

Alejandro GUZMÁN BRITO, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano* [The Global Law Colletion: Legal Studies Series, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, España, 2005], 477 pp.

1. La Cátedra Garrigues de Derecho Global de la Universidad de Navarra ofrece al lector un libro ciertamente sólido y contrastado en su *Legal Studies Series*, integrada en *The Global Law Colletion*. Su autor, el Profesor Alejandro Guzmán Brito, catedrático de Derecho romano de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y académico numerario de la Academia Chilena de la Historia, recoge en este volumen siete estudios sobre los conceptos de acto, contrato, negocio y causa en la tradición jurídica europea e iberoamericana, publicados anteriormente por separado, a excepción del último, hasta ahora inédito.

La obra consta de dos partes (aunque el autor no las haya consignado), diferenciadas tanto por su origen como por su contenido, si bien unificadas por una misma temática: los cuatro primeros capítulos, resultado de un proyecto de investigación común, indagan en los orígenes históricos de los conceptos clave para elaborar una teoría general del contrato o del negocio jurídico; los tres restantes, elaborados por separado, inciden en uno de los elementos más controvertidos de la doctrina del contrato: la causa.

Como el propio autor advierte en el prólogo, la naturaleza de los diversos trabajos, formalmente concebidos como distintos, hace inevitable ciertas repeticiones. Con todo, estas son bien recibidas por el lector, pues le permiten contrastar conceptos e ideas desde perspectivas diferentes.

2. En el primer capítulo (*El vocabulario de la negociabilidad jurídica en el Derecho Romano*), el autor afirma el origen romano de los términos *actum*, *negotium*, *conventio*, *pactum* o *pactio* y *contractus*. No se refiere, en cambio, a las expresiones *negotium iuridicum* o *actus iuridicus*; por considerar que estos términos no fueron utilizados por los juristas clásicos para elaborar una teoría general del negocio; construcción dogmática moderna extraña al pensamiento jurídico romano, como ya advirtió Álvaro d'Ors.

Con los capítulos segundo (*Los orígenes históricos de la teoría general del contrato*) y tercero

(*Los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídicos*), el autor muestra el modo en que surgieron las dos grandes construcciones sistemáticas sobre las fuentes de las obligaciones: la "teoría general del contrato" y la más general y abstracta "doctrina del acto o negocio jurídico".

Respecto de la teoría general del contrato, se pueden rastrear formulaciones entre los juristas medievales, e incluso antes, en el esquema gayano-justiniano de la estipulación. La primera formulación moderna corresponde a Luis de Molina, aunque referida todavía solo a las *promisiones*; influido por Molina destaca la figura de Hugo Grocio, quien a su vez influyó en Samuel Pufendorf, con el que el esquema quedó sustancialmente trazado, siendo, sin embargo, Robert-Joseph Pothier quien sistematizó de manera definitiva la teoría general del contrato, liberada ya del filosofismo de sus predecesores.

La construcción general de la doctrina del acto o negocio jurídico es, por el contrario, muy posterior; comienza con el humanista François Connan, quien identificó el tercer miembro de la famosa tricotomía gayana de "personas, cosas y acciones" (Gayo 1.8: *omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*) con los actos de la persona, en vez de con las acciones personales, como era tradicional. Esta nueva tricotomía se difundió entre algunos representantes del *mos Gallicus*, así como en otros autores, y llegó al iusnaturalismo tardío y a la pandectística. Según parece, el jurista de Rostock, Daniel Nettelbladt, fue el primero en añadir a los términos *actus* y *negotium* el calificativo *iuridicus* (*um*), que desde la época romana se usaba exclusivamente con referencia a lo procesal, y dio carta de naturaleza a una parte general (*Allgemeiner Teil*) que contrapuso a la especial. En la doctrina del negocio jurídico fue decisiva la obra de Friedrich Carl von Savigny, en la que se estudia de forma unitaria y detallada la problemática de este concepto jurídico. Esta labor de estudio analítico fue continuada por los Pandectistas.

La doctrina del acto o negocio jurídico triunfó en Alemania y se plasmó en los códigos germánicos, en especial en el *Bürgerliches Gesetz-*

buch de 1900. Sin embargo, no caló en la jurisprudencia francesa de los siglos XVII y XVIII, de modo que el *Code Civil* no contiene una parte general, no utiliza la tricotomía de personas, cosas y actos, y le son extrañas las expresiones de “acto jurídico” y de “negocio jurídico”: la terminología iusnaturalístico-pandectista solo penetró en la ciencia jurídica francesa a partir de los trabajos realizados con motivo del código alemán, donde se impuso el término *acte juridique* para trasladar el alemán *Rechtsgeschäft*.

Como colofón de esta primera parte del libro, el autor analiza en el capítulo cuarto (*El vocabulario de la negocialidad jurídica en las codificaciones americanas*) la influencia de estas dos tradiciones en los códigos americanos más influyentes: el código civil de Chile, el de Brasil y el de Argentina. Estos dos últimos se sometieron a la doctrina pandectista del acto o negocio jurídico, si bien el argentino carece de una parte general. Por el contrario, el código chileno debe encuadrarse sistemáticamente en la tradición del contrato, aunque desde el punto de vista terminológico pertenezca a la tradición del acto. El autor del libro resalta dos importantes consecuencias de estos resultados: *i*) la idea de una generalizada introducción e influencia del código francés en América es una afirmación simplista que debe matizarse; y *ii*) la doctrina pandectista del negocio jurídico cristalizó en América antes que en la legislación de la propia Alemania.

3. La segunda parte de la obra se inicia con un extenso capítulo quinto (*Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos, en la codificación europea y americana*) relativo a la evolución de los distintos conceptos de la causa en la tradición jurídica europea y americana. Como se desprende de la propia redacción, el trabajo inicial era de alcance más limitado: la causa en el código civil chileno y en sus proyectos, y, como elemento de contraste, en el francés y en otros códigos civiles y europeos.

Al tratar el tema de la causa, el autor señala cuatro grandes categorías de códigos: *i*) aquellos que exigen la causa como condición de validez del contrato (el código italiano de 1942); *ii*) los que exigen la causa como elemento de la obligación (el código argentino); *iii*) los que uti-

lizan la causa como condición del contrato y como elemento de la obligación (el código francés); y, *iv*) aquellos que suprimen la idea de causa (caso del código suizo).

Una vez examinada la legislación, el profesor Guzmán Brito repasa el sentido de causa en la jurisprudencia romana, en la jurisprudencia medieval y en la jurisprudencia moderna. Sus conclusiones son claras: *i*) los juristas romanos utilizaron numerosas acepciones del término “causa”, si bien, influidos por el pensamiento estoico, siempre referidas a la llamada “causa eficiente”; *ii*) los medievales consideraron además la causa con un sentido final, como elemento de algunos contratos (en particular, de las estipulaciones y de los contratos innominados; no, en cambio, de los nominados); y, *iii*) los juristas modernos influidos por el humanismo extendieron la idea de causa a todos los contratos (así se reflejó en el código francés), mientras que el iusnaturalismo, más consecuente con el moderno principio consensualista, la suprimía para todos (como aconteció en los países germánicos).

El desarrollo histórico de la teoría de la causa parte de los conceptos *dare (stipulatio) ob rem* y *dare (stipulatio) ob causam*; su nítida distinción clásica (cfr. Pomponio, D. 12, 6, 52; Paulo, D. 12, 5, 1 pr) ya aparece desfigurada en diversos textos justinianos en los que, el término “causa” deja de ser un simple motivo personal y subjetivo, no deducido en condición y jurídicamente irrelevante, para significar la *datio vel factum* inicial como fuente de la obligación de devolver lo recibido o de cumplir la contraprestación (cfr. Paulo, D. 12, 6, 9 pr), de manera que su falsedad o frustración permita repetir lo dado con la *condictio* (o, si se trata de una estipulación, faculte para ejercitar la *exceptio doli* o, en su caso, la *condictio liberationis*). Con todo, la variación terminológica de los textos justinianos no implicará todavía el tránsito a la causa final.

