

CONSIDERACIONES SOBRE LA ETICA JURIDICA *

SEBASTIAN URBINA

SUMARIO: I. Los fundamentos. II. El principio general del respeto recíproco. III. Los principios de la esfera individual. IV. Los principios sobre la responsabilidad civil y penal. V. Los principios de la esfera de la comunidad. VI. Los principios del estado de derecho, en sentido estricto. VII. El modo de vigencia de los principios.

Uno de los juristas alemanes más conocidos en España es, sin duda, Karl Larenz, dada la difusión que ha tenido su libro "Metodología de la Ciencia del Derecho", tanto en su primera traducción de 1966 realizada por el profesor Enrique Gimbernat como en su segunda y actual de 1980 realizada por el profesor Marcelino Rodríguez.

En este libro, Larenz aborda una serie de problemas ético-jurídicos caminando a través de la idea de Derecho justo, de principios jurídicos y de la justicia del caso concreto.

I. LOS FUNDAMENTOS

Karl Larenz se refiere a los principios del derecho positivo diciendo que "si son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos un pensamiento más justo y tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios de Derecho justo". (p. 34)

(*) Karl Larenz, Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, Monografías Civitas, Madrid, 1985.

Sin embargo, del hecho de justificar una determinada regulación no se deduce que tenga que subyacer algo más justo. Siempre se han dado justificaciones pero no siempre se han considerado justas.

Pero la anterior afirmación de Larenz podría entenderse a partir de un supuesto del que parte: "si pensamos en serio que todo derecho positivo, en la medida en que es "Derecho" está en el camino hacia el Derecho justo, su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios de Derecho justo hayan penetrado en él... (p. 34-35)

Parece claro que si todo derecho positivo está en camino hacia el Derecho justo aquél será una manifestación, más o menos perfecta, de éste, aunque no se ve claramente esta relación necesaria que Larenz establece ni los motivos por los que debemos aceptar esta suposición.

Aunque no se afirme expresamente, parece que la validez de que habla Larenz debe ser material, ya que no es de suponer el condicionamiento de la validez formal a la penetración de unos principios de Derecho justo.

No obstante, aunque se refiera a la validez material, dado que remite a principios como causas de justificación que servirán como indicadores de los principios del Derecho justo, se trata de una validez material con un alto grado de abstracción ya que se presenta como una especie de molde dentro del que, teóricamente, tendrán concreción las regulaciones jurídicas.

El principio, según Larenz, "no se consigue por la generalización de la regla. Es al revés: hay que hacer un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado". (p. 35)

Sin embargo, es problemático saber cuáles son los límites y características de lo que subyace. En tal sentido, dice el propio Larenz: "las primeras regulaciones, en las que subyace el principio de responsabilidad por riesgo, se crearon antes de que el principio fuera reconocido..." (p. 36), lo que apoyaría su anterior afirmación. No obstante, es muy probable que en tiempos de normalidad política la fuente más importante de hecho, aunque no reconocida formalmente, sean las decisiones jurisprudenciales. Volviendo a los principios podríamos preguntar qué sucede cuando, en este viaje de retorno a los pensamientos de regulación, tales

pensamientos ya no son del todo útiles porque las circunstancias económico-sociales han cambiado. Lo que probablemente sucede es que los tribunales introducen nuevos pensamientos que renueven la vida del principio o de la regulación. Por ejemplo, a través de los años los tribunales han ido dando nuevas posibilidades a determinados artículos del Código civil, como puede ser el 1902, pasando de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo.

Además, el que los principios sean posteriores, por lo menos en general, es razonable si los principios se van construyendo o se van llenando a medida que se van resolviendo casos concretos. Si se empieza por los principios éstos sólo podrán ser muy generales y por ello poco útiles. Cuando una regulación ha podido ser interpretada desde diversas perspectivas, reformulada, puesta en conexión con otras regulaciones, confrontada con los efectos sociales que produce, etc., se está en mejor posición para que un principio tan abstracto como "sed buenos", por ejemplo, pueda ser útil para la vida jurídico-política.

El Derecho en su conjunto puede esquematizarse, según Larenz, en tres diferentes niveles: la idea de Derecho, los principios del Derecho (que representan un escalón inferior, más concreto de la idea) y las regulaciones jurídicas concretas. (p. 38-39)

La posición teórica de Larenz no acepta que la idea de Derecho sea válida absolutamente sino que estaría en función de los mundos culturales, de modo que sólo en un determinado mundo cultural tendría sentido una idea de Derecho. (p. 42)

Dentro de la idea de Derecho mencionada por Larenz estarían las tareas o fines últimos como la "consecución y mantenimiento de la paz jurídica y la realización de la justicia. Al lado de estos componentes de la idea de Derecho en ocasiones se menciona un tercero, la oportunidad, pero hay que decir que la oportunidad caracteriza sólo la usual referencia de todas las regulaciones jurídicas a algún fin, pero no un fin último. (p. 42)

Se podría decir que esta validez de determinados valores en determinados mundos culturales, valores últimos que en nuestro caso son, como dice Larenz, el aseguramiento de la paz y la justicia, es cierta en la medida en que no nos dice nada o casi nada. Es decir, tanto la justicia como el aseguramiento de la paz pertenecen a muchos y diversos mundos culturales, por no decir todos, y lo que les diferencia no son estas aspiraciones formales sino el modo en que se materializan tales principios. Dificil-

mente encontraremos mundos culturales en que se propugne la injusticia y la inseguridad.

