
Discusión sobre la Ponencia del Profesor Hurtado Bautista

Profesores que intervienen:

Juan José Gil Cremades (Universidad de Zaragoza).
José Delgado Pinto (Universidad de Salamanca).
Antonio Fernández-Galiano (Universidad Complutense, Madrid).
Elías Díaz García (Universidad de Valencia).
Jaime Brufau Prats (Universidad de Barcelona).
Andrés Ollero Tassara (Universidad de Granada).
Liborio Luis Hierro Sánchez-Pescador (Universidad Autónoma de Madrid).

Se reproducen aquí las intervenciones que tuvieron lugar a continuación de la lectura de la ponencia tal como quedaron recogidas en cinta magnetofónica. Este texto no ha sido revisado por los profesores que intervinieron en la discusión.

Prof. GIL CREMADES.—En realidad, trataré únicamente de poner sobre el tapete algunas dudas despertadas por la ponencia, y por cierto de ese género de dudas ya latentes y que se ponen más en evidencia cuando se escucha a alguien que parece querer sacarle a uno de ellas sin conseguirlo. El primer punto que quiero destacar es el siguiente: al hablar de soberanía popular, ¿no estaremos hablando de una metáfora? Quizá la historia no sea más que eso: diversas modulaciones de las mismas metáforas. ¿No serán las ideas de pacto y de soberanía popular sino metáforas?, ¿no estaremos hablando con palabras de otras palabras que se reiteran a lo largo del tiempo? La segunda

DISCUSION

pregunta es la siguiente: vistas las matizaciones y modulaciones que ha suscitado el ponente a propósito de estas metáforas, ¿no estaremos hablando de un tema que tal vez sea irreal y que no se sabe ni a qué conduce ni qué legitima? Esto enlaza con la tercera pregunta: se ha conectado la noción de soberanía popular con un mayor nivel de racionalidad, pero ¿es que la soberanía popular asegura la racionalidad, o es más bien un factor de irracionalidad? Yo no lo sé, pero creo que aquí hay un problema. Sólo sé que no solamente en el pasado, sino también ahora, la cuestión sigue en pie. Por citar algo que me viene ahora a la memoria, por haber sido objeto de un cursillo de doctorado en Zaragoza en el semestre pasado, puedo decir que Olivecrona, que sigue siendo un ilustrado de nuestros días, en la segunda edición de *Law as fact* insiste en la idea de que el legislador está en mejores condiciones que el pueblo para saber cómo garantizar un coeficiente mayor de racionalidad a la ley. En estas condiciones me pregunto si no habría que tener en cuenta, junto a la ecuación soberanía popular = racionalidad, la ecuación soberanía popular = irracionalidad.

Por otro lado, añadiré que me ha parecido justa la intención del ponente de establecer una especie de "historia de los conceptos" tal como se está intentando, por ejemplo, en Alemania. En este sentido tengo mis dudas respecto de la pretensión de la comunicación del profesor Pérez Luño de calificar de análisis lingüístico lo que probablemente no es sino historia de un concepto. Y, volviendo al punto de partida, diré que sigo bajo la impresión de que la historia del concepto de soberanía popular es la historia de una metáfora.

Prof. DELGADO PINTO.—Mi intervención va, en parte, en la línea de lo expuesto por Gil Cremades. Si no he entendido mal, el ponente ha venido a decirnos que el concepto de pacto o de contrato se utiliza en diversas etapas históricas (él ha estado saltando desde la antigüedad clásica hasta Rousseau e incluso más cerca de nuestro tiempo) como un instrumento a través del cual los datos primarios de la convivencia social —derechos y libertades, formas de vida que implican ya un cierto consenso, etc.—, que todavía no tienen un grado suficiente de racionalización, consiguen esta racionalización hasta el punto de poder constituir un orden jurídico-político. En este esfuerzo incluso ha llegado a igualar a Aristóteles con el propio Hobbes, en el que ha querido descubrir (y creo que con razón por lo que se refiere al pasaje concreto que ha analizado) la admisión de una especie de vida social espontánea. Parece entonces como si el proceso hubiera sido siem-

