada por el poder público (como representante principal de la mayoría) con las minorías, a quienes también representaría. Todo ello hace dudar si en realidad no existe soberanía, o todo el pueblo es soberano, y sólo el poder público es sometido, teóricamente.

FORTIER DÍAZ, Adolfo, "The Moral Foundation of Rights y el dilema fundamental del liberalismo jurídico", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, Río Piedras, Puerto Rico, vol. 59, núm. 1, 1990, pp. 167-181.

El autor aborda lo que denomina dilema fundamental del liberalismo jurídico a partir del estudio de la obra *The Moral Foundation of Rights* (Clarendon Press, Universidad de Oxford, 1987), del profesor L. W. Sumner. Se trata, pues, de una nota bibliográfica ampliada hasta constituir un ensayo.

La cuestión principal en la obra de Sumner, que se plantea a sí mismo Fortier Díaz, es saber cuál es el carácter vinculante que una sociedad liberal ha de reconocer a los llamados derechos individuales. De aquí procede la pregunta: ¿deben ser defendidos en todas las circunstancias, independientemente de las consecuencias que esa defensa produzca? O bien, ¿se halla su defensa supeditada a las consecuencias que aparece? Se citan algunos ejemplos; entre otros: si un grupo de delinquentes pretende volar con una bomba uno de los lugares más concurridos de la ciudad, y la noticia sobre la localización de aquélla es conocida sólo por un individuo, que se rehúsa a informar a la autoridad, ¿sería justificable la tortura en aras del bien colectivo?

Se dice que existe un "perenne dilema, en el que se funda el liberalismo"; por una parte, pretendemos el mayor respeto a las libertades personales, para el alcance de los objetivos que nos hemos propuesto; por la otra, reclamamos la protección social contra el daño que pudieran ocasionarnos otros integrantes de la sociedad. Empero, esta protección que requerimos impone, de entrada, "trabas o límites" al despliegue de la libertad.

El autor comentado, Sumner, se afilia a la teoría "consecuencial", y sin embargo pretende sostener el imperio de los derechos individuales. Para ello busca el contenido de tales derechos, que confiera validez al derecho individual y sentido a la tutela social, salvando el aparente (o real) conflicto entre estos extremos. En esta línea de pensamiento, se plantea la existencia de un concepto "moral" de los derechos, suficiente por sí e independiente de la declaración de cualquier autoridad. Sumner examina tres teorías en este sentido: la de los derechos morales calificados como naturales; la del contrato social, y finalmente la "consecuencia". Quedan impugnadas las dos primeras y se acoge la tercera: lo "bueno" tiene un carácter objetivo, neutral e independiente, que

“proporciona la base moral autónoma desde la cual aquilatar los derechos convencionales promulgados por la sociedad” (p. 177).

El comentarista estima que Sumner no resuelve el dilema original. Habla de derechos como “selecciones protegidas”; de libre selección y de protección para el ejercicio del albedrío sin interferencia de otros. La contradicción —señala Fortier Díaz— “es obvia: al tiempo que reclama la protección de la sociedad, exige que la selección del individuo sea enteramente libre de trabas (*unencumbered choice*)”. Pero, continúa diciendo Fortier, es preciso superar, no sólo negar, la alternativa esencial que reside en la tradición jurídica del liberalismo. La manera de superar este dilema —concluye— “es en la práctica de construir una sociedad nueva y mejor” (p. 181).

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

GARZÓN VALDEZ, Ernesto, “El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad)”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 65, julio-septiembre de 1989, pp. 35-55.

El autor se propone poner de manifiesto la inaceptabilidad ética del terrorismo de Estado.

Comienza con la distinción entre legitimación y legitimidad. Legitimación significa el reconocimiento de quienes detentan el poder institucional, como creencia de que las reglas del sistema son las más adecuadas a la sociedad.

Legitimidad es, en cambio, la aceptación de que los principios sustentados por la regla de reconocimiento del sistema son consistentes con los de la moral o ética.

La primera es condición necesaria para todo sistema político y la segunda no.

El error de no distinguir estos conceptos hace creer que la aceptación o cumplimiento de las normas básicas del sistema por sus creadores o destinatarios, proporcionan razones suficientes para la justificación moral de los actos que realizan.

El terrorismo de Estado es definido por el autor como un sistema político cuya regla de reconocimiento permite la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico procla-

mado; obstaculiza o anula la actividad judicial, y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder.