La paz jurídica incluye la seguridad jurídica que es sólo el nivel en que se trata igual a situaciones iguales aunque el fin último sea la ausencia de fuerza, temor y desconfianza en las relaciones humanas. (p. 46)

El primer componente de la idea del Derecho, que es el aseguramiento de la paz, nos lleva al segundo componente, la justicia. Dice Larenz que "la exigencia de la justicia igualitaria significa que el comportamiento de todos debe ser juzgado con las mismas reglas y que tiene que hacer para todos el mismo rasero". (p. 49)

Pero dado que los ordenamientos jurídicos no son completos se tienen que cubrir las lagunas por medio de la analogía, analogía que también sirve para la realización del segundo componente de la idea del Derecho. "La admisibilidad del principio de analogía como procedimiento metódico de integración de las "lagunas de la ley" se funda también en la exigencia de aplicar el mismo rasero". (p. 49)

Sin embargo, la analogía no es una operación lógico-deductiva de modo que los condicionantes valorativos harán variar la proporcionalidad de las situaciones a considerar, ampliar o restringir el área del significado, etc., por lo que es difícil admitir que la extensión del ordenamiento por medio de la analogía reafirme una igualdad que ya se vendría dando sin la analogía.

Añade Larenz en relación a la analogía: "la exigencia de que se emplee siempre el mismo rasero no puede, sin embargo, entenderse de modo que impida que la regla que constituía hasta ahora el rasero sea modificada". (p. 49)

Parece que es hacer de la necesidad virtud, añadir que: "tiene que ser admisible la modificación que es conveniente desde el punto de vista de la "justicia objetiva" o por otra causa racional". (p. 49-50)

Reconoce Larenz que la regla formal de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales no soluciona el problema material aunque afirma que se puede conocer la falta de justicia mientras que resulta más problemático afirmar la presencia de justicia. (p. 50)

Dadas las insuficiencias provenientes de tales reglas formales añade Larenz: "En este punto entra en juego la exigencia de una justicia obje-

tual, que reclama una regulación adecuada al caso, es decir, apropiada para la regulación vital que se regula. Por ejemplo, es conforme con la realidad de los hechos que un menor huérfano tenga un tutor..." (p. 50)

Es decir, que la regulación de una determinada situación vendría dada por la "naturaleza de las cosas", a la que se podrían dirigir las críticas elaboradas por Garzón Valdés en su *Derecho y Naturaleza de las cosas. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán*.

Larenz se proclama partidario de la fórmula "dar a cada uno lo suyo", que significa contemplar los intereses de cada parte, aunque confiesa que no le termina de convencer. (p. 50)

Pero si los intereses de las partes están regulados jurídicamente no se ve qué es lo que añade la fórmula, y en el supuesto de que no estén específicamente regulados tanto la valoración de los intereses como su armonización se incluirán en la fórmula, si así se desea, pero no se deducirá de ella.

Dice Larenz: "Como los principios no se pueden derivar por vía de deducción de la idea del Derecho, no hay ninguna garantía de su integridad, ni se puede aspirar a ella. No se pueden dar "ejemplos" que sean completos. Sólo se llega a tener constancia de los principios del Derecho positivo, que pueden ser también principios del Derecho justo, cuando ha llegado el tiempo para ello". (p. 53)

Teniendo en cuenta que, en su opinión, tampoco se pueden obtener los principios por vía inductiva a partir del Derecho positivo (p. 52) hubiera sido deseable una mayor explicación acerca del origen de los principios y cómo se consigue saber que les ha llegado su tiempo.

También en relación a los principios precisa Larenz que expresan un sistema abierto y no cerrado y que pueden combinarse entre ellos sin que tengan el mismo alcance. Su función práctica consistiría en que permiten interpretar y desarrollar significativamente la regulación que está determinada por ellos. (p. 53-54)

También se puede entender que interpretar y desarrollar con sentido es adaptar la regulación a lo que se entiende por necesidades o aspiraciones sociales, argumentadas jurídicamente y protegidas por el amplio e indeterminado campo de los principios.