pre el mismo; es decir, habría una especie de vida social espontánea en la que, si no he entendido mal, ya se ve una expresión de la soberanía popular, pero que necesita luego del pacto social para obtener un nivel de racionalización suficiente como para dar paso a una estructura jurídico-política. Mi pregunta es: ¿no supone esto relativizar en exceso la idea de pacto a través de la historia? Quizá sería más adecuado distinguir dos grandes momentos históricos. Primeramente la idea de pacto se establece sobre la base de una articulación previa de la vida social, que no es democrática, puesto que en ella se reconocen diferencias sociales que luego se reflejan en el pacto. Por el contrario, en una etapa posterior del pensamiento, en el pensamiento moderno, lo que se hace es justamente prescindir de esa articulación primaria de la vida social, igualando a los individuos mediante la hipótesis del estado de naturaleza, y tratar de justificar la idea de democracia mediante el recurso a un pacto entre seres que se consideran naturalmente iguales. ¿No habría que reconocer la existencia de un hiatus de este tipo en la historia de la idea del pacto social?

Prof. FERNÁNDEZ-GALIANO.—La versión histórica que ha dado el ponente también me ha suscitado a mí alguna duda en el sentido en que ha hablado Delgado Pinto; a saber: la de que supone una unificación, a mi juicio excesiva, de la teoría del pacto en la historia. Yo creo que la doctrina del pacto —para comenzar por las conclusiones de lo que voy a decir—, tal como fue articulada a partir del racionalismo, fue una necesidad histórica.

El Estado, tal como hoy lo conocemos, es una realidad político-social relativamente moderna. Aparece en el Renacimiento; algunos se atreven a atribuir su paternidad a Maquiavelo y llegan a señalar su acta de nacimiento en las primeras palabras de *El Príncipe*. En cualquier caso, parece que, en efecto, en el Renacimiento se produce un corte entre una realidad política denominada “polis”, “respublica”, “populus”, “respublica christiana”, por un lado, y el “stato”, el Estado, por otro. Si tenemos en cuenta este cambio de estructura política, la teoría del pacto tiene que tener rasgos distintos. En la antigüedad griega, como ha dicho el ponente, igual que en el pensamiento romano, hay alusiones a la teoría pactista, casi siempre veladas, algunas expresadas. Pero la verdad es que la exposición sistemática de esta teoría no se produce sino a partir del pensamiento racionalista. Y creo que por necesidad histórica: porque hacía falta para explicar ese nuevo Estado que está naciendo y que se caracteriza por la aparición y con-

DISCUSION

creación del concepto de soberanía como poder despersonalizado —cosa que hasta entonces no se había dado—. El poder en Grecia, en Roma, en el Medievo es siempre un poder inherente a alguien, a alguien singular (*princeps, rex*) o a alguien colectivo, pero en todo caso también personalizado (como es el caso del parlamento británico medieval). En cambio, a partir del Renacimiento se produce una despersonalización del poder. Por ello hacía falta estructurar y justificar de alguna forma esa despersonalización del poder y ello se hizo a través del pacto en virtud del cual los elementos individuales integrantes del pueblo desaparecen subsumidos en una realidad suprapersonal.

Por otro lado, el soberano que recibe ese poder no puede ahora disponer de él de una manera absoluta y omnímoda en cuanto que lo recibe como delegación. Además, hay toda una articulación de mutuos controles que hacen que efectivamente el poder pueda aparecer como algo no adscrito a ninguna persona: ha nacido del pueblo, sí, pero después se ha emancipado del mismo y funciona por su cuenta. Hobbes se ve, incluso, obligado a bautizarlo y le impone el nombre de Leviathan para identificar de alguna manera esta entidad perfectamente aislada de todo contexto personal —ya sea individual o colectivo—. En este contexto aparece la cuestión de los límites de tal poder y la necesidad de controlarlo, cosa que se inicia a través de la teoría de la división de poderes y de la serie de limitaciones que acuña la moderna teoría del Estado de Derecho.