Esta es una compleja definición para identificar los excesos de los regímenes militares dictatoriales en América Latina, y sus sustentos nebulosos de "guerra vertical" para evitar una conspiración de dominación, sin poder precisar los delitos, acudiendo a la tortura y eliminación, fuera de la ley. Además, con la ideología dogmática como pauta absoluta que sirva para destruir todo lo que se oponga a ello, como la "doctrina de seguridad nacional", una *emocionalización* de la pugna entre el bien y el mal a través de la propaganda, el secreto y la imagen externa de cordura, para esconder y engañar al pueblo respecto de los horrores cometidos, y la disciplina interna ideológica, para eliminar la autocritica (de obediencia debida y la comunidad de convicción).

Se manejan argumentos que explican su "validez": la eficacia (la imposición del terror estatal es la forma más eficaz de combatir el terrorismo urbano o moral). (En México sería la guerra contra el narcotráfico, y antes contra las guerrillas. En Estados Unidos era la guerra contra el "imperio del comunismo".)

La dificultad radica en identificar al terrorista; al enemigo interno, emboscado en la oscuridad; por ello la lucha clandestina lleva a la tortura ilimitada para describir los secretos, fuera de las reglas legales tradicionales.

El reforzamiento del monopolio de la violencia estatal, lleva a emplear en la "guerra sucia" los métodos del adversario por más bajos que sean, y a salirse de toda regla convencional.

La ética pública supuesta. En el campo de la política la única ética es el resultado alcanzado para juzgar el comportamiento de quienes detentan el poder. "No importan las formas usadas, sino que el resultado fue volver a la democracia". (Como si se dijera, el fin justifica los medios, como Robin Hood.)

Simplemente la exposición de los argumentos hace apreciar su falta de validez; pero el autor dedica la mitad del artículo a refutarlos uno por uno.

El argumento de la eficacia equivale a permitir, con tal de resolver una cuestión, lo que no puede permitirse en el estado de derecho.

La dificultad de saber quién es terrorista no puede llevar a torturar o matar a todo sospechoso ("represión preventiva"). El derecho se basa en distinguir al transgresor probable del que verdaderamente lo es.

El terrorismo está vinculado con la asimetría del poder. El arma del débil contra el Estado fuerte. Pero el terrorismo de Estado es el arma

del Estado fuerte contra el débil, y viola todo principio de proporcionalidad jurídica, empleando medios fuera de proporción frente a la amenaza, base del uso legítimo de la violencia.

La llamada "razón del Estado" se identifica con la estabilidad y legitimación de los sistemas políticos.

The rule of terror contradice *the rule of law* (que es la base de la aceptabilidad del Estado por el pueblo, de que tiene límites fijos, que su poder real no lo hará actuar en actos de fuerza *decisional* y arbitrarios, sino sujetos a normas y predecibles por tanto).

El problema de imponer valores a otros, por considerarlos absolutos, fue la base de las persecuciones de infieles (y las famosas Cruzadas).

Tal vez vale la pena reflexionar sobre si los excesos del poder en la historia, aunque en el momento no encontraron límites y críticas compensatorias, por la intimidación y el uso de la violencia, al ser revisados *post facto* fueron criticados, lo que permitió evitar su posible repetición frente a una opinión pública que clasificó su percepción de los hechos y valoró la justicia y la tolerancia.

El *formatismo maji* o islámico es ahora visto con culpabilidad general. Los que siguiendo su fe no toman en cuenta a los demás, en el terrorismo de Estado aducen, a diferencia, que está moralmente justificado destruir vidas inocentes por los ideales superiores. Por ello también es falsa la licitud moral de la intolerancia.

Argumenta el autor el objetivismo ético, como la fundamentación racional de los valores, en la medida que signifiquen la protección de bienes considerados indispensables para la vida física, política y social del hombre (bienes que son el núcleo de los derechos del hombre). Aduce que su vigencia es condición necesaria para la legitimidad de un sistema político.

Dentro de una perspectiva moral los criterios de imparcialidad y universalidad objetiva no admiten relativismos.

Si bien frente al terrorismo de Estado los valores absolutos constituyen un freno, también lo es por supuesto la democracia, que decide el mandato del Estado y las reglas para el comportamiento. El pueblo debe dirigir al Estado y frenar sus excesos con su voluntad, pues debe tomar en cuenta los valores absolutos, porque son para su bien.