II. EL PRINCIPIO GENERAL DEL RESPETO RECIPROCO

Larenz enuncia una concepción del Derecho que parece alejarse de planteamientos innaturalistas cuando dice que Derecho justo es el que reconoce la dignidad del ser humano y que la institución de la esclavitud, por ejemplo, no puede ser Derecho justo aunque sin negar, al menos expresamente, la consideración de Derecho (p. 58-59)

Para Larenz, hablando en sentido moral, es libre la persona que se dicta a sí mismo su ley pero no lo es el que sigue únicamente sus apetitos e inclinaciones momentáneas (p. 61), por lo que se trata de una autonomía condicionada sin que se desarrolle este condicionamiento heterónomo que justifica la limitación de la propia autonomía. Sin embargo, añade Larenz: "Acertadamente señala N. Hartmann: toda libertad efectiva es al mismo tiempo libertad para el bien y para el mal" (p. 61, nota 15)

Ello parece suponer que el hombre es originalmente libre y por ello tiene libertad de elección. Cuando elige el bien sigue siendo libre pero cuando elige el mal (sumisión a los apetitos, etc.) ya no es libre, en opinión de Larenz. Sin embargo, dice Larenz que la libertad no es algo congénito en el hombre, sino que se tiene que conseguir luchando sin descanso contra las influencias exteriores y las inclinaciones propias (p. 61) lo que supone que el hombre para ser libre tiene que conseguir la libertad, y no será libre si es un juguete de sus estímulos.

Los problemas aparecen no en las formulaciones extremas, en ser o no ser juguete, sino en las formulaciones intermedias dentro de las que caben la generalidad de las personas. En tal supuesto se puede preguntar ¿cuándo y en qué nivel se empieza a ser o no ser libre?. Por otra parte, Larenz no hace referencia a otros condicionamientos que restringen o anulan la libertad como el hambre, el analfabetismo y otros más sofisticados provenientes de las sociedades más ricas.

En relación a los derechos fundamentales dice Larenz que el principio de la dignidad de la persona "considerado en si mismo" es un derecho natural, aunque su concreción sólo es derecho positivo en cuanto se recoge en el derecho vigente como es el caso del derecho alemán que reconoce en su Ley fundamental los derechos humanos o fundamentales. Estos últimos son concreciones mutables del propio principio de respeto, que sería suprapositivo (p. 63-64)

Lo que hace Larenz es negar el carácter de Derecho justo a las concreciones del principio suprapositivo de la dignidad de la persona, concreciones que son mutables por ser de derecho positivo mientras que el principio suprapositivo es inmutable.

Aunque diga Larenz que los principios no son únicamente un tema intelectual sino que influyen en la modernización y perfeccionamiento del derecho (p. 66) la impresión que produce Larenz es la de no destacar la importancia de los condicionamientos materiales a la hora de explicar la aparición de concreciones, manteniéndose más bien en un plano de desarrollo racional de una idea que se va concretando en diferentes niveles, aunque sin alcanzar la plena racionalidad y justicia de lo que es inmutable.

III. *LOS PRINCIPIOS DE LA ESFERA INDIVIDUAL*

En relación al contrato se pregunta Larenz: ¿cómo puede el hombre emitiendo una declaración de voluntad vincularse a ella o, como a veces se dice, crear una vinculación? Que pueda hacerlo, no es algo que se entienda fácilmente. Por el contrario, es algo extraordinario. (p. 70)

Probablemente el fenómeno de la vinculación, en amplio sentido, es una constante de las sociedades humanas ya que, o bien es necesario o bien favorece la supervivencia del grupo. Cuando la simple supervivencia está asegurada la vinculación es un elemento de legitimación del Estado puesto que evita la utilización excesiva de la fuerza física, aunque el problema de la legitimación sea mucho más complejo que esto.

En relación a la libertad de contratación, dice Larenz que las limitaciones que se establecen para ella son excepcionales ya que se refiere a un modelo que se basa en la iniciativa privada, libre juego de las fuerzas económicas, libre competencia, etc. (p. 75). Sin embargo, este modelo no parece corresponderse con lo que sucede en la realidad económico-social. Pero en todo caso, las mencionadas limitaciones excepcionales lo serían más a nivel jurídico que real, dadas las posibilidades de obviar las obligaciones jurídicas, especialmente las grandes compañías, o la no utilización de las vías jurídicas ordinarias, etc. No parece que la normativa jurídica haya pretendido mantener el libre juego de mercado, o si lo ha pretendido ha mostrado su impotencia, ya que las leyes antimonopolistas no han conseguido evitar que los monopolios sean una realidad estructural del capitalismo actual.