Prof. DÍAZ GARCÍA.—Mi intervención, más que a una pregunta, apunta a una observación metodológica. Aprecio el enorme esfuerzo de síntesis conceptual —y subrayo este último término— del ponente. Pero la observación metodológica que le haría es la de que en cierto modo ha idealizado, es decir, nos ha ofrecido una síntesis un poco formalista de la historia. Me explico. Posiblemente no podamos ya saber exactamente lo que ha ocurrido en el pasado. La historia en cierto modo es ya para nosotros un caos, igual que lo es la sociología. Los datos concretos singulares son simplemente un caos imposible de superar. El conocimiento, por supuesto, nos hace ir saliendo de ese caos, pero creo —y en este punto soy escéptico— que es imposible acercarnos a la total realidad de las épocas pasadas e incluso del presente, como he dicho aludiendo a la sociología. Para intentar entender dentro de lo posible qué es lo que ha ocurrido, creo que un procedimiento válido es aclarar al máximo nuestro punto de vista, el procedimiento metodológico seguido. Para entender el pasado es necesario explicitar claramente la categoría, el punto de vista, la concepción del mun-

do, el juicio de valor —descendiendo en el nivel de concreción de las expresiones— desde los que se enfoca ese pasado. No digo que con esto vayamos a entenderlo plenamente, pero sí que por lo menos sabremos desde qué punto de vista lo enfocamos.

En este sentido señalo el defecto de excesiva formalización en el que se ha incurrido tanto en la ponencia como en las comunicaciones e intervenciones posteriores: una y otras no han tenido en cuenta que, junto a la historia conceptual, junto a la historia de las ideologías y de las concepciones del mundo, hay una historia real. He echado de menos en las intervenciones de esta mañana el paralelismo existente entre la filosofía y las luchas reales en la historia y, en concreto, el fraccionamiento de la sociedad. ¿Entre quiénes se celebra el pacto? ¿Qué fuerzas sociales son las que actúan en el mundo antiguo griego, cuáles en el mundo medieval, cuáles en el moderno? En este punto estoy de acuerdo con Fernández-Galiano y Delgado Pinto acerca de la excesiva unificación de los conceptos en una visión quizá un poco estructuralista de la historia. Por el contrario, desde la metodología a la que apunto, Hobbes y Locke, por ejemplo, se acercan mucho más de lo que parece. Si desde una perspectiva formalista y jurídico-política supraestructural es quizá lícito distinguirlos como absolutista uno y liberal el otro, si seguimos una metodología diferente es posible que los dos aparezcan como defensores de la misma clase social burguesa. Y probablemente ocurriría otro tanto con Rousseau y Kant.

En suma, sería de desear una mayor claridad acerca del concepto clave en estas conversaciones. Sin perjuicio de discutir cómo es posible depurar la voluntad individual para que sea lo más racional y libre posible, es preciso que previamente nos pronunciemos sobre si la soberanía popular constituye un punto de vista válido para entender el pasado y el presente. Yo definiría, asumiendo el riesgo de toda definición, la soberanía popular como la expresión de la voluntad popular, con conciencia de que esta última tiene que ser lo más racional y libre posible. Una clarificación sobre este concepto, sobre si vale o no para entender la historia y, a partir de aquí, el estudio de las resistencias reales e ideológicas que en la misma se han opuesto al reconocimiento de la soberanía popular, ayudaría bastante a entender el pasado.

PONENTE.—Las observaciones que se han formulado utilizan un lenguaje distinto del mío. Lo que yo he querido decir es que hay un proceso ontológico-social, político y aun jurídico continuo que consiste