Pero la soberanía es la voluntad popular, en los valores absolutos, y si es difícil determinar la primera, los segundos son quienes tienen autoridad para definirlos.

Sin embargo, pudiera pensarse que la voluntad popular decide, por ejemplo, la intolerancia, la injusticia o el suicidio colectivo, como a

veces se piensa de los países islámicos, Irán con Koncini e Irak con Vonssein. En este caso, ¿es libre la voluntad popular o está obligada a tomar valores universales, que comparte la comunidad internacional?

Probablemente ni lo uno ni lo otro exclusivamente, sino una combinación de ambos: la voluntad popular debe tomar los valores absolutos en la medida en que sea considerada justa y necesaria para la felicidad colectiva e individual de sus miembros.

Los valores no se imponen a la voluntad popular de manera intolerante. Ni ésta puede desdeñarlos sin consecuencias negativas; así que deben conciliarse sobre las siguientes bases:

- 1) La libre voluntad popular.
- 2) Es libre sólo para buscar la felicidad colectiva, no su infelicidad.
- 3) La felicidad requiere el bien, porque el mal sólo da una felicidad enferma y falsa, antihumana.
- 4) Por ello la libertad de buscar el bien colectivo obliga, en cierta medida, a adoptar valores objetivos, pero no como su dictadura, sino con la modulación de que decida el pueblo total.

Adalberto SALDAÑA HARLOW

VILLORO TORANZO, Miguel, "Derecho y realidad social", *Jurídica*, México, núm. 19, 1988-1989, pp. 361-380.

Como su título lo indica, el artículo que a continuación reseñamos analiza la relación entre derecho y realidad social, centrado en tres temas concretos y bajo la óptica de la sociología. Dichos temas son los siguientes: derecho y coacción; el derecho como producto social, y el derecho como instrumento de control social.

El derecho y la coacción. Parte el autor en este tema de la conceptualización del derecho de Max Weber: "Un orden debe llamarse: . . . *Derecho*: cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observación de ese orden o de castigar su transgresión."

Surge entonces la cuestión de si el derecho importa de manera necesaria la coacción para su propia existencia.

Señala el autor que no debe olvidarse que para la sociología todo fenómeno social, para ser tal, implica influencia en los individuos y, por tanto, se vincula a la fuerza, a lo que Durkheim llama poder impe-

rativo y coercitivo, que de alguna manera es asumido por el individuo y no sólo es exterior al mismo, pues "todo ser humano, en la medida que se identifica con un grupo y los ideales por él propuestos, se siente culpable cuando no actúa conforme a esos ideales".

Esto nos da un elemento más de la obligatoriedad de la norma, y es que ésta, si no es producto de la simple coacción, debe apoyarse necesariamente en las convicciones éticas del grupo social.

En relación con el tema pueden ubicarse claramente dos posturas: la coercitivista, para la que la sanción es nota esencial del derecho, y la no coercitivista, para la cual la coacción no es esencial aunque sí natural al derecho.

El autor analiza, desde este punto de vista, las ideas de distintos autores, desde Santo Tomás a Marx o Ihering; observa que hay normas e instituciones jurídicas carentes de coacción, pero dotadas de la exigencia de observancia jurídica de las mismas, y cuya violación tiene el carácter de "lesión del derecho", y sólo de acción inmoral. Concluye que

...una visión auténticamente sociológica del derecho debe evitar todo reduccionismo. El derecho no es ni mera fuerza, ni sólo convicción ética, ni tampoco mero reflejo o superestructura de lo económico y de lo psicológico. El derecho es producto del complejo de todas las fuerzas sociales, pero, en medio de ellas, se caracteriza por una voluntad social de raigambre moral que pretende imponerse necesariamente a las demás fuerzas sociales.

El derecho como producto social. En este apartado el autor vincula el origen social del derecho con el estudio de sus fuentes formales; considera que indudablemente la vigencia jurídica de las normas proviene de la voluntad misma del grupo social, y distingue derecho positivo o estatal (el promulgado por las autoridades competentes) del derecho vigente, "que requiere para su vigencia del asentimiento de la voluntad de la comunidad".

Este concepto es de derecho vigente sociológico y no jurídico, ya que desde el punto de vista jurídico la vigencia se identifica con el derecho positivo que no ha sido abrogado, es decir, con exigencia de observancia actual. Mientras que desde el punto de vista sociológico se requiere, además, de la aceptación de dichas normas por el grupo social; y más aún distingue otro tipo de derecho, el *derecho viviente*, que es aquel que además de ser aceptado por la comunidad, ésta lo aplica. Es la pretensión de todo derecho positivo convertirse en derecho viviente.