En opinión de Larenz, la equivalencia, en los contratos sinalagmáticos, puede desequilibrarse por situaciones de necesidad, de escasez, etc., declarándose nulos los negocios usurarios o en los que haya una extraordinaria desproporción. Salvo casos extraordinarios el contrato es justo porque responde a la recíproca autodeterminación de las partes. (p. 76 a 78)

Pero esta autodeterminación es sólo una forma de autodeterminación. En primer lugar, es autodeterminación pero dentro de normas heterónomas, y en segundo lugar, es la forma de autodeterminación que requiere un modelo de sociedad que necesita seres libres que establecen relaciones jurídicas, libremente, en el mercado.

Larenz concreta más cuando añade: "Se puede suponer que las ofertas de contrato con contenido injusto se rechazan normalmente... el requisito del consentimiento de ambas partes y la posibilidad de rechazo, llevan a defender la justicia del mecanismo contractual, o por decirlo de otro modo, a un alto grado de probabilidad de justicia del contenido contractual". (79)

Dado que no se contrata en abstracto, la defensa y justificación del contrato por parte de Larenz, entiendo que debe interpretarse como una justificación de lo que se contrata y cómo se contrata, es decir, un determinado tipo de relaciones sociales.

En tal sentido, reconoce Larenz que el precio de mercado es un justo precio, a menos que se produzcan importantes perturbaciones, y los bienes vitales se vuelvan escasos. Es decir, el mercado nos da normalmente un precio justo, pero cuando está dominado por una o varias empresas, hay que intentar descubrir el precio que presumiblemente se habría formado en un mercado libre... (83-83)

Si existiese realmente la concepción ideal de mercado libre, este mercado daría el precio justo, pero en función de una serie de variables, capital privado, propiedad privada de medios de producción, inversión en función del beneficio, división entre trabajo manual e intelectual, etc., que no tienen que aceptarse forzosamente. Si Larenz defiende el principio de dignidad del ser humano y su autodeterminación también defiende un determinado modo de alcanzarlo, por medio del mercado con algunos correctivos.

Reconoce Larenz que el problema del salario justo es casi un proble-

ma sin respuesta, por lo que el ordenamiento jurídico hace bien reconociendo el derecho de huelga y los convenios colectivos, ya que con los sindicatos se crean los presupuestos para que una discusión sobre los salarios se realice por partes negociadoras de igual fuerza. (83-85)

En este caso, Larenz no deja al mercado que dicte el salario justo, tal vez porque el ser humano no es una mercancía o porque no debe ser tratado como si lo fuera.

En Alemania, la legislación siguió a la jurisprudencia, promulgando la ley de las Condiciones Generales de Contratación, en la que la limitación de la libertad contractual se justifica por la falta de igualdad de la situación. (88-89)

Larenz parece opinar aquí, que esta jurisprudencia y ley posterior han devuelto el equilibrio a las relaciones contractuales. El libre mercado, sin contaminaciones monopolizadoras o de superioridad de unos sobre otros, devolvería el equilibrio a unas circunstanciales situaciones injustas.

Esta reconducción legal y jurisprudencial al equilibrio, a la proporción medida, estas limitaciones a la libertad contractual, que se justificarían por la falta de igualdad de las partes, no son sino muestras de una desigualdad añadida a la desigualdad estructural, que en Larenz es el punto de equilibrio o proporción medida.

Si es cierto que el Estado se encuentra en condiciones de velar por los intereses de conjunto de la clase capitalista, aunque no en la misma medida e intensidad a sus diversos grupos, estos límites a la "excesiva" desigualdad podrían ser un ejemplo de la compleja perspectiva con la que el Estado puede valorar la trascendencia social de las categorías económicas, no forzosamente coincidente con los intereses menos globales y plurales de los grandes grupos económicos, o el efecto político de la violación o desvalorización de ciertas categorías jurídicas, o la repercusión deslegitimadora de un excesivo hiato entre discurso político y realidad cotidiana.

Lo que en Larenz es retorno feliz a una situación de proporción medida también puede entenderse como una situación de equilibrio inestable apoyada en la desigualdad real, configurada jurídicamente como igualdad de autodeterminación. Por otra parte, estas lacras de "excesiva" desigualdad, como la usura o la *laesio enormis*, mencionadas por Larenz, eficazmente perseguidas pueden servir para realzar la justicia del equilibrio "natural" de mercado.

Opina Larenz que las cláusulas generales no son fórmulas vacías en las que se pueda introducir cualquier cosa. Tienen un contenido aunque no esté precisamente perfilado y no tenga la forma de una definición. Por ejemplo, la concreción de la buena fe se realiza paso a paso, habiendo factores de orientación y valoraciones adicionales que se tienen que mantener dentro del marco previamente establecido. (97)

Larenz parece apostar por el jurista descubridor de contenidos. Se supone que el jurista sabrá cuándo sus decisiones están dentro del marco y cuándo no, sin que el criterio elegido pueda conducir a la creación sino solamente a lo que ya estaba contenido en el propio principio.