en la toma de conciencia por parte de los hombres de su finalidad y de su obrar, y de su obrar concretamente como miembros de la sociedad. Esta toma de conciencia es ante todo relación, consenso, ponerse de acuerdo. La doctrina, que se mueve en una línea paralela, construye categorías a las que permanece más o menos fiel (y ésta del pacto es una de aquéllas a las que ha permanecido más fiel a lo largo de su desarrollo, quizá tanto como la de los derechos naturales o del derecho natural) y que tratan de explicar ese fenómeno sin agotarlo jamás, ni siquiera "comprenderlo". La categoría de pacto tiene, —¿por qué no?—, un sentido metafórico, si se entiende por tal el hecho de que se adapta con una cierta flexibilidad a contenidos semánticos muy distintos. Sin embargo, pese al relativismo inevitable de los planteamientos históricos en los que el pacto es expresión de ese fenómeno trascendental, en el sentido de constante, perenne, el significado del pacto, del contrato, tiene una significación sustancial coincidente, a saber, cómo del encuentro entre hombres, miembros de la realidad social va surgiendo un consenso que es ante todo la función de la racionalidad, puesto que hay un juicio de razón en este ponerse de acuerdo para constituir la vida social, y de la libertad. Ahora bien, ese proceso continuo atraviesa por fases heterogéneas. No es lo mismo ponerse de acuerdo sobre el hecho inmediato de la existencia de la sociabilidad que sobre niveles más elevados de racionalidad. Por lo que se refiere al primer nivel de acuerdo, señalaré que parece que incluso cuando se habla de un estado como el hobbesiano del "bellum omnium", éste no es sino una hipóstasis o una figura para explicar la construcción posterior: dado el hecho de la sociabilidad hay un previo ponerse de acuerdo, un cierto consenso o pacto. Este acuerdo va elevándose a exigencias progresivas de racionalidad, de libertad, que van constituyendo primero un orden social, y luego sucesivamente el orden del Estado, el orden del Derecho, aspectos formalizados técnicos del orden jurídico, etc. Al proceso continuo sustancial que corre articulando esos distintos niveles habría que llamarlo pacto o contrato; a fin de cuentas la doctrina en épocas diferentes optó por denominarlo así.

Decir que es una creación del racionalismo, como hacía Fernández-Galiano, no me parece del todo exacto. El racionalismo lo que hace es acuñar una figura muy concreta y específico; pero el fenómeno sustancial, el proceso, venía de antes. Toda la Edad Media es testigo de la idea: Juan de París, en *Tractatus de potestate regia et papali*, habla del "pacto"; Marsilio de Padua no habla de él, pero señala el contenido, el significado sustancial del fenómeno; igual ocurre con Ni-

colás de Cusa; Egidio Romano Colonna, en *De Regimine Principum*, sigue hablando de pacto; está incluso en la *Ética a Nicómano*, libro 8.º, donde, a propósito de la “filia”, hay una insinuación de un consenso que tiene la significación sustancial del pacto. La misión de las categorías doctrinales es la de ordenar, dar una horma o cauce para entender y poder explicar suficientemente un progreso que está dándose de forma perenne (al comienzo de mi intervención hablé de “criterios heurísticos” o, tomando prestada la expresión kantiana, de ciertas “ideas regulativas”, no constitutivas, de la experiencia). Desde este punto de vista se relativiza, en efecto, la figura del pacto, de tal forma que en un determinado momento la noción se somete a exigencias racionales y de expresión del lenguaje. La posición de Olivecrona no nos puede extrañar, puesto que esgrime fundamentalmente una crítica del lenguaje como condición para construir la ciencia; no intenta explicar el fenómeno sustancial y perenne del pacto, sino la expresión científica del mismo con una exigencia de lenguaje que no pudo darse anteriormente.

De Aristóteles a Hobbes hay diferencias esenciales, como las hay del propio Rousseau a Kant, donde corre por cierto una línea mucho más continua. Lo ideal sería ver cómo esta categoría respondió a una fenomenología y a una manifestación de fenómenos de índole sociológica. Ahora bien, al exponer una historia de las ideas yo tenía que optar por una de las categorías centrales, naturalmente junto a otras (no se olvide que he hablado de una “tópica”, es decir, sólo de “topoi”, que, dentro del caos de la fenomenología y de la manifestación de la historia e incluso de los fenómenos sociológicos, puedan establecer un criterio de armonía, de orden, de comprensión de esos fenómenos). Y me parece que, aunque no de forma exclusiva, la idea de pacto o de contrato ha servido a lo largo de la historia del pensamiento, incluso con ese valor relativo y metafórico a que aquí se ha aludido, de cauce para las ideas y de toma de posición ante un fenómeno que está en la entraña misma de la realidad social, política y jurídica. No cabe duda de que hay diferencias y de que este “topos” en que consiste el pacto o el contrato social —ya es sospechosa la vacilación en la terminología: “consenso”, “communis opinio”, “concordantia subiectio-nis eorum”, “confoederatio”, “pacto”, “contrato”...— contiene un núcleo semántico común; no es más que un topos entre otros para explicar cómo esa necesidad de racionalidad y de libertad de la convivencia social va elevándose a distintos planos hasta llegar a los más formalizados de técnica jurídica, o de lenguaje.