Así, la afirmación de que el derecho es un producto social, se refiere al derecho desde el punto de vista sociológico, esto es, aquel "que es reconocido como tal por el grupo social", lo que implica que las autoridades que lo emitieron sean consideradas competentes por el grupo social, que haya sido elaborado por un procedimiento considerado como fuente formal, y que su contenido sea reconocido como justo.

Por tanto, en esta concepción el derecho vigente sería el objeto de la ciencia del derecho, el derecho positivo de la dogmática jurídica, y el derecho viviente de la sociología jurídica.

El autor no deja de resaltar la importancia del papel que desarrollan el juez y el jurista dentro de esta concepción sociológica del derecho como producto del grupo social, así como el hecho de que la misma niega la posibilidad de que el derecho sea producto de un grupo dominante, aunque en un momento determinado los valores culturales del grupo puedan beneficiar a una clase concreta, que puede ser la dominante.

El derecho como instrumento de control social. Partiendo de la afirmación compartida por sociólogos y juristas en el sentido de que "el derecho es un instrumento de control social", se señala que la misma puede ser sujeta de distintas valoraciones.

El autor considera importante clarificar, en relación con dicha afirmación, dos elementos: "la índole de la minoría que maneja el derecho como un instrumento de control social y el significado de ese control".

Se establece el hecho probado de que toda sociedad requiere de una autoridad para funcionar, la que distribuye el poder, establece el orden jerárquico y permite que el grupo actúe como unidad, dándole cohesión.

El surgimiento de un cuadro de individuos encargados del manejo del derecho se da con el crecimiento y desarrollo de las sociedades y su consecuente complejidad. Estos individuos no pueden actuar en contradicción con el orden jurídico, pues son sus servidores, y no de los intereses de la minoría dominante. Lo que explica el carácter conservador de la actividad de los juristas, ya que la realización de cambios sociales no corresponde a una función del derecho, sino del sistema político.

Apunta el autor que la autoridad social, para funcionar, debe tomar en consideración y escuchar a sus súbditos, alimentando sus decisiones con dichas opiniones; aunque reconoce que poco "se ha preocupado el Estado moderno de abrir, en el mismo orden jurídico, vías para establecer nuevos equilibrios de intereses". Opinión con la que concordamos y creemos que es uno de los retos principales que enfrentan nues-

tras endebles democracias latinoamericanas, que se satisfacen con aplicar los modelos de participación vigentes en otras latitudes.

Considera el autor que, sociológicamente, no debe entenderse al derecho simplemente como una fuerza o presión social, sino como una fuerza animada y dirigida por valores. Valores sobre los que existe la conformidad del grupo, ya que es la única forma en que el derecho alcance el carácter de derecho viviente. En este contexto la actividad de los juristas (resaltando especialmente la de los jueces), se concreta en defender el estado de derecho, negando así la arbitrariedad. Sin embargo, para lograr realizar adecuadamente su labor, los juristas requieren mantener su independencia frente a los poderes del gobierno y los demás grupos de poder.

Para concluir, simplemente nos queda recomendar la lectura de este artículo, que abre un amplio panorama para el desarrollo de los estudios jurídicos, dentro de la visión particular de la sociología del derecho.

VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI

VARIOS

FUENZALIDA-PUELMA, Hernán y SCHOLLE, Susane, "Bioética: presentación del número especial", *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, Washington, D.C., año 69, vol. 108, núms. 5 y 6, mayo y junio de 1990, pp. 369-373.

El derecho a la salud ha experimentado considerables avances en los últimos años. Al mismo tiempo, se han planteado nuevos y complejos asuntos a resolver por la ciencia jurídica y los derechos humanos: la bioética médica, la tecnología, el consentimiento informado del paciente, los trasplantes de órganos, el morir humano, el SIDA y los códigos nacionales e internacionales.

El presente volumen del *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana* está dedicado al estudio y reflexión sobre el tema, en una perspectiva interdisciplinaria. En este mismo sentido, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ha puesto en marcha el proyecto "Salud y derechos humanos", que me honro en coordinar.

El ensayo de Hernán Fuenzalida-Puelma y Susan Scholle se dirige a presentar, de manera analítica, los principales temas que trata el vo-