IV. *LOS PRINCIPIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL*

En relación a la sanción penal, se preocupa Larenz por buscar una justificación a la misma ya que supone una limitación a la libertad humana. En tal sentido, una pena será justa cuando afecte a actos u omisiones que, en el sentir de la moral social dominante, merecen una censura moral, y al mismo tiempo son dignos de pena debido a su carácter dañoso para la sociedad o por la inobservancia del Derecho que expresan. (100)

En contra de que el delincuente sea tratado como un medio y no como un fin, dice: "incluso en aquellos casos en que se considere alcanzable el fin de reeducación hay que cuestionarse qué es lo que autoriza a someter al agente mayor de edad a una educación obligatoria que para él, sea como fuere, representa por lo pronto un mal recibirla". (101)

Aunque el respeto para la personalidad moral del delincuente sólo es posible "cuando él mismo, como juzgador moral, considere justa la pena porque la "merecía" a causa de su acción y por ello la acepta internamente" (101) precisa posteriormente que "la diferencia consiste en que la culpa en sentido moral la experimenta el individuo con base en una imputación, mientras que la fijación de la culpa en sentido jurídico se produce por la vía de la heteroimputación" (104).

Claro que esta heteroimputación no sería necesaria si todos los transgresores de la moral dominante participasen también de ésta sintiéndose, por ello, culpables. Se produciría así la asunción de los merecidos castigos, trasladando la culpa al agente, de forma exclusiva, por lo que el modelo queda al margen de consideraciones críticas.

Prosigue Larenz diciendo que: "sería un error construir la reinserción social sobre la idea de que no existe propiamente culpa y que el agente es sólo una víctima de las circunstancias, al que nada se le puede exigir. Más bien se le debería hacer comprender que en la vida a cada hombre se le plantean exigencias y que uno tiene que estar presto hacia ellas" (112-113).

Se trataría de saber que tipo de exigencias, en función de que intereses, etc., para facilitar el convencimiento o no de la presteza en el cumplimiento.

Se interroga Larenz por el problema de la proporcionalidad entre la ofensa y la pena, diciendo: "Mas ¿qué pena es ajustada a la culpa? la dificultad casi insuperable consiste en que son magnitudes básicamente incommensurables... (113).

V. LOS PRINCIPIOS DE LA ESFERA DE LA COMUNIDAD

Cuando hace referencia a las sociedades civiles señala que "el contrato de sociedad puede estipular la regla de unanimidad o mayoría, pero en interés de la sociedad puede transferirse la gestión social a alguno o algunos de los socios (130).

El planteamiento de Larenz que habla de interés de la sociedad, contrasta, por ejemplo, con lo que dice Galgano en *Las instituciones de la economía capitalista*, cuando afirma que "un accionista o un grupo restringido de accionistas de acuerdo entre sí, puede detentar por sí solo una fracción de capital suficiente para formar la mayoría en la junta general; se le contrapone una multitud de pequeños accionistas destinados a permanecer, irremediamente, en minoría".

Cuando Larenz se traslada al ámbito estatal, el principio de participación, el derecho de cooperación y el principio de igualdad adquieren una relevancia especial ya que el Estado liga a la ciudadanía de modo forzoso, tiene el derecho de ejecutar sus propias órdenes, etc., lo que plantea la necesidad de justificación. El poder estatal se justifica porque es necesario para la obtención y conservación de la paz social. Sólo estará adecuadamente fundamentado cuando se organice de acuerdo con el Derecho justo, esto es, según los principios de un Estado de Derecho (133-134).

Sin ningún desprecio por las garantías formales, con sus importantes consecuencias materiales, cabría decir que Larenz sólo se ocupa de la es-

fera jurídico-política e incluso podría decirse que de la jurídica, lo que puede parecer consecuente con el título del libro que se refiere a la ética jurídica. Sin embargo, ello supone una concepción de lo jurídico que deja al margen consideraciones socio-económicas de las que no puede ser ajeno el Estado. Más bien parece que el Estado se contempla como un centro de imputación y del que se supone una exclusiva relación jurídica con los ciudadanos. En tal sentido, dice: El Estado se encuentra con cada uno de sus miembros en una relación jurídica..." (133). Creo que desde determinadas perspectivas junto a la relación jurídica no pueden dejar de mencionarse las relaciones no jurídicas, contrariamente a la perspectiva kelseniana.

En relación al principio de igualdad, dice que en el derecho privado tiene escasa importancia ya que son admisibles las desigualdades que el desfavorecido consiente (138-139). También refiriéndose al derecho privado, dice Larenz: "por tanto, el principio de igualdad se postpone al de autodeterminación, pero precede al de predominio de la mayoría...".

Desde una contemplación jurídica encontramos autodeterminación, igualdad y principio de las mayorías, pero desde una perspectiva socio-económica podemos ver dominio de las minorías, aunque no siempre y en todo lugar, concentración de capital junto a la pobreza, y heterodeterminación junto a escasas posibilidades de autodeterminación.