Lo que ocurre es que en este proceso se da una verdadera heterogonía de los fines: cuando se pretende el fin de potenciar la racionalidad o la libertad en la convivencia social, se están estableciendo limitaciones o restricciones que frenan o merman el ejercicio de las libertades fundamentales de la persona en su núcleo ético sustancial. Hace un rato distinguía el alcance y la función para la praxis social y política de una categoría como la de dominio frente a la de derecho subjetivo; o, en el terreno del derecho público, la tensión entre "imperium" y "potestas" como un sistema ya formalizado y racionalizado de competencias. Creo que es legítimo el planteamiento de señalar, acercándose a la noción de pacto o de contrato, el hecho de la ascensión por grados o niveles a formas de convivencia social, política o jurídica, cuya raíz en todo caso está en el entendimiento del valor igual de la persona humana y tiene en este sentido una profunda raíz democrática. Y ello sin perjuicio de que al recorrer el proceso encontremos a lo largo del mismo limitaciones, restricciones que obedecen a esa figura que hace un instante definía como heterogonía de los fines: cuando se busca potenciar la libertad puede aparecer todo lo contrario —de aquí las distintas lecturas e interpretaciones de Rousseau: desde posiciones liberal-burguesas hasta althusserianas o francamente marxistas, girando todas ellas en torno a una construcción doctrinal que durante siglos ha tratado de explicar un modo de realizarse las cosas sin agotar la sustancia del proceso.

Una última observación a propósito de la intervención de Díaz García. Es curioso cómo en la Edad Media, más que legitimar un poder soberano que evidentemente todavía no ha nacido, las doctrinas sobre el pacto están jugando un papel decisivo en dos direcciones: están tratando de fundamentar un derecho de resistencia y de evitar en lo posible la arbitrariedad de la legislación por parte del príncipe. Si en las capas o estratos más altos de la construcción pactista prestan al menos este servicio —una lucha contra la arbitrariedad, una justificación e incluso un principio que puede desarrollar reglas para la praxis en el sentido de favorecer la resistencia frente al poder injusto— ya me parece bastante y es el resultado fundamental de las construcciones del pacto en la Edad Media.

Prof. BRUFAU PRATS.—Más que de formular una pregunta se trata de confirmar lo que ha dicho el ponente hace un momento. ¿No serían acaso las teorías medievales sobre el pacto una reflexión sobre la realidad social de su tiempo? Tengo en mente la Carta Magna y sobre todo la construcción política de la Corona de Aragón, precisamente

basada en una relación pactista entre el rey y el pueblo: una pluralidad de fuerzas sociales que se equilibran más o menos y que llegan a un cierto acuerdo. En este caso, ¿no debe la doctrina del pacto su origen a una reflexión sobre esta realidad social, sobre todo en aquellas regiones donde esta realidad pactista es mucho más clara?

PONENTE.—Me parece que, en efecto, éstos son ejemplos en los que las categorías del contrato o del pacto, más o menos explícitas en construcciones doctrinales diferentes, se manifiestan con mayor vigor. Por lo demás, ¿qué significa la idea de pacto o de contrato al margen o antes de toda metáfora? ¿No será acaso una de esas formas últimas del pensamiento a que nos acostumbraron los neokantianos y tras las cuales no cabe buscar más, pero que precisamente por su carácter radical, último, tan estilizado y abstracto, abiertas a contenidos tan relativos, juegan un papel decisivo a lo largo del desarrollo de la doctrina?

