

Jesús BALLESTEROS LLOMPART: «Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica», Madrid, Tecnos, 1984, 195 páginas.

Es un libro que ofrece una interpretación actual de los temas que más preocupan al iusfilósofo. Consta de dos partes: la primera subdividida en tres capítulos, y la segunda en cuatro. Contiene además dos apéndices, uno sobre Nietzsche y otro dedicado al sentido del Derecho en la actualidad.

El Catedrático de Valencia parte del intento de superar el Positivismo, como rasgo de la Filosofía jurídica contemporánea, que no puede considerarse «ancilla scientiae». Y destaca cómo la Ciencia moderna se caracteriza por su sobrevaloración del método y la minusvaloración de la verdad objetiva, hasta quedar justificada la crítica de Zubiri: sólo se ha indagado el fenómeno, no su causa, convirtiéndose el científico en un técnico.

¿Cómo se ha llegado a esto? El profesor Ballesteros hace un buen resumen del desenvolvimiento histórico del pensamiento humano desde Maquiavelo y Hobbes hasta nuestros días, subrayando cómo el «economicismo» ha llevado al «vaciamiento del Derecho», al quedar éste reducido al papel de mero instrumento de defensa de la «clase burguesa», tal como se desprende del pensamiento de David Hume y de la Escuela utilitarista (Bentham y Austin), hasta considerarlo como simple «hecho». De ahí las palabras de Austin: «La existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra». Por este camino la Ciencia jurídica ha llegado a prescindir de todo criterio valorativo, a través de las Escuelas realistas (Franch, Hägeström, Olivecrona) y sociológicas (Duguit, Erhlich, Ross). No obstante, también han sido fuertes las posiciones doctrinales tendentes a la reivindicación del deber ser en el pensamiento moderno contribuyendo así decisivamente al desprestigio del Positivismo jurídico. Y tampoco han faltado posiciones doctrinales conciliadoras, de las que son claro ejemplo Bobbio, al destacar el papel directivo del Derecho en la sociedad, y Hart, al subrayar el papel de lo que denomina «normas primarias directivas» en la vida social.

El Positivismo científico, con su «matematización del mundo» y su «voluntarismo» condujo a la Ciencia a una actitud de «ontofobia» en expresión de Ortega y Gasset. Contrariamente, la doctrina contemporánea de la «Natur der Sache», el estudio de las esencias jurídicas, y el recurso a los «principios generales del Derecho» han conducido nuevamente a la ontologización del Derecho; como igualmente ha contribuido a ello la nueva visión del Juez, que ya no es el elemento mecánico que acerca el hecho al Derecho vigente, sino el jurista que interpreta éste acercándolo al hecho controvertido.

A la recuperación de lo ontológico-jurídico dedica el Dr. Ballesteros la segunda parte de su libro. Recuerda las características de la nueva Ciencia: abandono de la primacía metodológica, nueva visión de la Física y de la

finitud del Universo, rechazo de la teoría mecanicista, y recuperación de «lo dado» sobre «lo construido». Todo ello ha contribuido también a una nueva visión de la Ciencia jurídica, más acorde con las esencias; pero lo que más ha contribuido a la recuperación de lo ontológico en el Derecho ha sido el reconocimiento en el ser humano de «algo que le hace trascender cualitativa y esencialmente los límites de la biología animal», es decir, su personalidad. Asimismo, a ello ha contribuido el proceso de no ruptura y de «continuidad» entre Filosofía y Ciencia, que caracteriza al actual proceso gnoseológico.

Por otra parte, la Ciencia jurídica actual no ha podido ya prescindir de «la dimensión valorativa del Derecho», porque no basta el conocimiento teórico de la verdad, sino que la actividad práctica del hombre debe asentarse sobre la rectitud del deseo. «Hay por tanto —afirma el Dr. Ballesteros— cierta correspondencia entre verdad y recto deseo». Lo cual ya fue manifestado por Aristóteles en su *Ética*: «La verdad es obra del entendimiento teórico y del entendimiento práctico. Pero en cuanto a este último, su obra es la verdad (en tanto que factor que decide de la bondad de la acción moral), que corresponde a la virtud del deseo» (pág. 88).