En la llamada sociedad civil, en la que las desigualdades son más patentes que en la sociedad política, el derecho se expresa como configuración abstracta de principios como la libertad, igualdad, etc., abstrayendo precisamente los aspectos que podrían mostrar la no libertad, la no igualdad. Si las características de generalidad y abstracción han dejado de ser sacralizadas en el siglo veinte como lo fueron en el diecinueve y se ha hecho patente la importancia de las normas acto, ello ha significado especialmente una mayor capacidad de intervención y decisión del Estado, en función de las exigencias y compromisos que el Estado asume frente a los problemas o crisis económicas y sociales.

Aún admitiendo la diferenciación entre prioridad lógica y cronológica, el lenguaje jurídico es, básicamente, configurador y no creador de relaciones sociales ya que las más significativas e importantes vienen ya dadas a partir de determinadas configuraciones de la riqueza de una sociedad, del modelo de producción y distribución, de la división social del trabajo y de múltiples variables subjetivas. La configuración jurídica, entendida como explicación autosuficiente de lo jurídico, supone que dejar a un lado el contexto de descubrimiento es un requisito metodoló-

gico necesario para que pueda hacerse ciencia jurídica.

Por otra parte, una perspectiva exclusivamente sociologista se tiene que enfrentar con problemas como el de la validez jurídica, la diferenciación entre relaciones sociales y jurídicas, etc.

Cuando Larenz se refiere al ámbito del Derecho público dice que el tema de la igualdad adquiere distinta consideración ya que junto al sometimiento al poder del Estado tiene que darse como correlato una participación con iguales derechos (140).

El Estado social de Derecho, dice Larenz, entiende que: "La igualdad en la libertad es igualdad de oportunidades... La libertad no puede ser libertad de unos pocos, pero la igualdad no puede ser igualdad en la no libertad" (149). Pero la igualdad en la oportunidad expresa fundamentalmente que el ordenamiento jurídico no ha previsto exigencias legales especiales para los ciudadanos por el hecho de serlo. Hay, básicamente, condicionantes no jurídicos de la igualdad en la oportunidad, que no serían objetivo específico del Estado social de Derecho, a pesar de que exista por parte del Estado la asunción de una serie de cargas sociales.

VI. *LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO, EN SENTIDO ESTRICTO*

Después de hacer un breve repaso histórico al Estado de Derecho, que surgiría, según Larenz, para hacer frente al constante abuso de los poderes dominantes, pasa a una consideración del Estado de Derecho que no consiste simplemente en un Estado de leyes, ya que la afirmación del dominio de las leyes y no de los hombres es una afirmación formal que dice muy poco. Se sitúa, pues, en un Estado de Derecho que, conservando los aspectos formales más importantes, añade la vinculación del legislador a principios jurídicos fundamentales.

El primero es el de la limitación y control del poder, enfocado por Larenz a partir de la clásica distinción entre legislativo, ejecutivo y judicial (159).

Reconoce Larenz que el control de poder no afecta sólo a los que detentan parcelas de poder estatal sino también a los grandes poderes económicos que tienen un predominio en el mercado. Sin embargo, el control no se puede convertir en dirección estatal ya que el remedio sería peor que la enfermedad (161).

¿Cuándo hay abuso del poder económico? Larenz traduce el interrogante a nivel contingente y no estructural dado que el mercado nos diría, normalmente, el precio justo de las cosas. El abuso sólo existiría cuando se amenazasen de manera insoportable la libertad de los demás o el equilibrio del conjunto de las fuerzas sociales.

Añade Larenz: “sólo donde este equilibrio se ve seriamente perturbado puede y debe intervenir una instancia de control, con el objetivo de restablecerlo” (162).

Parece, pues, que el Estado se nos presenta como una instancia neutral que, en determinadas circunstancias, restablece el equilibrio que se supone justo y racional. Si Larenz entiende por equilibrio el equilibrio existente no admite otro u otros tipos de equilibrio. De ahí vendría el deber del Estado de restablecer un determinado equilibrio cuya descompensación, por un lado u otro, dificulta o impide el desarrollo normal del sistema.

El segundo principio se refiere a la inadmisibilidad de leyes retroactivas. No es admisible, dice Larenz, respecto a las retroactivas genuinas en que la ley onerosa para el ciudadano interviene en unos hechos pertenecientes al pasado y ya liquidados (162).

Sin embargo, una duda se le plantea a Larenz, “¿es efectivamente digna de tutela la confianza de quedar indemne de pena, cuando se trata de un acto indudablemente reprobable e incluso antijurídico, pero en el cual el agente ha descubierto una laguna en el código penal, que le posibilita para deslizarse a través de ella?” (165).