Los glosadores identificaron el *dare ob causam* (denominado ahora *dare ob causam impulsivam*) con la donación (un tipo de contrato nominado) y el *dare ob rem* (ahora *dare ob causam finalem*) con los contratos innominados del tipo *do ut des* o *do ut facias*, en los que operan dos causas: *i*) la eficiente, que es la *datio vel factum* inicial; y, *ii*) la final, lo que se espera que dé o haga la parte que recibió la cosa (expresada con

el *ut des, ut facias*). Los canonistas suprimieron la causa eficiente al dejar de exigir una *datio* o *factum* efectivamente ejecutados, lo que terminarían por aceptar los civilistas.

Finalmente, movidos por su afán sistematizador, los juristas modernos extendieron a los contratos nominados la noción medieval de *causa finalis* de los innominados, unificados ambos bajo la forma de contratos onerosos. Asimismo aplicaron el concepto de *causa impulsiva* de los contratos innominados y de las estipulaciones a los contratos gratuitos. Esta tesis insinuada por Domat fue consagrada por Pothier, quien trató de conciliar el consensualismo con la tradición del *ius commune*. Por mera traslación pasó a ser causa del contrato lo que era de la obligación o de la promesa.

En realidad —señala el autor—, esta doctrina de la causa nació obsoleta y solo se mantuvo por el prestigio y la fuerza expansiva del *Code Civil*; el modelo correcto era el del iusnaturalismo, que prescindía de la causa como elemento del contrato. La doctrina de la causa siempre estuvo en relación dialéctica con el problema de si el solo consenso genera obligaciones; una vez aceptado el principio consensualista, la causa se hizo innecesaria.

Los capítulos séptimo (*La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual*) y octavo (*La doctrina de la "consideration" en Blackstone y sus relaciones con la "causa" en el "ius commune"*) son complementarios del anterior. En el primero de los capítulos citados, el autor señala a Luis de Molina como precursor de la doctrina iusnaturalista que prescinde de la causa como elemento del contrato, una vez aceptada la noción de contrato consensual como suficiente para generar obligaciones, sin necesidad, pues, de añadirle el elemento causal adicional. Asimismo, conforme a la doctrina canónica que admite la *causa non impleta*, Luis de Molina suprime las distinciones medievales de contratos nominados e innominados, y de pactos nudos y vestidos.

En el último capítulo del libro —que constituye un homenaje al profesor Giuseppe

Gandolfi por su contribución a la unificación del derecho privado europeo—, el profesor Guzmán Brito advierte que Blackstone se sirvió de la doctrina de la causa en su doctrina de la *consideration*, rechazando así el prejuicio generalizado de que el *common law* ha sido inmune al influjo del *civil law*. Así, el autor del libro señala diversas equivalencias entre la doctrina contractual de Blackstone y el *ius commune*: i) el *contract* se corresponde con el *pactum vestitum*, y el simple *agreement* sin *consideration* con el *pactum nudum*; ii) la división de la *consideration* en *valuable* y *good consideration* equivale respectivamente a la causa de los contratos innominados y a la *causa impulsiva (liberitas)* del derecho canónico; y, iii) la *executed* y la *executory consideration* en que se divide la *valuable consideration* recuerda la causa de los contratos innominados como contraprestación, según la distinción civil (*causa impleta*) o canónica (*causa non impleta*).

4. Encomiable es la metodología rigurosa del autor basada, a mi entender, en tres criterios esenciales de cualquier trabajo histórico y de derecho comparado: el uso de las fuentes, si bien obvio, con frecuencia olvidado; la distinción meticulosa de los diversos niveles de análisis, terminológico, sistemático y conceptual, y la comparación interrelacionada de las diversas fuentes que permite observar la originalidad y la específica aportación de cada texto y autor, así como las respectivas influencias.

En definitiva, esta valiosa obra resultará, a mi entender, imprescindible para todo estudio posterior del negocio, del contrato y del acto jurídico, así como de la cuestión de la causa. Sin duda, este trabajo facilitará una mejor comprensión de nuestro derecho y de nuestra tradición jurídica, y contribuirá de modo importante en la armonización de los sistemas jurídicos y en la construcción de un derecho global, objetivo de la colección en que se ha publicado el libro.

PABLO GÓMEZ BLANES
Universidad de Navarra, España

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena: *Delitos contra la función pública. El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, 498 pp.

En su *Crónica de Derecho penal hispanoamericano de los años 1958-1959*, Jiménez de Asúa lamentaba que, habiendo en Chile juristas de mucha eminencia, su producción jurídico-penal era más bien escasa¹. No es esta la ocasión de adentrarnos en las causas del fenómeno, cuyas formas cíclicas de manifestación llegan hasta nuestros días, ni en la impronta de inseguridad que deja en la marcha de la legislación y la jurisprudencia. Aquí hemos de contraernos a señalar, al hilo de ese autorizado juicio, que el cultivo del Derecho penal, doquier ocurra, está sometido a tres condiciones básicas.

Ante todo, el medio político. Como ninguna ciencia, arte o concepción filosófica puede florecer, difundirse o ser discutida en un ambiente de opresión, tanto menos facilitada resultará la empresa de cara a una disciplina que versa sobre graves resortes del poder estatal y la posición jurídica del individuo al interior de la comunidad. Siendo así, no es difícil explicarse el estado de postración en que quedó sumida la ciencia penal chilena durante los años de un régimen de lúgubre memoria. La efímera primavera del decenio que lo precedió, cuyos productos espirituales, en áreas muy diferentes del saber, merecieron el elogio del criminalista madrileño con referencia a su especialidad científica², había pasado para volver las cosas al yerto punto de partida. Y puesto que los gobiernos de aquel jaez muestran su faz verdadera y nunca campan con más vigor, sino después de su ocaso, tampoco mueve a extrañeza que cierta mentalidad unidimensional, como su funesta herencia, conspire entonces contra los supuestos de la investigación universitaria –rigor, libertad de criterio y completa, desinteresada entrega al trabajo intelectual– y coarte la libre apreciación pública de su rendimiento, allí donde aquella manera de ver permite que estos resultados circulen.

Seguidamente, la estructura y misión universitarias, que podríamos describir en la caracterización de Max Weber: la enseñanza y el aprendizaje científicos solo pueden ser entendidos como un fenómeno de aristocracia del espíritu. Cuando no se cuida hasta en lo mínimo la selección del profesorado y de los estudiantes, ni se dota al uno y a los otros de los medios de variado orden –primero entre todos, la independencia especulativa y su soporte mecánico, la autarquía pecuniaria– que precisan para desarrollar su labor, pues no cabe esperar otra cosa que una situación que en el mejor de los casos será de juegos pirotécnicos y, en el peor, de improvisación, desorden y abatimiento.

Por último, la vocación. Algo peculiar existe en la vocación universitaria, a la que hacen parangón aquellos estados que asimismo suponen en quien los ostenta la total entrega de la personalidad, la supeditación e incluso sacrificio de otras actividades y aspiraciones vitales, la íntima persuasión de que todo esto debe ser así y, en fin, la aceptación de estas circunstancias como algo natural. En síntesis, que el interesado se consagre a aquello que siente como objeto de un llamamiento, dedicándole con esmero y ardor el núcleo fundamental de sus desvelos, sin otro norte, tratándose de la ciencia, que el afán de aprender y de comunicar lo aprendido.