¿Qué es lo que constituye el ser del Derecho? Es la pregunta básica en Ontología jurídica. El profesor Ballesteros la contesta por exclusión: «lo que no puede es reducirse a un hecho, o a algo simplemente acordado por el Estado». Ya Savigny refutó la tesis de considerar a éste como la única fuente del Derecho. Más tarde Gierke insistiría en la pluralidad de origen de las normas jurídicas como elemento esencial de una nueva concepción jurídica y de la función especial del Derecho en la vida social, que no queda absorbida por el Estado, lo que explica que el orden jurídico sea «un orden vital» en expresión de Bergson. Asimismo —añade Ballesteros— hay en el orden jurídico «una dimensión de constancia», que se observa en la experiencia jurídica, y desde antiguo se conoce con la palabra «fides», base de lo justo, como proclamara Cicerón. No puede olvidarse el sentido ético de lo justo. Por eso, los griegos ya establecieron la distinción entre «areté» y «nomos», entre lo moral y lo jurídico. Ejemplo nos da Aristóteles cuando afirma: «La Justicia es la única virtud que parece consistir en el bien ajeno». Con lo cual pondera la nota de «alteridad» o relevancia social de las acciones humanas, una de las características de la norma jurídica, junto a la «reciprocidad» y a la «tipicidad», lo cual supone que el Derecho no se refiere sólo al comportamiento individual, y se refiere también a posiciones genéricas, en las que en cualquier momento pueden encontrarse diversas personas, lo cual, implica que el Derecho juzga tan sólo acciones y no personas. «En definitiva —concluye el profesor Ballesteros—, el Derecho opera siempre con la noción de sujeto de Derecho, que no es plenamente identificable con la de persona, ya que carece, afortunadamente, de medios para indagar la realidad profunda del ser humano, que queda de algún modo ante el Derecho cubierto por una máscara» (pág. 99).

Jesús Ballesteros centra el fundamento ontológico del Derecho precisamente sobre el reconocimiento de la realidad del Derecho Natural. La misma noción de «Natur der Sache» responde a la intención de buscar las estructuras originarias de la vida socio-jurídica, aunque no todos quienes

siguen tal doctrina sean iusnaturalistas. A dicho reconocimiento ha contribuido, en nuestros días, la rehabilitación de la filosofía práctica en Alemania y en Inglaterra, reivindicando la importancia de la tónica y la retórica clásica frente al logicismo deductivista, de lo que resultan claro ejemplo los autores X. Th. Viehweg y Ch. Perelmann. En efecto, a diferencia de los principios metafísicos, los ético-jurídicos presuponen determinadas condiciones y circunstancias, tal cual intuyera Aristóteles y recalcará Francisco Suárez. Desde esta perspectiva, lo que se denomina «concepción normativista del Derecho Natural» puede considerarse como dominante, no sólo dentro del panorama de la Filosofía iusnaturalista contemporánea, sino también del pensamiento clásico. En la búsqueda de «elementos permanentes del orden jurídico», Ballesteros destaca a Coing, Merleau-Ponty y Maihoffer, especialmente a este último, cuando pondera la necesidad de la Antropología jurídica como base para profundizar en el iusnaturalismo.

No se puede tratar de los derechos humanos sin referirse a la plataforma en que se asientan, y no puede ser otra que el Derecho Natural. De ahí que el concepto de hombre sea distinto del de ciudadano, pues su dignidad es anterior a su pertenencia a cualquier grupo social. Así lo han confirmado en nuestros días Popper y Habermas. Por tanto, los derechos humanos deben ser reconocidos por el Estado. No se pueden admitir opiniones tales como la de Jellineck en el pasado siglo, que afirmaba que tales derechos sólo podían concebirse en el seno del «status civitatis»; o la de Carlos Marx, para quien la «emancipación» sólo proviene al individuo cuando éste reconoce a sus propias fuerzas como fuerzas sociales, y no desglosa ya de sí la fuerza social y la política, dentro del contexto de ciudadanía».