Parece muy peligroso responder afirmativamente a la duda de Larenz. Si no se limita estrictamente la capacidad represiva del Estado, su tendencia es la expansión con los peligros que comporta para la libertad.

El tercer principio es el de la vinculación al Derecho de todos los órganos del Estado. Aquí expone Larenz el sometimiento de la Administración a la ley, aunque con un cierto margen de arbitrio que debe estar en consonancia con la finalidad de la ley y de los principios generales del Derecho (166).

En relación a la vinculación a las leyes por los jueces dice, “que no se limitan a una simple aplicación de la ley... los jueces deben encontrar el Derecho vigente para el caso concreto, que no siempre está previamente dado en la ley” (167). Sin embargo, precisa posteriormente que “no es

cierto, como en ocasiones se afirma, que el intérprete pueda elegir entre los diferentes puntos de vista de interpretación" (168).

Entiende Larenz que la vinculación del juez a la ley y al Derecho permite una decisión jurídicamente fundamentada, que no es propiamente subsunción ni decisión creadora ya que "entre la pura subsunción y el "acto de decisión creador de una norma "existe una serie de etapas intermedias..." (169).

El cuarto principio es el de otorgamiento de una amplia tutela jurídica, en el que hace referencia al control de los actos de la Administración, al papel del Tribunal Constitucional Federal, que tiene la última palabra en lo referente a la interpretación de la Constitución, y la constitucionalidad de las leyes (177-178).

Dentro de este cuarto principio introduce Larenz una apreciación importante que hace referencia al problema de la fuerza y de la autoridad: "la vigencia fáctica de todo ordenamiento jurídico no descansa en última instancia en su poder de coacción exterior, sino en el sentimiento jurídico de los que viven de acuerdo con él y en la autoridad moral y en la integridad de los que lo representan, preferentemente los jueces. A quien no comprenda esto, porque no vea en un ordenamiento jurídico más que el aparato de coacción estatal -añadido a él, sirviéndole-, le resulta siempre incomprensible cómo funciona un Estado de Derecho" (179).

Ciertamente, ver la coacción como única forma de manifestación estatal resulta insuficiente y no permite entender la complejidad y pluralidad de las manifestaciones estatales. Una vigencia fáctica basada solamente en la coacción sólo existe en cortos períodos extraordinarios ya que si no se consigue una cierta base social el poder no puede mantenerse. Parece que La Historia enseña, hasta hoy, que el poder siempre ha pretendido convertirse en autoridad, utilizando aparatos ideológicos de dominación, justificación y organización de consenso, que pueden ser más o menos complejos.

El problema no es el de contemplar la coacción como explicación exclusiva de la actividad estatal sino en aceptar o no que tal vigencia descansa en el sentimiento jurídico de los ciudadanos y en la autoridad moral e integridad de sus representantes. Y en el supuesto de aceptar esta respuesta como explicación última, cabría preguntarse si los sentimientos jurídicos se explican por sí mismos o existen motivaciones que pueden racionalizarse y aparecer como causas no mecánicas que tienden a

que las configuraciones jurídicas no sean básicamente contradictorias con el equilibrio de fuerzas y relaciones sociales de las que en algún momento ha mencionado Larenz. El cambio en el sentimiento jurídico se explicaría por un cambio en la psicología colectiva, sin necesidad de contemplar, con intenciones explicativas o justificativas, la distribución y conformación del capital y la tecnología, entre otras materialidades.

Termina Larenz haciendo referencia a los principios procesales de un Estado de Derecho, la imparcialidad del juez y la audiencia en derecho de cada parte (181-183).

Cuando se refiere a los condicionamientos de clase a la hora de dictar resoluciones judiciales, dice lo siguiente: "el interés de clase determina la conciencia y nadie consigue pasar por encima de ello. Frente a este modo de pensar hay que decir, en primer lugar, que en el Estado liberal-democrático la mayor parte de los jueces no pertenece a la clase "capitalista", como la teoría de la "sociedad de clases" al hablar de la "clase dominante" piensa, sino a una mucho más amplia clase media... este estrato social desarrolla unas especiales valoraciones determinadas por la profesión y del grupo social de procedencia, pero no es una clase en el sentido de la teoría marxista" (185).

Digamos, en primer lugar, que cuando los jueces son objetivos, por utilizar algún vocablo, están interpretando y aplicando los supuestos de un determinado ordenamiento jurídico-político que, con independencia de las comparaciones, traduce más o menos bien una predominancia de intereses que, en cualquier caso, no son, por lo menos en todos los casos, los de la población en general, aunque el discurso político del Estado pretende o cree estar por encima de las clases sociales o de los grupos. Naturalmente, además de intereses materiales hay intereses de otros tipos que el pensamiento occidental, des de Aristóteles, Kant, etc., hasta Habermas, ha puesto de manifiesto.