Como estos requerimientos políticos, universitarios y vocacionales, resumidos en las ideas de autonomía, sed de conocimiento y sobria afirmación de la individualidad, están aún pendientes de cabal y generalizada realización en el Chile actual, se comprenderá que el panorama ofrecido por su ciencia punitiva sea insatisfactorio. El grado de elaboración dogmática de nuestras instituciones es discreto, sobre todo las que articulan el catálogo de las figuras delictivas, y aún más modesto el circuito de publicaciones

¹ La Crónica está recogida en *El criminalista*. Segunda serie, 10 vols. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, t. VI (XVI de toda la colección), 1964, cfr. pág. (139-211) 174.

² Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Prólogo a la obra de Bustos, GRISOLÍA y POLITOFF, *Derecho penal chileno*. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Ediciones Encina, Ltda., Santiago de Chile, 1971, págs. (7-15) 8-9.

monográficas, a falta de las cuales la reforma global del ordenamiento, tarea que únicamente puede sobrevenir tras hondos y múltiples trabajos preparatorios –todos los que permitan las posibilidades del país–, está condenada a sufrir serios tropiezos³ y al riesgo de perderse por derroteros que pueden resultar muy peligrosos: téngase presente que azar y decisionismo atormentan hoy, en el entero mundo occidental, el noble afán de mejorar sus legislaciones penales o el coraje civil de intentar salvarlas de los estropicios que están al acecho. Esto, sin nombrar que, en el ínterin, estudiantes y abogados siguen ayunos de la formación y las orientaciones que requieren y deben demandar de sus profesores para un manejo inteligente del Derecho en vigor.

Por fortuna, hay excepciones. Son estas las que contribuyen a mantener en pie el maltrecho sistema universitario, así como el entramado de relaciones sociales que pende de él. La obra que comentamos, en el doble sentido de creación y actividad creadora, es un excelente ejemplo de nuestro aserto.

Comencemos por esto último, el quehacer configurante. El profesor Luis Rodríguez Collao, merced al apoyo de las autoridades de la Corporación en que trabaja con dedicación de tiempo completo y a una inquieta labor personal, proseguida sin interrupciones por espacio de varios lustros, ha conseguido organizar un grupo de investigadores que planifica pausadamente y ejecuta a tiempo sus proyectos, en silencio, sin ansias de lucimiento, ganancia o prestigio. Este libro es fruto de aquella función de liderazgo espiritual, uno capaz de imprimir un sello en su entorno y que, simultáneamente, estimula a quienes le colaboran a la conquista del pensamiento propio. Otras obras nacidas de su pluma y del ingenio de sus discípulos demuestran que no estamos ante una tendencia o un hecho episódicos, sino un trabajo sostenido, que en el presente libro alcanza formas maduras, de sazón y perfeccionamiento. Lo ha escrito al alimón con la joven profesora María Magdalena Ossandón Widow, en lo cual se asociaron, para el conte-

nido de ciertos capítulos, a los también mozos profesores Guillermo Oliver Calderón y Juan Francisco Rivera Castro.

El tema escogido se enlaza con lo que antes esbozamos acerca de los supuestos de la profesión universitaria. Los ataques contra las Administraciones pública y de Justicia, mancomunados por los autores bajo la designación genérica de delitos contra la función pública, jalonan momentos decisivos de la evolución de la dogmática penal y su trasfondo político. Basta recordar que en los orígenes de la elaboración sistemática de las infracciones criminales en particular y de la llamada “Parte general de la Parte especial”, está inscrito el estudio de Erik Wolf sobre *El emplazamiento de los delitos contra la Administración en el sistema del Derecho penal*, y que la muy posterior teoría de los delitos de infracción de deber –de la que nuestro libro obtiene razonado provecho (cfr. págs. 103-119)–, se fraguó parejamente, en buena medida, al calor de delitos análogos. Sus dificultades técnicas son considerables, tanto por su complejidad intrínseca, ya que los objetos de tutela tienden a divorciarse de las categorías con que se estudian los hechos ofensivos de bienes de titularidad individual, cuanto porque el respaldo doctrinal es en ellos mucho más exiguo que lo acostumbrado en Chile. Acometerlos en su conjunto representa, pues, una apuesta mayor, con la correspondiente inversión de largas jornadas de pesadas labores, desde la selección del aparato bibliográfico extranjero, que es aquí impresionante, la confrontación de las interpretaciones existentes y la construcción de los conceptos, hasta el ajuste de la estructura global en el marco de un sistema.

Otra observación preliminar nos acerca a aquello que más valorará el lector en la obra, o sea, el producto configurado. Al análisis menudo de los delitos los autores anteponen un extenso estudio de la corrupción como fenómeno y como hecho regulado jurídicamente, y otro relativo a la función pública en cuanto materia de protección penal. Si lo primero dota al libro de la indispensable base criminológica, que pone al desnudo los factores, manifestaciones y devastadores efectos de un agente ubicuo, que corroe de anti-

³ Según advierte HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas*, en la revista *Persona y Sociedad*, de Santiago de Chile, volumen XVIII, número 2 (*El sistema jurídico en Chile*), agosto de 2004, cfr. págs. (213-235) 219 y 233.

guo toda suerte de sociedades, en sus diversos estratos y esferas de actividad, y lo segundo deja en evidencia las estrategias seguidas en los planos interno e internacional con miras a encarar ventajosamente el temible espectro, en ambos aspectos los profesores Rodríguez Collao y Ossandón hacen gala de aquella indispensable independencia de criterio que ha de ser exigida al científico, máxime en los tiempos que corren. Meditaciones económicas, sociológicas, políticas y administrativas, perfectamente amoldadas a la persuasión de que el Derecho penal está lejos de poder resolver cualesquiera problemas colectivos, siendo tan solo, como la guerra, el último recurso de una sociedad jurídicamente organizada, les mueven a poner en guardia al lector frente a la creencia indocta y, en su caso, el talante oportunista de que la sola magia de las palabras del periódico en que se publican las leyes conjurará el ingente problema, en circunstancias que solo una modificación del ambiente cultural y el realce de la estimación popular, de la dignidad del servicio público en el magín de la nación, amén de ciertos substitutivos penales, son capaces de corregir las prácticas torcidas y de drenar el cieno en que brota, como las plantas palustres, la corrupción.

Sin ceder a las seducciones de llamada Escuela de Francfort, los autores prohíjan una concepción antropocéntrica de los bienes jurídicos, por modo que aquellos de titularidad colectiva, cuya entidad admiten, no se aparten de los individuos por cuyos intereses debe velar el Estado. La función pública, concebida como la correcta operación de los órganos que la componen, está al servicio de los ciudadanos (cfr. pág. 100). Medios y fines concretos de gobierno y jurisdicción pertenecen, a fin de cuentas, a cada uno de los administrados en particular, siendo de advertir que incluso la expresión “administrado” debiera desterrarse del lenguaje jurídico, si es verdad que oculta una cosificación de la persona y, a la vez, una personificación del Estado. Por lo demás, el capítulo sobre la esencial cuestión del bien jurídico genérico de estos delitos, dividido en sus especies administrativa y jurisdiccional, marca ya una especial postura metodológica, típica de la Jurisprudencia de los valores, de que se hace generoso empleo a lo largo de las páginas propiamente dogmáticas del volumen, con sus frecuentes reducciones teleológicas de problemas

generales de esta familia de maleficios o peculiares a algunos de ellos. Si, en nuestra opinión, el apartado sobre el concepto de empleado público en materia penal deja algunos cabos sin atar a resultas de una preferencia acaso excesiva por la teoría de la función (cfr. págs. 119-125), en otro nudo general, el de la codelinuencia, nada importante queda huérfano de argumentado tratamiento. El recelo de los penalistas porteños en orden a imputar a partícipes *extranei* las penas de ilícitos que nadie más que un funcionario podría perpetrar, ya se los maneje como delitos especiales propios, ya como delitos de infracción de deber, merece plácemes (cfr. págs. 125-143). Con razón insinúa el libro que aquí la palabra decisiva no la tiene el dogmático, sino el legislador del futuro.