Prof. DELGADO PINTO.—Yo seguiría preguntando, sin embargo, al ponente si no reconoce que esta idea de pacto sufre un cambio fundamental con el pensamiento moderno. Es decir, aunque la utilicemos como categoría regulativa, aunque efectivamente encontremos ya en Aristóteles insinuada la idea de pacto como cumpliendo una función de racionalización desde una conciencia de la igualdad fundamental de las personas, esta idea regulativa, modélica y, por tanto, en cierta medida utópica del contrato social, ¿no cumple su función sobre todo desde el momento en que se construye sobre la negación de las desigualdades que la vida social espontánea produce, y precisamente partiendo de la afirmación, aunque abstracta o hipotética, de la absoluta igualdad de todos —cosa que hacen los modernos pero no los antiguos—? Veo aquí una fisura histórica que me parece clave en el papel regulativo que cumple la idea de pacto a la hora de fundar una constitución democrática del derecho y de la sociedad.

PONENTE.—En los niveles que alcanzan en la actualidad en la constitución del aparato político del Estado moderno, fundamentalmente como un Estado de legalidad —desde el nivel actual de toma de conciencia de cómo la racionalidad y la libertad que irradia desde cada sujeto en el orden social y político es un factor constitutivo para la misma experiencia y para la praxis social y política—, me parece que las doctrinas del pacto o del contrato están encontrando un punto de inercia. Están perdiendo toda la carga política, toda la carga ética, todo el dinamismo humano que tuvieron en otros momentos; se están

DISCUSION

tecnificando, están adoptando una serie de formas abstractas y en la misma medida se despolitizan. Al fin y al cabo la mía era una exposición histórico-doctrinal; no afirmarí­a que la categoría del pacto o del contrato sea hoy demasiado ú­til para reivindicar libertades de signo democrático. Precisamente la ú­ltima versión de un consenso de la sociedad o de una conciencia generalizada que se adhiere a la mecánica del Derecho —me estoy refiriendo a la conocida tesis de Niklas Luhmann— está asentada sobre el vacío absoluto y total de todo contenido político. Tal vez la empresa más urgente que debemos acometer para salvar la conexión entre Derecho y libertades democráticas no deba empezar en este momento en el pacto o en el contrato, sino en esos otros estratos de racionalización, de crítica del lenguaje, de crítica de las ideologías, de hermenéutica jurídica. Es decir, creo que debemos empezar de arriba abajo, porque quizá sean aquéllos instrumentos hoy más eficaces y contundentes para explicar el despliegue de las libertades fundamentales que no la invocación del pacto o del contrato. Creo que una hermenéutica o una crítica de las ideologías puede ser en este momento mucho más ú­til que apelar a ese consenso radical fundado en la racionalidad de la libertad; pienso que en cierto modo, desde el nivel en que nos situamos por el mismo proceso histórico —y no hablo de un proceso rectilíneo del progreso, que no tiene ni ha tenido ningún sentido fuera de la “filosofía de las luces”— invocar hoy el contrato o el pacto sería movilizar una serie de supuestos que damos por sabidos y aceptados. Insisto en que quizá convenga comenzar la construcción por arriba.

Prof. OLLERO TASSARA.—Realmente más que una pregunta formularé una invitación al desarrollo de uno de los temas que ha ido sugiriendo el ponente en su intervención y que ha comenzado a desarrollar en su ú­ltima respuesta. Si no he entendido mal, al hablar del paso del *ius* a la *lex* da la impresión de que, así como en el terreno del derecho privado, de la aplicación del Derecho, surge el problema a que me referí en mi comunicaci3n, en el terreno del derecho pú­blico, con una mayor carga política, se produce una p3rdida de esas virtudes ciudadanas que el modelo clásico, apoyándose en una concepci3n muy determinada del mundo, en una concepci3n de sociabilidad natural, de objetividad de los valores éticos, esperaba que fueran aportadas al juego político. Al romperse esa concepci3n del mundo, aparece el intento formalista de dar a la vida social esa base que falta precisamente porque falta la concepci3n del mundo que antes era el soporte. En estas condiciones, ¿considera el ponente que esa p3rdida de aportaci3n de virtudes ciudadanas es algo irreversible y que, por tanto, las cate-

DISCUSION

gorías de pacto y de contrato ya están muertas en la medida en que fomentan la despolitización, el conformismo, como si realmente las formas fueran suficientes para conseguir una efectiva democratización; o considera que hay alguna vía de recuperación de esa aportación humana que pudiera dar un sentido al marco formal del pacto o del contrato?