La superación del reduccionismo, antes aludido, puede hacerse por vía de la Antropología filosófica. «La Antropología filosófica de Heidegger —escribe Ballesteros— está al abrigo de cualquier riesgo de antropologismo» (pág. 121). Su «Daseinanalysis» resulta fundamental para una elaboración de la Ontología estructural del existir humano. Para Heidegger, el hombre es tal en la medida que acepta que no es el ser, ni su señor, sino sólo el guardián de su propio ser. Es más, la cultura humana se sustenta sobre dos pilares: la dominación de las fuerzas naturales y la coerción de nuestros impulsos. También Freud señaló el peligro que existe en desencadenar los instintos socialmente perniciosos, recomendando su corrección en su teoría psicoanalítica.

Dentro de nuestra responsabilidad como guardianes de nuestro propio ser Heidegger distingue dos aspectos, que él denomina «Besorge» y «Fürsorge», es decir, el cuidado sobre nosotros mismos, y el cuidado sobre los otros, subrayando la importancia de la culpabilidad, y resaltando la tendencia de responsabilizar en los demás culpas que son propias. La valoración del Derecho aparece allí donde aparece la paridad ontológica entre el «yo» y «el otro»; la fundamentación última del «Estado de Derecho», «no radica en otra cosa que en sustraer a la voluntad cambiante de los gobernantes un núcleo permanente de principios e instituciones, fundamento de todo orden jurídico, y que giran en torno a la dignidad de la persona humana y al reconocimiento de sus derechos» (pág. 131). De ahí la importancia de la «du-

rée», de la «diacronía», «de lo permanente» que tanto abogaron Bergson, Hauriou, Renard y Husson; de ahí también la importancia de la idea de «Augenblick», de Heidegger, como momento actual, abierto al pasado y al futuro.

El sentido del Derecho requiere, además del estudio antropológico en el sentido indicado, el estudio analítico de la sociedad y sus estructuras. Aquí el Dr. Ballesteros distingue tres planos: a) fuerzas productivas; b) autogobierno político; c) estructuras institucionales y tradiciones populares. Lo que actualmente parece evidente —afirma— es que «la Política ha dejado de ser un fenómeno de superestructuras, con lo cual resulta anticuado una parte importante del esquema marxista» (pág. 142). Por eso propugna superar el «estatalismo», con mayor respeto hacia la persona, y con el planteamiento que hace Bell, si se quiere una valoración positiva del Derecho.

El último capítulo de esta segunda parte lo dedica a la relación entre Filosofía y Ciencia del Derecho. Su conexión es patente. «Conceptos tales como lealtad, confianza, buenas costumbres, equidad, arbitrariedad, sin los cuales no hay Derecho que pueda funcionar, nos recuerdan precisamente esa conexión» (p. 149). Tomar pues, conciencia de las verdades implícitas en la Ciencia Jurídica será la tarea de la Filosofía del Derecho; así como «ayudar a los juristas a tomar plena y exacta conciencia de su instintiva fe en el significado ontológico de las realidades y de las instituciones que estudian, a más de plantear y precisar el sentido del Derecho para la vida total del hombre» (pág. 151).

En el primero de los indicados Apéndices, se justifica el estudio de Nietzsche en cuanto «El hombre contemporáneo muestra muchos de los rasgos del pensar de aquél, como apologista de la voluntad de poder». Si se añade su concepción de un mundo sin culpa, se comprende el lema que al filósofo alemán le era más grato: llega a ser quien eres, más allá del bien y del mal, en el seno de una concepción lúdica de la existencia.

En el segundo Apéndice, Ballesteros concluye que son tres las respuestas que pueden darse sobre el sentido del Derecho: la utilitarista, la marxista y la personalista, optando por ésta última. De entre sus conclusiones destacan las siguientes: «El Derecho viene en definitiva a institucionalizar la fidelidad humana en cuanto afecta a terceros». «El Derecho constituye un elemento personalizante, ya que contribuye a consolidar la continuidad personal»; y más aún, «Aparece como salvaguarda de los otros contra mis posibles deserciones» (p. 190).