Yendo a una visión panorámica de las variedades delictuosas, no es casual que su examen principie con las que vulneran la Administración de Justicia, un bien que toda mentalidad liberal apreciará en mayor medida que la general gestión de los poderes públicos. A renglón seguido de un soberbio acotamiento conceptual de la jurisdicción como objeto de tutela, deudor de aquel pensamiento que identificó y aquellos empeños prácticos que separaron los poderes de la entidad estatal, o sea, el Iluminismo, los autores, conscientes de las dificultades opuestas por la materia a una adecuada clasificación de los delitos que la ofenden —una de las tantas escolleras en que han naufragado las ordenaciones científicas de la Parte especial—, optan por desplegarlos de acuerdo con la calidad del sujeto activo, si quiera el molde tradicional de distinguir los ataques surgidos al interior de la judicatura respecto de atentados que la embisten en su silueta, se fracciona en una tricotomía, de linaje funcionalista, que distingue posiciones institucionales (propias de funcionarios judiciales y ciertos particulares, como profesionales o testigos), deberes especiales y organización de la esfera individual de libertad (cfr. págs. 177-179). En el fondo, se trata de sendas flexiones del bien jurídico específico del grupo, ahora desplegado en objetos o funciones subespecíficos.

Así en el mundo de los conceptos jurídicos como en el de su aplicación práctica, la prevaricación ministra una perspectiva privilegiada de apreciación del pulso político y jurídico de un

país. La independencia íntima del Poder Judicial, la calidad de la argumentación jurídica, la formación intelectual e integridad moral de los encargados del *ius dicere*, el entero espectro de la tutela jurisdiccional del Derecho: de estas y otras facetas sale fiador el régimen de los tipos y su resonancia en la experiencia cotidiana. Resulta, pues, muy indicado que los autores les concedan una atención que no habían recibido hasta la fecha en el circuito vernáculo. Al respecto, me temo que no resulta enteramente convincente la afirmación de que el objeto de la prevaricación judicial propiamente dicha sea la ley (cfr. pág. 195), criterio que excluye las demás fuentes de conocimiento de las normas jurídicas y pasa por alto la posibilidad de compendiar en una unidad conceptual –el Derecho– la aparente contradicción de los giros “*fallar contra ley expresa y vigente*” y “*dictar sentencia manifiestamente injusta*”. De hecho, un comentario asaz certero, que se lee en página 199, avala nuestra prevención: “No hay decisión prevaricadora si se ha optado por una *interpretación justificable teóricamente*, según los métodos admitidos por la ciencia jurídica, aunque sea una interpretación absolutamente minoritaria. Pero sí la hay en los supuestos en que, pese a mantenerse dentro de los límites del tenor literal o de lo formalmente posible, el juez ha infringido su deber de observar los métodos jurídicos y reglas procesales para lograr una efectiva realización del Derecho”. En consecuencia –y el corolario que se extrae evoca la doctrina de Henkel acerca de los principios jurídicos regulativos⁴–, también los espacios de discrecionalidad que deja la ley al juzgador y los conceptos indeterminados que este debe precisar (cfr. págs. 200-201), plantean a la capacidad del órgano judicial la delicada tarea de dar concreción a la voluntad abstracta del Derecho, precisamente allí donde sus amanuenses no fueron capaces de pensar hasta el límite los problemas o la temida cláusula general era ingénita a la naturaleza del asunto.

Un vivificante soplo de libertad y de apego a la legalidad anima los acápites dedicados al falso testimonio y a un delito de reciente intro-

ducción al Código, la obstrucción a la justicia. En una organización política liberal el ciudadano privado está a salvo de un deber genérico de colaborar con jueces, alguaciles y corchetes. Dicen con verdad Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón que, antes bien, ese deber reside en no entorpecer a la jurisdicción, aunque tampoco en todos los casos (cfr. pág. 265). Por lo mismo, si se es llamado a comparecer como testigo, este falsea la declaración declarando embustes o negando lo verdadero, mas no con simples reticencias. El silencio, que omita el testigo ciertos pormenores en su declaración, tampoco lo convierte en reo de testimonio falso (cfr. pág. 250). De lo contrario, se fomenta la pereza judicial y se confiere poderes asombrosos a la falible memoria de los seres humanos. Del mismo fundamento procede “que no es posible considerar que cualquier conducta que entorpezca o contraríe el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, particularmente en el ámbito criminal, pueda reputarse delito de obstrucción a la justicia” (pág. 266). En efecto, es absurdo reproducir en Chile los contornos grotescos que ha alcanzado este gigante engendrado en un país que tan poco respeto muestra hoy por la justicia internacional y, si se me apura un poco, también por las libertades civiles. Por eso, agente de la infracción podrá serlo el particular, si es que está “implicado en la Administración de Justicia, cuando participe del ejercicio de esa función, es decir, cuando tenga un deber positivo de garantizar la propia existencia de ese bien” (ibídem). Y puesto que esos deberes positivos se dan en contados casos, ya previstos en los tipos tradicionales, como el testimonio falso y la omisión de denuncia, uno se siente invitado a extraer *fnio in fondo* las lógicas consecuencias de la premisa y a ceñir la figura únicamente a los órganos auxiliares y colaboradores de la jurisdicción. Nuestro libro, empero, no llega a tanto.

En los delitos contra la Administración pública resulta imprescindible el método hermenéutico de estampa teleológica, en un constante ir y venir entre el objeto protegido y la corteza formal de la ley, visto el habitual solapamiento

⁴ Véase *Exigibilidad e inexistencia como principio jurídico regulativo*. Traducción y Notas por José Luis GUZMÁN DALBORA y Estudio introductorio de Gonzalo D. FERNÁNDEZ y J. L. GUZMÁN DALBORA, (Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005).

de los intereses de la Administración como servicio, para los que basta el arsenal disponible –por demás duro y estigmatizante– de sanciones disciplinarias, con aquellos que, por su trascendencia *ad extra*, por el daño social que entrañan, merecen ser reforzados penalmente. Pero hay más. La exigencia de contener los arrestos interesados que atribuyen todos los males de la sociedad a la inepticia del aparato público y, al enfilarse su maniqueo bajel por el torrente de la legislación penal, libran de sospecha los oscuros meandros de la corrupción allí donde medra sin contraste, o sea, el sector privado, aparece en estas cuestiones tan importante como la tarea venidera de modificar unos delitos cuya reforma reciente, saludada con aplausos tan estrepitosos como infundados, nació bajo el signo de la mala conciencia. Por cierto, nada puede el dogmático frente al lapidario tenor de la ley. Que el Código Penal no prevea el cohecho entre particulares, que el empresario tampoco sea llamado a responder si influyó con malas artes sobre una autoridad convocada a resolver un asunto de incumbencia del magnate y, como contrapartida, que el procesal excluya los delitos de los empleados públicos respecto de las posibilidades del ministerio fiscal acerca de hechos de bagatela, eso el penalista solo puede denunciarlo, sin poder elaborar los datos faltantes que aguarda en el mañana su materia. De todos modos, las indicaciones *de iure dando* no están ausentes en el libro, especialmente en lo que hace al cohecho y el tráfico de influencias, que ocupan sus páginas quizá más logradas. La revisión crítica del concepto, de la naturaleza y las especies del cohecho, tributaria de las investigaciones precedentes de Oliver Calderón, es sencillamente demoledora; la subordinación de los *munuscula* al ámbito de la adecuación social se razona con lucidez (cfr. págs. 317-319) y conmueve a quienes hemos quebrado lanzas por el principio de insignificancia a propósito del objeto material de este maleficio; la significación de los “*actos propios del cargo*”; la crítica de los desbarajustes valorativos en el régimen de punición de ciertos corruptos y sobornantes; el problema de la tentativa en los delitos de expresión, etcétera, apenas van en zaga, por calidad y poder argu-