PONENTE.—La pregunta me invita a concretar algo que acabo de insinuar. La misma praxis política es el único factor decisivo desde un punto de vista democrático para reivindicar, para potenciar, esas virtudes en parte perdidas. Esa sería la primera conclusión. Pero hay otra de signo más pesimista, o al menos menos alentador, y es que el coeficiente sociológico, tecnológico, cuantitativo, en los fenómenos sociales y políticos del presente obliga a un replanteamiento no humanista de esos mismos problemas. En primer lugar, creo que, por lo menos por razón táctica, habría que asumir el significado de esos condicionantes externos de carácter, repito, sociológico, tecnológico, cuantitativo, como por ejemplo la presión de los "mass media". Habría que comenzar por hacerse cargo de esto utilizando los recursos de la teoría de la retórica, de la crítica hermenéutica, con toda la amplitud y el relativismo que eso posee, como base de entendimiento incluso a nivel de exigencia crítica. Sólo después habría que reivindicar la sustancia humanista y ética de las virtudes ciudadanas que, repito, tiene que ser una función que produce la propia praxis política, pero canalizada, condicionada por el empleo de esos otros supuestos y factores de ordenación política. Por ello hace un momento hablaba de comenzar por arriba, por el tejado, ante la situación del presente. Si se trata de encontrar un medio que sea viable en la praxis política y social, hoy nos atrae menos el contenido ético, humano, cultural, incluso el "pathos" afectivo que bañó a las doctrinas del pacto y del contrato, que no categorías mucho más abstractas como la hermenéutica o la crítica de las ideologías o la elaboración técnica del Derecho.

Hace un momento se hablaba aquí de las dificultades de la libertad democrática para acceder y penetrar en un orden del Derecho tecnificado. Me refiero al problema del positivismo legalista, aunque por fortuna ese positivismo legalista es hoy una pieza que está en el índice sistemático de los libros, pero no creo que sea una realidad actual en la epistemología y la metodología del Derecho. Hoy, cuando tanto se insiste en ley *más* derecho, cuando hay una apertura a los principios jurídicos, cuando el proceso de interpretación y de subsunción en nada se parece a la famosa subsunción mecánica, cuando hay una

DISCUSION

categoría de concreción, cuando la valoración por parte del juez está ampliamente admitida, me parece que el positivismo legalista se aleja inevitablemente de nosotros en ese orden de cosas. Pero eso nos fuerza a tomar una posición mucho más elaborada, mucho más construida, para el manejo técnico del Derecho, de la cual pueda resultar en el orden jurídico un despliegue suficiente de libertades y de derechos de la persona humana.

Prof. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR.—Mi intervención se refiere a la comunicación de Ollero, pero ahora encuentra engarce con lo que acaba de decir el ponente. La comunicación de Ollero pone de relieve un problema fundamental en nuestros días como es el de una legitimación democrática del Derecho que supere las fronteras del positivismo legalista, de la filosofía de la ley en la que nos hemos educado. Pero después de haber rechazado la pseudosolución de Bentham, las pseudosoluciones legalistas y al mismo tiempo la solución del uso alternativo del Derecho, no acabo de entender ni de compartir la solución que Ollero ha formulado y que me parece que se diluye un poco vagamente en un terreno abstracto de difícil concreción.