Tal vez resulten cortas tales conclusiones. Cabría insistir en cómo resulta personalizante el Derecho; y preguntar, ¿cómo puede ser salvaguarda contra mis posibles deserciones, sin ser también salvaguarda de las deserciones de los otros para conmigo? Y si contribuye a consolidar la continuidad personal, se requiere precisar los dos aspectos de la persona: el de la propia vocación y el de la relación con los demás.

En resumen, el libro del Dr. Ballesteros, buena muestra del estudio y reflexión del mismo, es doblemente interesante: para los iusfilósofos, por el redescubrimiento de la persona humana en orden al sentido del Derecho, la referencia al psicoanálisis en su aspecto jurídico, y la crítica de la sociedad

actual en trance hacia el postmodernismo. Para el estudiante de nuestras Facultades, en tanto le pude orientar para el más profundo conocimiento del fenómeno jurídico. Un estilo correcto y claro, pese a los numerosos vocablos técnicos empleados, y una cuidada bibliografía (no exenta de algún error) permite tal posibilidad. Lo pude comprobar prácticamente en el pasado Curso.

Ismael PEIDRO PASTOR

Pietro BARCELLONA: «I soggetti e le norme», Milán, Giuffré, 1984, 202 páginas.

Se publica este ensayo de P. Barcellona justo una década después de su *Stato e giuristi* (escrito en 1974 junto a G. COTTURRI y traducido al castellano por J. R. Capella en 1976 con el título de *El Estado y los juristas*). Nos parece oportuna esta mención porque, de los cuatro capítulos en los que está dividido el libro que vamos a comentar, el primero —y también los otros en muchos aspectos— puede considerarse una prolongación de aquél. En efecto, si en *Stato e giuristi* se pretende pasar revista a las cuestiones más candentes de la cultura jurídica italiana de los años 60 y principios de los 70, precisamente el primer capítulo de este nuevo libro lleva por título *La cultura giurídica al tornante degli anni'80*.

Opina Barcellona —y ésta sería la hipótesis que nos avanza al comienzo de su trabajo— que los últimos años han sido testigos de una importancia tal en la temática-imán del debate jurídico italiano que, para pensar en algo parecido, se haría menester sobrevolar odo lo que llevamos de siglo. Serían los cimientos mismos del sistema de la democracia representativa tradicional los que se tambalarían al ponerse en tela de juicio cuestiones como las del *fundamento* del poder normativo, la teoría de las *fuentes*, y las nociones mismas de *norma* y de *normatividad* (Para este autor, en estos términos —y no en los de la problemática que rodea al tema de la interpretación de la ley— se habría planteado el debate italiano, por ejemplo, por parte de *Magistratura Democrática*). No resulta difícil caer en la cuenta de que, para Barcellona, en los últimos años se está discutiendo sobre la crisis de *legitimación* (y, con ella, de *legalidad* y *legitimidad*) del sistema. Ahora bien, puesto que es consustancial a la labor del jurista una función legitimadora (junto a otra de carácter técnico-científico), la crisis de la forma tradicional de legitimación del sistema llevará aparejada —según tesis de este autor— la crisis de una ciencia jurídica basada en las respuestas ofrecidas por el kelsenismo y el positivismo lógico de la segunda y tercera décadas del presente siglo. Para fundamentar esta tesis Barcellona realiza un *scursus* histórico para el que parte de la asunción de la siguiente premisa teórica: la labor de legitimación (que el jurista desempeña a través de la «reconstrucción del sistema») conlleva un modelo de «racionalidad jurídica». En los tiempos del Estado de derecho liberal la racionalidad jurídica se concebía como la expresión del orden (*nómos*) objetivo de la naturaleza al alcance del sujeto (en nuestro caso del jurista), que lo tomaba en consideración para la elaboración de las leyes positivas a fin de conciliar la *ratio* y la *voluntas*. Sin embargo, llega el