mentativo, al panorama, que aquí se ofrece, del tráfico de influencias. Los autores subrayan la prudencia de regularlo a remolque de las negociaciones incompatibles, para no ir en indiscriminada caza de la picaresca de sujetos que influyen sobre otros o son presionados por estos. Es asimismo de compartir la inteligencia del núcleo típico. El influjo debe operar por prevalimiento, al igual que en el estupro homónimo. En efecto, “no resulta apropiado ni legítimo penalizar la mera recomendación o sugerencia, pues se trata de una práctica, bastante habitual por lo demás, que aunque sea inmoral y rechazable no afecta directamente o no tiene por qué afectar a la decisión que se adopte” (pág. 357). Su misma difusión denota, a veces, la licitud de utilizarla; pero si hasta en los reglamentos de más de algún programa de posgrado, nuestras Universidades –y hablo de las serias– solicitan a los interesados que presenten una o varias “cartas académicas de recomendación”, como presupuesto para adoptar una decisión justa a la hora de inscribirles!

Dejando aparte la malversación de caudales públicos (cfr. págs. 367-399), un tema más conocido, en el que se dispone de sustento bibliográfico y donde nuestras discrepancias con los autores son cardinales e irremontables –aludo al deslinde, a mi entender subjetivo, entre peculado y residuo, y a la imperiosa necesidad de preservar en el Código el delito de aplicación pública diferente⁵–, y dado que razones de espacio nos impiden reseñar aquí el plexo completo de las figuras tratadas en el libro, digamos que la prevaricación administrativa adquiere con este una precisión de que carecía hasta la fecha en el penalismo nacional, lo mismo respecto de los sujetos que en la actividad típica –reducida al pronunciamiento de resoluciones y a la que son ajenas, “en consecuencia, otras actuaciones, como la emisión de informes y dictámenes” (pág. 426)–, al paso que, en cambio, no creemos que la tutela de la calidad de funcionario haya salido gananciosa con la reforma del delito de nombramientos ilegales. Es que tampoco da lo mismo designar en un cargo a personas afectas a una *inhabilidad* para desempeñarlo, que nombrar o proponer a alguien

⁵ Nos permitimos remitir al lector a nuestro libro *Estudios y defensas penales*. “LexisNexis, Santiago de Chile, 2005), en sus páginas 218, 244-249 y 258-262.

en quien no concurren los *requisitos* legales, las condiciones de fondo que se espera de él como sujeto idóneo. El elemento normativo de la inhabilidad “ha de ser juzgado con parámetros de *legalidad* y no de *idoneidad*” (pág. 440). Es cierto. Pero no lo es menos que nuestra Administración, si desea precaverse de sus enemigos internos y externos, tiene apremiante necesidad de empleados cuya preparación los coloque a la altura de los elevados cometidos públicos. Así lo entendió, hasta 1999, el viejo y denostado Código Penal.

Cerremos este comentario, cuya dilatación quiso hacerse eco de los méritos de la obra, con la añadidura de que la editorial no exagera al anunciarla cual un verdadero aporte al desarrollo científico de la parte especial del Derecho punitivo chileno. Será de consulta obligada para el

abogado criminalista y punto de arranque de ulteriores investigaciones en el árido campo de los delitos ministeriales, con su pródiga ocurrencia y ese mimetismo que los escamotea, en unas cifras mayores que las que gustaríamos de reconocer, dentro de los vericuetos de la condescendencia, la apatía y, en definitiva, la impunidad. En fin, está escrito en un estilo llano y fluido. Hace tiempo que los libros de Derecho penal han perdido la claridad que uno sabía agradecer en los magníficos que se alumbraba antaño. También en esto el que tengo el placer de presentar luce sus excelencias. Modificando apenas la conocida sentencia de Gracián: lo bueno, si claro, dos veces bueno.

Prof. Dr. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
Universidad de Antofagasta, Chile

Robert ALEXY, *La institucionalización de la justicia* (José Antonio Seoane, Eduardo Soderó y Pablo Rodríguez, trads.), Editorial Comares, Granada, 2005.

Robert Alexy no necesita presentación. El público hispanoparlante cuenta desde hace un buen tiempo con traducciones de sus más importantes obras, las que han tenido, además, una amplia difusión y acogida. En esta oportunidad la Editorial Comares ha publicado una selección de artículos del iusfilósofo alemán realizada por el profesor José Antonio Seoane. En todos ellos Alexy aborda el problema que constituye su principal preocupación intelectual, a saber, la relación entre el derecho y la moral y, en definitiva, el problema de la justicia.

En los primeros dos artículos incluidos, *Derecho y Moral* y *Derecho y Corrección*, Alexy aborda el problema de la relación entre Derecho y moral y analiza las cuestiones anejas a dicho problema: el *problema de la inclusión*, el *problema del límite* y el *problema de la fundamentación* (p. 20 y ss.). Al analizar estas cuestiones presenta su conocida tesis: la *pretensión de corrección*. El argumento sostiene que el Derecho —como todos los sistemas normativos— formula una pretensión de corrección. De dicha pretensión de corrección se sigue, sostiene Alexy, que existe una vinculación *necesaria* entre Derecho y moral. Que el Derecho formule una pretensión de corrección y que dicha formulación de pretensión sea prueba de una conexión necesaria entre del derecho y la moral solo puede demostrarse por vía indirecta, esto es, poniendo de manifiesto lo absurdo que resulta negar dicha pretensión de corrección. Para ello Alexy recurre a ejemplos: el fallo en el que el juez señala que se “condena al acusado en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua” y el artículo primero de una Constitución ficticia que reza: “X es una república soberana, federal e injusta”. Según Alexy en ambos casos existe una falla y esa falla no es meramente convencional, ni política ni, tampoco, solamente moral. El defecto consiste en una “contradicción entre el contenido de un acto (como promulgar una Constitución, por ejemplo) y lo que se presupone necesariamente con la ejecución de dicho acto” (p. 38). Dicho de otro modo, el núcleo de la argumentación de R. Alexy puede resumirse así: formular una pretensión de corrección es un elemento constitutivo del derecho;

negarla, en consecuencia, constituye una contradicción con el hecho mismo de formularla. Esta contradicción, llamada *contradicción performativa*, pone en evidencia un “defecto conceptual” de la cláusula de la injusticia y, por consiguiente, una vinculación *necesaria* entre el derecho y la pretensión de corrección, “de la que aquel depende” (p. 39).

Alexy entiende, claro está, que el razonamiento anterior constituye una fundamentación de su tesis de que existe una relación necesaria entre derecho moral si se entiende “fundamentación” en sentido amplio (p. 42). Entiende, también que la falla conceptual en el caso de los ejemplos puede ser evitada si se renuncia a la pretensión de corrección pero, advierte, que “ello significaría decir adiós al derecho” (p. 22, p. 43).

Ahora bien, puesto que “un positivista podría admitir todo esto y sin embargo alegar que, aun así, no se ha logrado nada a favor de alguna clase de relación necesaria entre derecho y moral” (p. 45), Alexy intenta mostrar que la pretensión de corrección formulada en el Derecho incluye una pretensión de corrección moral. Esto intenta probarlo demostrando que la resolución de los casos “dudosos” —es decir, aquellos que, por definición, no pueden ser resueltos a partir de los criterios proporcionados exclusivamente por el derecho positivo— no pueden ser solucionados de manera meramente discrecional por el juez puesto que dichos casos también se encuentran sujetos a la pretensión de corrección que formula el derecho. Para satisfacer dicha pretensión “debe concederse prioridad y un papel relevante a la cuestión de la correcta distribución y correcta compensación”. Pero estas son cuestiones de justicia y estas, a su vez, cuestiones morales.