En torno a su solución, puedo sugerir que ciertamente supone para la filosofía del Derecho, ante todo, dar entrada a ciertos temas que por la influencia de ese legalismo hemos dejado degradar. Me refiero en concreto al tema de la constitución de la antigua premisa menor, esto es, de los hechos, en el proceso, en la justiciabilidad del Decreto, que hemos dejado que se degrade en general a un tema procesal, como si no tuviera repercusión a nivel de la teoría general y de la filosofía. Aquí se ha puesto de relieve que es un tema que tendríamos que recuperar. En efecto, tendríamos que recuperarlo, pero imaginativamente con todas sus consecuencias —cosa que sólo se ha hecho, hasta donde alcanzan mis conocimientos, por los realistas americanos—. En este sentido se plantean ciertos problemas: por ejemplo, la forma de designación y constitución del poder judicial, problema éste muy complicado y en el que nuestra imaginación parece que tendría que forzar mucho los límites de la conciencia jurídica moderna. Pero quizá no se necesite tanto esfuerzo de imaginación en otro tema que me ha extrañado no ver en el tratamiento de Ollero y que tiene cierta tradición en nuestro país. Me refiero al tema del jurado. En realidad el jurado cumple o pretende cumplir parte de esa función legitimadora democrática de la justiciabilidad, es decir, de la creación del Derecho en su mayor conexión con la realidad en el momento de la decisión judicial. Al menos esa es la justificación que Holmes e incluso Frank

DISCUSION

—aunque este último críticamente— dan al jurado. Holmes viene a decir algo parecido a lo que se ha dicho de la democracia: que era un mal sistema, pero el mejor de los que se conocen para introducir en la valoración judicial, en la reconstrucción de los hechos, los “standards” sociales, la opinión pública, etc.

Prof. OLLERO TASSARA.—Quisiera discrepar momentáneamente del ponente en cuanto que, en mi opinión, el positivismo legalista dista mucho de estar superado a nivel de la didáctica jurídica. El derecho mercantil y civil que mis alumnos están estudiando tiene mucho de ley y muy poco de jurisprudencia; y mucho me temo que salen de la Facultad convencidos de que el Derecho es la ley. Es cierto, sin embargo, que a nivel de la reflexión filosófico-jurídica es un planteamiento claramente superado.

Por lo que se refiere a la intervención de Hierro diré que explicitar la solución que esbozaba yo al final de mi comunicación requeriría desarrollar toda una filosofía existencial —no existencialista— del Derecho. Me limitaré a algunos aspectos de esta teoría respecto de los temas que se han planteado. Por ejemplo, por lo que se refiere al tema de la constitución de la premisa menor, que en efecto no debe entenderse como un tema meramente procesal: evidentemente no es verdad que primero se interprete el supuesto de hecho de la norma y luego se pruebe el contenido del hecho real del caso, sino que la teoría en que estoy pensando sostiene que se da un juego triple de comprensión, interpretación y aplicación. En clase ponía recientemente un ejemplo banal: sería absurdo, decía yo, pensar que la interpretación del “fuera de juego” en el fútbol consistiese en acudir al reglamento y ver qué dice sobre ello; al contrario, se da realmente una interpretación cuando se trata de ver si el jugador estaba o no en línea con un contrario, o si el balón venía o no de un contrario. En eso consiste interpretar si ha habido un “fuera de juego” y no en leer el reglamento para enterarse de en qué consiste teóricamente el “fuera de juego”. Algo parecido ocurre en la vida jurídica: sin caso concreto no cabe interpretación, porque no hay nada que interpretar. Lo que se interpreta no es la ley, sino un caso concreto al que se busca solución a la luz de la ley. Hay aquí, desde esta perspectiva filosófica, un paralelismo con el realismo americano al que aludía Hierro.

Sin embargo, respecto al sistema del jurado, esta misma postura que sostengo parece descartarlo, porque el sistema del jurado paradójicamente sigue manteniendo una dualidad: sigue pensando que una cosa

DISCUSION

es interpretar la ley, tarea que competiría al perito, y otra probar los hechos, cosa que podría hacer un lego. Yo creo que esa dualidad no existe y que, por tanto, o le damos al jurado, siendo lego, la posibilidad de fallar el caso y volvemos a la justicia del cadí, o tendremos que buscar otro sistema.