Parece que la ponderación y el equilibrio de los jueces se debería a que pertenecen sociológicamente a los grupos situados entre la clase alta y baja, sin pertenecer a la clase capitalista ni a la proletaria. Esta preocupación por el "justo medio" parece indicar la creencia o por lo menos la sospecha de que el interés de clase determina la conciencia, aunque específica: "pueden superarse en un largo y fatigoso proceso, aunque dado que los jueces son hombres como los demás, nunca enteramente" (185). Pero si las determinaciones de clase no son insuperables podría darse el caso de que los jueces se decidieran por una perspectiva capitalista o proletaria. Esta posibilidad que se limitaría por la pertenencia sociológica

de los jueces a la clase media parece ser el punto de vista de Larenz. Sin embargo, dada la importancia y funcionalidad de los aparatos ideológicos no parece que la clase capitalista tenga necesidad de realizar personalmente las funciones judiciales. Por el contrario, en ciertas circunstancias históricas como las actuales iría en su propio perjuicio el no mantener un distanciamiento, por lo menos formal de los centros de decisión estatal, ya que los otros centros de decisión están mucho más a mano. Tampoco sería creíble un discurso político que no pasara por un cierto respeto a la división de poderes y a la independencia judicial. Pienso que el problema no está solamente ni en mayor medida en la situación sociológica de los jueces.

La otra manifestación procesal es el principio de contradicción, por el que el juez debe oír a las partes antes de dictar sentencia (186). A pesar de la gran relevancia de este principio, sea cual sea el modelo social, presenta el problema de tratar a las partes en un plano de igualdad, ya que en las pretensiones, consideradas abstractamente, no tienen en cuenta la desigualdad real de los sujetos. De esta manera, el trato igual reproduce la desigualdad real, es decir, el fallo justo reproduce la desigualdad real a través de la igualdad procesal.

VII. *EL MODO DE VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS*

Se pregunta Larenz si solamente podemos predicar la vigencia normativa en referencia a las normas jurídicas o si, por ejemplo, se pueden incluir principios jurídicos. Dice en este sentido: "no sólo el principio de buena fe pertenece al derecho vigente. También pertenecen a él los pasos intermedios que la jurisprudencia ha dado para concretar dicho principio, como ocurre con la inadmisibilidad de venire contra factum proprium o con el abuso del derecho, porque son criterios a seguir en las posteriores concreciones y vinculan al juez toda vez que su inobservancia es motivo del recurso de revisión. Lo mismo se puede decir de todos los demás principios de un Derecho positivo reconocidos como tales" (197).

Si el Derecho vigente no es sólo la norma dada por el poder legislativo sino también la construida y los procesos de concreción correspondientes, la jurisprudencia está arrogándose funciones legislativas, ya que el concreto desarrollo de las normas o los principios dictados por el poder legislativo no son de carácter necesario. Su específica concreción, que no quiere decir arbitrariedad, ha sido puesta por el juez.

Si bien los principios de Derecho positivo pueden ser justos o injustos, afirma Larenz que "los principios del Derecho justo, en cambio, no

pueden ser nunca injustos, porque un principio injusto del Derecho justo es una contradicción” (197-198).

Ciertamente que es una contradicción decir que los principios del Derecho justo pueden ser injustos, pero esta tautología no proporciona gran ayuda a la hora de enfrentarse con el problema de la aplicación concreta para la resolución de conflictos.

Larenz expone las dificultades que se presentan para conocer estos principios del Derecho justo: “su contenido se escapa a la aprehensión directa de nuestro pensamiento y sólo se nos ofrece de manera mediata a través de su concreción en un derecho positivo. Por eso nunca es notorio de un modo completo y cerrado y se escapa a toda definición” (199).

Estos principios del Derecho justo parecen ser una especie de ideas regulativas que se llenan de diversos contenidos según las interpretaciones históricas. De este modo, los principios del Estado de Derecho mencionados por Larenz serían principios de Derecho justo porque son ideales que debemos realizar, aunque esta realización completa sea imposible por nuestro conocimiento limitado y porque no sabemos en qué consisten exactamente.

Termina diciendo: “por lo demás, yo no diría que cambian los criterios sobre lo justo en sí mismo considerado y, por tanto, los principios del Derecho justo, sino que cambia el conocimiento que nosotros tenemos de ellos y el modo y la medida de su realización por su concreción en el Derecho positivo” (202).

Con esta laxitud de los principios del Derecho justo las diferentes concreciones pueden pretender que son correctas y justas. Para poder saber con mayor precisión si nuestras concreciones eran correctas es preciso descender a formulaciones menos abstractas que permitan, por lo menos, una cierta contrastación, ya que los principios del Derecho justo formulados por Larenz nos sitúan en una encrucijada que no aporta datos suficientes para la elección de un determinado camino.