En consecuencia, la pretensión de corrección conduce a una interpretación no positivista del derecho en la medida en que, como señala Alexy, dicha pretensión contiene o incluye una pretensión de corrección moral (p. 47).

Por tanto, a partir de la pretensión de corrección Alexy cree que es posible identificar tres elementos definitorios del derecho: la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material. Así, “la pretensión de co-

rrección hace saltar por los aires el concepto positivista del derecho y lo abre a la moral” (p. 50).

Que la corrección material sea un elemento definitorio del derecho no supone, empero, que toda injusticia acarree la pérdida de la calidad jurídica de una norma o de una sentencia. Por el contrario, Alexy señala que puede existir mucho derecho injusto y, sin embargo, válido. La razón para no privar de su carácter jurídico a cualquier norma o sentencia injusta es la seguridad jurídica. No obstante, la seguridad jurídica cede ante la justicia cuando se traspasa un umbral intolerable de injusticia. Alexy retoma acá la célebre fórmula de Radbruch de la extrema injusticia. Las sentencias o las leyes que se encuentran por debajo de ese umbral no se les priva de su carácter jurídico, pero son jurídicamente deficientes: “las sentencias injustas ya no pueden ser caracterizadas como desgraciadamente cuestionables desde el punto de vista moral, pero jurídicamente perfectas o magistrales; son también jurídicamente defectuosas” (p. 53).

En consecuencia, la tesis de la pretensión de corrección desemboca, por tanto, en un concepto no positivista del derecho al probar que existe una vinculación conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Sin embargo, no identifica el *contenido* de la moral ni, por tanto, el de la justicia. Alexy intenta avanzar en ese problema en los dos artículos restantes, *Justicia como corrección* y *Derecho, discurso y tiempo*. En el primero de estos, Alexy define la justicia como “corrección en relación con la distribución y la compensación” (p. 57). Esta definición vincula el concepto de justicia con el de corrección y, por tanto, con la *teoría del discurso*, en tanto el problema de la corrección remite al de la *fundamentabilidad*. La teoría del discurso es una “teoría procedimental de la corrección de las normas”. Alexy enfatiza que se trata de *procedimiento de argumentación y no de decisión*, como ocurre en las teorías procedimentales de cuño hobbesiano (p. 60). En el caso de las teorías procedimentales de la argumentación racional, las condiciones exigidas para la argumentación constituyen también las condiciones mínimas de admisibilidad de cualquier discurso. Dichas condiciones (*reglas*) garantizan, por tanto, la fundamentabilidad y racionalidad de los argumentos. Ello asegura la libertad e igualdad en el plano de las personas y

la neutralidad y la objetividad en el plano de los argumentos, de tal suerte que “la estructura de la argumentación contiene, así, la estructura de la justicia” (p. 61). Ahora bien, las condiciones requeridas por la teoría del discurso son condiciones ideales, pero que operan como una idea regulativa que, en el caso de la justicia, se traducen en el siguiente criterio de corrección: “*son correctas y, por tanto, justas las normas para la distribución y la compensación a las que todos darían su aprobación en un discurso ideal*” (p. 62).

El carácter ideal de la teoría discursiva nos conduce a dos cosas. Primero, permite excluir a todos aquellos discursos que sean incompatibles con las reglas ideales del discurso y, en segundo lugar, a la “institucionalización del derecho”, convirtiéndose, entonces, la Constitución “en el primer objeto de la teoría discursiva de la justicia” (p. 63).

En el último de los artículos, Alexy presenta once tesis relativas a la naturaleza del derecho y de los sistemas jurídicos. Entre las más importantes se encuentra aquella que sostiene la existencia de lo que el iusfilósofo alemán denomina los *universalia iuris*, esto es, “un conjunto de rasgos distintivos que todo sistema jurídico y todo derecho debe poseer, con independencia del espacio y del tiempo, para ser un sistema jurídico o un derecho” (p. 70). Alexy distingue entre los *universales jurídicos formales* (como la obligación, la prohibición y el permiso) y los *universales jurídicos materiales*. Entre los últimos cuenta la pretensión de corrección y “un núcleo de derechos humanos básicos que poseen validez eterna” (p. 75) a que se llega a partir de la teoría del discurso. Alexy sostiene que la inclusión de dicho núcleo entre los “universales jurídicos materiales” es defendible racionalmente y define el umbral mínimo de justicia exigible de tal suerte que las normas socialmente eficaces pero incompatibles con dicho núcleo son extremadamente injustas y, por tanto, de acuerdo a la fórmula de Radbruch, pierden su carácter jurídico. Los derechos humanos básicos, por tanto, constituyen el contenido mínimo de una teoría de la justicia y en relación a ellos cobra pleno sentido la *pretensión de corrección* del derecho.

La obra de Robert Alexy constituye actualmente un referente obligado en los estudios de filosofía del derecho y de derecho constitucio-

nal. La lectura de los artículos que componen *La Institucionalización de la Justicia*, así como la cabal exposición que el profesor José Antonio Seoane hace del pensamiento del iusfilósofo alemán en la presentación del libro permiten entender por qué esto es así. En consecuencia, la obra

objeto de la presente recensión resulta de la mayor utilidad tanto para aquellos que quieren introducirse en el pensamiento de Alexy como para quienes quieran profundizar en él,

FELIPE SCHWEMBER AUGIER

ZAMBRANO, Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*. Ábaco de Rodolfo Depalma (Universidad Austral), Buenos Aires, 2005. 321 pp.

Esta obra, por la que la autora obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, consiste en un análisis pormenorizado de los presupuestos políticos y jurídicos desde los cuales el liberalismo político contemporáneo pretende aspirar al reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida, logrando, a través de una minuciosa observación, desentrañar la (in)coherencia de los postulados de la misma en dos de sus versiones más representativas, globales y novedosas en la actualidad, no solo en el plano teórico del liberalismo político actual, sino también en el terreno de la práctica jurídica y en el de la opinión pública: la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, a cuyo análisis se dedica toda la primera parte del texto (pp. 39-155); y, la igualdad liberal de Ronald Dworkin, en la segunda parte del mismo (pp. 157-289)¹.

La principal intención que subyace en la abstracción y la formalidad de la teoría política consiste en abandonar el perfeccionismo clásico, el utilitarismo y el paternalismo estatal y, así, permitir que la autonomía de la voluntad individual se constituya como el único parámetro moral. Sin embargo, como se concluye de una manera adecuada en la obra de Zambrano, para que esto sea posible es necesario entrar en las circunstancias concretas en las que se producen, inevitablemente, conflictos en el ejercicio de los derechos de uno y otro individuo, debiendo recurrir al consenso con el fin de evitar el riesgo de objetivar el concepto de bien que subyace en la naturaleza humana. Como lo explica en profundidad la autora, la incapacidad para solucionar conflictos sin hacer referencia a un consenso más concreto, por mucho que Rawls pretenda que se haga uso de la “razón pública”, lleva a cuestionar la exclusión aparente de Rawls en “la justicia

como equidad” de la intuición y el utilitarismo, a través de la siguiente pregunta formulada por Zambrano: “¿qué asegura, en efecto, que no sea un desbordado interés mayoritario o un fanático paternalismo lo que anima el proceso creativo de la razón pública?”². No resulta difícil para la autora, por tanto, demostrar, a su vez, que la teoría política liberal no logra tampoco ser consistente con su defendido antipaternalismo, cuando supone como única limitación al ejercicio de las libertades básicas aquellas acciones que resulten dañinas para terceros y, para poder situar al ejercicio de la libertad para disponer de la propia vida entre aquellos actos que escapan del ámbito de las acciones consideradas dañinas, se debe aplicar “algún criterio” (en un Estado democrático liberal este debería ser la defensa de la racionalidad) que lo reconozca así y le otorgue su protección³. Esto último y, puesto que es evidente que en “la justicia como equidad” de Rawls –así como también, como se ve más adelante, en los postulados de Dworkin–, el valor de la vida humana y el valor de la persona son relativos, se habilitaría, por ejemplo, la vía de muerte como una solución racional imponible por parte del Estado a quienes se encuentran inhabilitados para ejercer sus facultades racionales⁴.

En este mismo sentido, Zambrano devela lo contradictorio en las pretensiones de Dworkin de “construir una teoría de justicia superadora del utilitarismo y, al mismo tiempo, de elaborar una lista de derechos fundamentales en función de las preferencias personales de la comunidad”, puesto que, y debido a la excesiva abstracción de “la libertad como independencia”, se ve exigida a recurrir a algún criterio –que no sea una concepción ética en particular– que no puede sino ser “un consenso moral

¹ Pág. 28.

² Pág. 153.

³ La autora demuestra que, en la teoría de Rawls, el suicidio podría resultar dañino para terceros en cuanto se deja de contar con la cooperación en la sociedad que ejercía el suicida, puesto que para el citado autor, al momento de determinar de quién puede predicarse íntegramente el ejercicio de la autonomía o libertad –la persona–, este señala que “es persona quien puede cumplir con el rol de ciudadano, esto es, un miembro normal y plenamente cooperante en la sociedad a lo largo del ciclo completo de su vida” (pág. 58).

⁴ Pág. 155.

más concreto y más circunstancial que el consenso que resume el liberalismo ético”, resultando que es más imperativo de lo que se aparenta en Dworkin, recurrir a las preferencias contingentes. Estas, a su juicio, dependen únicamente de las íntimas convicciones de cada uno, relativizando así el valor de la vida y de la persona y dando paso, como lo predice la autora⁵, a la deducción, ya expuesta en términos análogos en el caso de Rawls, de “la tenue dignidad de quienes han perdido la capacidad de agregar inversión personal a su vida (...)”⁶.

El mérito de esta obra, como ya se ha dejado traslucir, no radica únicamente en el impecable y profundo análisis del pensamiento res-

pecto al suicidio de los dos supremos exponentes del liberalismo, sino que constituye un verdadero aporte a la discusión actual sobre el significado y valor que se le da a la vida humana, desde la inconsistencia de los supuestos postulados anti-perfeccionistas y antipaternalistas del liberalismo ético y político hasta las concepciones clásicas o metafísicas de la persona en las que, sin lugar a dudas y, a pesar de los ingentes esfuerzos del liberalismo por afirmar lo contrario, el papel desempeñado por el Estado termina siendo menos paternalista que en los modelos liberales defendidos por los citados autores⁷.

ALEJANDRA VOIGT PRADO

⁵ Pág. 287.

⁶ Hay que recordar, por ejemplo, el reciente caso de la estadounidense Terry Schiavo, en que ni siquiera se trataba de la suspensión de medios extraordinarios para la prolongación artificial de la vida, sino de la privación de los medios básicos de subsistencia, en este caso la alimentación, pues siendo esta posible, su suministro no es ensañamiento terapéutico, sino un cuidado básico que nunca se debe omitir, sin embargo y, por el imperante liberalismo en el Estado de Florida, los jueces demostraron que el valor de la vida humana dependió de la sola convicción, ya ni siquiera de la propia afectada, sino de un tercero.

⁷ Pág. 309.

RIVAS, Pedro, *Las ironías de la sociedad liberal*, México, UNAM, 2004, XXV + 181 pp.

Este libro busca indagar respecto de algunos problemas de nuestras modernas sociedades liberales, para cuya solución se acude a argumentos que van mucho más allá de sus premisas declaradas.

Por 'sociedad liberal' el autor se refiere al *ethos* de las sociedades occidentales u occidentalizadas de principios del tercer milenio, el cual se sustenta en dos pilares fundamentales: la autonomía de la voluntad del sujeto entendida en un sentido fuerte, y el principio de daño (*harm principle*), "según el cual el único fin por el cual es justificable la intromisión en la libertad de acción del individuo es la protección de terceros o de la propia sociedad" (p. XIV), motivo por el que toda restricción de un espacio de libertad se justifica en aras del mantenimiento de otra esfera de libertad considerada más valiosa. De este modo, "la libertad ocupa un lugar central en las sociedades occidentales en detrimento de ideas o nociones como los de orden o autoridad. De ahí que la interrogación común sea por qué algo está prohibido y no por qué hay libertad para hacer algo" (p. XVI). En consecuencia, ideas como el paternalismo estatal o el perfeccionismo, son consideradas ilegítimas.

A partir de estas premisas, el autor encara varios problemas. El primero y tal vez más importante, radica en los fundamentos del sistema democrático, que de acuerdo a estas premisas, descansa en la consideración igualitaria de los sujetos, como consecuencia de su autonomía.

Con todo, ¿puede la autonomía fundarse sobre sí misma? La pregunta es pertinente en atención a la importancia de la democracia, porque si todo dependiese del querer colectivo, a la postre la legitimidad podría quedar reducida a mera legalidad. Además, suponiendo que desde el imaginario liberal resultara posible encontrar un fundamento racional 'fuerte' para la democracia, ¿podría imponerse a quienes no piensen de este modo, aun a costa de vulnerar su autonomía individual sin caer en un paternalismo o perfeccionismo camuflado? "Y es aquí donde se corre el riesgo de un callejón sin salida: si no se impone un tipo de legitimidad (más exactamente el principio de la democracia) por resultar el más racional, queda justificada entonces cualquier le-

gitimidad y, por tanto, no se logra fundamentar la democracia. Pero si, con base en su propia racionalidad, se impone esa legitimidad democrática, entonces se está conculcando el propio contenido de dicha legitimidad democrática que apela no a la imposición (por muy racional que esta sea), sino a la regla de las mayorías. Además, el criterio de las mayorías puede también, a priori, volverse tiránico y utilizable para destruir a las minorías o incluso para derribar una democracia. ¿Hay algo por encima del criterio de las mayorías? ¿Cómo se justifica, si es que lo hay, aun en contra de la opinión de estas?" (pp. 10-11). Ahora bien, si se responde a lo anterior señalando que se debe a la mera condición de persona, parece inevitable no caer en un argumento de tipo iusnaturalista.

Un segundo problema abordado es el de la representación política (actualmente en crisis, al no ser asimilable a un mandato privado), puesto que la libertad del ciudadano pareciera agotarse en el mero acto de la elección, debilitando así el genuino espíritu democrático. Lo anterior no parece concordante con el papel central de la autonomía, "porque no puede olvidarse que el pensamiento liberal, que vive políticamente de este principio de representación, parte de una noción de libertad que está presente en su raíz y que debe ser coherente con dicho principio" (p. 49). De este modo, "parece claro que el principio de representación política resulta ser una nueva prueba de la incapacidad del pensamiento liberal para pensar y simultáneamente encauzar la libertad humana manteniendo la coherencia de su pensamiento" (p. 66).

Particular interés reviste el tercer problema analizado: el de la eutanasia activa voluntaria. A primera vista, su fundamentación, basada en los principios de autonomía y daño y la prohibición del perfeccionismo y del paternalismo parece convincente. No obstante, por mucho que se defienda la autonomía, resulta inevitable que a la postre, la eutanasia se extienda a aquellos impedidos para tomar dicha decisión por sí mismos, a fin de evitar su sufrimiento, apelando a una aceptación presumible. Sin embargo, esto equivale a caer en un flagrante paternalismo, camuflado en la noción de interés.

Ahora bien, a la luz de este planteamiento, el problema de fondo es si la vida posee un valor intrínseco, o por el contrario –y es lo que ocurre aquí–, es solo el sujeto quien la dota de dicho valor. Esto último significa que “tiene un dominio absoluto e irrestricto sobre su propia vida, hasta el extremo de poder quitársela, de modo que su derecho sobre ella incluye también la capacidad de decidir acerca del momento en que deba terminar. La vida no posee un valor por encima de la propia voluntad del sujeto; o, lo que es igual, no está justificado imponer a nadie el deber jurídico, inexcusable e independiente de la propia voluntad, de conservar la vida propia” (pp. 80-81).

Sin embargo –y esto resulta claramente contradictorio–, al mismo tiempo el Estado impone derechos irrenunciables en áreas como el trabajo o la educación, derechos que además de significar un conjunto de prestaciones obligatorias para él, resultan inmodificables para los sujetos aunque quieran. En efecto, su justificación –el enorme daño que ocasionaría su ausencia–, descansa en un bien sustantivo y por tanto, objetivo para el individuo, todo lo cual no puede sino constituir un abierto paternalismo y perfeccionismo. No obstante, respecto de la vida, el derecho más fundamental y del cual dependen todos los demás, no parece existir el mismo criterio.

Lo anterior equivale a que el sujeto tiene un auténtico *derecho de propiedad* sobre su vida, cuyo “estatuto jurídico en el planteamiento liberal es el equivalente al de las cosas: una cosa entre las restantes cosas” (p. 94). De este modo, se da la paradoja de que “el sujeto *es* autonomía, pero solamente *tiene* vida” (p. 94). Así, lo que verdaderamente poseería una dignidad incondicionada sería dicha *autonomía*, mientras que la vida –considerada algo distinto y hasta oponible a la persona que la posee–, tendría solo un *precio*. Sin embargo, lejos de ser una garantía, esta cosificación de la vida se convierte en un peligro para la autonomía del sujeto: si la vida es una propiedad, resulta expropiable por causa de interés general como cualquier otra cosa, puesto que “cuando la libertad se refiere al dominio sobre objetos cabe la medida, el cálculo, la evaluación, el intercambio, la instrumentalización para conseguir unos objetivos que resultan preferibles

desde el punto de vista de la cantidad o de la calidad” (p. 97). Todo dependerá de lo que diga una voluntad, sea propia o ajena: “Si lo único dotado de valor es la voluntad autónoma, entonces el conflicto resulta inevitable, porque las preferencias de los diferentes sujetos pueden chocar, y ninguna vale más que la otra [...]e llega, pues, a la paradójica consecuencia de que la voluntad autónoma acaba siendo privada de la facultad para disponer de la propia vida” (pp. 100-101), fundamentándose precisamente en virtud del principio de daño. Por tanto, parece imposible defender la eutanasia basado en la autonomía, y exigir al mismo tiempo que nadie pueda disponer de la vida de uno mismo, incluso contra su voluntad: rechazar la posibilidad de la disposición ajena sobre la propia vida parece así, inviable.

Para evitar esto, la vida debe dejar de depender del solo sujeto y tener un valor intrínseco: ello implica que no existe, propiamente, un *dominio* sobre ella: o es valiosa en sí misma o lo es solo porque alguien, arbitrariamente, lo considera así. Mas, si la vida es *el ser para el viviente*, parece imposible asimilarla a una ‘cosa’, incluso para el propio sujeto.

Otro tema abordado es el de la desobediencia civil ante una ley considerada injusta. Pese a ser un medio pacífico y público que no se opone a la integridad del sistema, su aceptación y requisitos resultan problemáticos desde las premisas del *ethos* liberal. De hecho, “quien valora como políticamente inícua la desobediencia civil en una sociedad liberal está haciendo un juicio nada liberal. En todo caso, será un juicio que esconde, de nuevo, prejuicios mayores que el respeto por la autonomía del sujeto” (p. 144).

Por último, el autor aborda el tema de la libertad de opinión cuando ella incentiva el odio racial y las eventuales justificaciones para su prohibición, amparadas en el principio de daño. Sin embargo, para llegar a estas conclusiones suele argumentarse que dichos comportamientos atentan contra la dignidad humana o se oponen al principio democrático de una convivencia pacífica, para lo cual es imposible no caer en un cierto perfeccionismo y acudir nuevamente a valores anteriores y más elevados que la autonomía privada, puesto que “se está diciendo que ellos mismos se han separado de lo que es común a la

comunidad política, al orden político. Ello choca fuertemente con los planteamientos liberales más en boga, como el de Rawls, que parece postular una concepción política indiferentista desde el punto de vista ético” (pp. 169-170). El perfeccionismo queda al descubierto por el hecho de que “hay determinadas conductas que, aunque no esté claro que provoquen un daño concreto a nadie, deben prohibirse. O mejor, se trata de conductas que provocan un daño a valores difícilmente cuantificables o personalizables; a valores que incluso están presentes en quienes formulan tal posibilidad de conculcarlos” (p. 170). En el fondo subyace una idea de *bien común no explicitada*, que se impone a los principios declarados de autonomía y daño, todo lo cual equivale a apoyarse en un ontologismo previo. Solo así se cabe optar por una libertad en pos de otra, “porque la mezcla de liberalismo político e indiferentismo ético no permite ningún género de distinción entre las ideas” (p. 176).

La conclusión general del autor es, pues, clara: en toda sociedad liberal existe, como telón de fondo, un *humus valorativo* que la mantiene cohesionada y desde el cual valora: un paternalismo y perfeccionismo determinados, manifestado en valores como la solidaridad o el Estado asistencial, por ejemplo.

De hecho, este telón de fondo se manifiesta incluso en esos mismos valores declarados: en la autonomía, por no considerar todas las libertades igualmente valiosas —lo cual permite optar entre ellas—, y en el principio de daño, porque pese a sus limitaciones, solo gracias a ese punto de partida es posible darse cuenta cuándo algo es dañino

y establecer una jerarquía de valores. “Por tanto, lo primero de todo es darse cuenta de que es insoslayable la discusión acerca del bien humano. Pero esto nos exige un pensamiento mucho más profundo del que los dos principios mencionados nos pueden ofrecer” (p. 179).

Si no es posible llegar a este razonamiento, los conflictos se resolverán no por la razón, sino por la simple fuerza o la negociación (la cual deriva de que ninguna de las partes es lo suficientemente fuerte como para vencer a la otra, o por la propia voluntad de no imponerse). En efecto, a menos que queramos engañarnos, es necesario reconocer que “el principio de autonomía es el principio de autonomía de los fuertes, y de los débiles solo secundariamente en la medida en que se lo permitan ejercer. Del mismo modo, el principio de daño sería el principio de daño de los fuertes, y de los débiles solo en el sentido recién indicado. Si a eso se le quiere seguir llamando ‘sociedad liberal’ en lugar de ‘sociedad liberal de los fuertes y secundariamente de los débiles’, es otra cuestión” (p. 180).

Esto significa que la sociedad liberal tiene riesgos en su propio seno que debe enfrentar, por ser “una amenaza interior y silenciosa en la medida en que se asienta en una sociedad que se califica a sí misma como liberal” (p. 179) y que puede afectar al propio sistema democrático; todo lo cual muestra las limitaciones de este proyecto, lo que no significa no reconocer también sus claras virtudes, que el autor aborda tangencialmente.

MAX SILVA ABBOTT