

El pensamiento jurídico de los «Estudios de Gubernamentalidad». Los desarrollos post-foucaultianos acerca del funcionamiento del poder desde una perspectiva jurídica

Por DAVID VILA VIÑAS¹
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Pese al eco que la obra de Michel Foucault ha tenido en distintos ámbitos de las ciencias sociales, sus primeras lecturas desde la disciplina jurídica-consideraron que no se interesaba por el derecho, al conceptuarlo como una modalidad pre-moderna de ejercicio del poder. Frente a esta interpretación y de manera reciente, se ha producido una revitalización de este pensamiento y un análisis de las tecnologías jurídicas desde el marco foucaultiano de la gobernabilidad, sobre todo a través de los governmentalitystudies. Esto ha llevado a destacar su relevancia para la actividad de gobierno, al menos, en la legitimación de sus prácticas y en la articulación de los distintos espacios, niveles, dispositivos y agentes, así como a definirlo como uno de los regímenes de veridicción centrales para la actividad de gobierno.

Palabras clave: *Foucault, gobernabilidad, disciplina, derecho, welfare.*

¹ Este trabajo se enmarca dentro del *Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos»* (CSD 2008-00007). Coord. Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III, de Madrid. (A.-Laboratories-rsch). Laboratorio de Sociología Jurídica Universidad de Zaragoza. Responsable: Manuel Calvo García.

ABSTRACT

Despite the impact that Michel Foucault's work has had in different areas of the Social Sciences, his first readings from legal discipline considered he wasn't interested in Law, based in his conceptualization of Law as a pre-modern modality of power exercise. Against this perspective, a recent interpretation of this thought has proposed a new analysis of juridical technologies from Foucaultian framework of governmentality-mainly by the «governmentality studies» group. As a consequence, its importance in the governmental activity has been highlighted, at least, in the legitimation of its practices and in the articulation of the different spaces, levels, devices and agents, as well as the definition of Law as a central regime of veridiction in the governmental activity.

Key words: *Foucault, governmentality, discipline, Law, welfare.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA TESIS INICIAL DE LA «EXPULSIÓN» DEL DERECHO EN FOUCAULT.-3. INCLUSIÓN DEL DERECHO: FUNCIONES. 3.1 *Centralidad del poder en los análisis sobre el derecho: interdependencia en razón de la eficacia.* 3.2 *El derecho como dispositivo de articulación de saberes, objetos y técnicas de gobierno.* 3.3 *Efectos productivos de «lo jurídico».*-4. UTILIDAD DEL DERECHO COMO SABER DE GOBIERNO.-5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Es bien conocido el impacto de la obra de Michel Foucault en el ámbito de las ciencias humanas y sociales, reavivado con la publicación de cursos, seminarios, entrevistas y materiales inéditos, así como por numerosos análisis de sus trabajos desde diferentes disciplinas. Incluso en el ámbito anglo-sajón, menos proclive a la recepción de las grandes trayectorias filosóficas continentales, se desarrollaron, desde los años 1990s, los llamados *governmentality studies* (Valverde 2010; Rose 2006; Bröckling 2011: 1-10), para designar un conjunto de autorresy líneas de investigación que trasladaban el diagrama analítico de la gobernabilidad a diferentes campos de análisis.

En la última parte de su obra, Foucault elaboró el marco analítico de la *gobernabilidad* para referirse al ejercicio del poder estratégicamente estructurado en las sociedades modernas. En particular, en el curso de 1978, «Seguridad, territorio, población» (Foucault 2008), enmarcó en distintos diagramas generales de ejercicio del poder regí-

menes de prácticas que había analizado en investigaciones anteriores. En este contexto, las formas políticas actuales en Occidente podrían reconstruirse a través de una transición por tres regímenes o diagramas de fuerzas (Deleuze 1987: 61-3): «Se da, en efecto, un triángulo: soberanía-disciplina-gestión gubernamental cuya meta principal es la población y cuyos mecanismos esenciales son los dispositivos de seguridad» (Foucault 1999e: 194). Por tanto, en primer lugar, alude a la formación de un Estado de justicia, correspondiente con un modelo de poder territorial y feudal, donde la técnica principal sería la ley, escrita o consuetudinaria, según un juego de litigios y de obediencias o revueltas, agrupadas de manera binaria. En segundo lugar, se refiere a un modelo de Estado administrativo, «nacido en el xv y xvi en una territorialidad de tipo fronterizo y ya no feudal» (Foucault 1999e: 194) y correspondiente a las sociedades disciplinarias o reglamentarias. Y en tercer lugar, alude a un Estado de *gobierno*, que no está definido por su territorialidad, sino por su población. Aquí, el saber instrumental que destaca es la economía política y sus técnicas principales, los dispositivos de seguridad, que combinan los desarrollos del *pastorado* cristiano, las técnicas diplomático-militares y las técnicas modernas de policía.

Sobre este esquema, en los últimos veinte años, las investigaciones de los *governmentalitystudies* han ofrecido resultados muy interesantes en distintas instancias de análisis: respecto a las racionalidades políticas que se articulaban y enfrentaban en estos regímenes de gobierno; respecto a los campos de discurso cambiantes, dentro de los que se conceptualiza el ejercicio del poder, la justificación moral para determinadas formas de su ejercicio, por parte de distintas autoridades; o respecto a las nociones, formas, objetos y límites de las políticas, así como a la distribución de los asuntos seculares, familiares, militares y espirituales (Rose 1992).

Sin embargo, el ámbito del derecho y, en particular, de la filosofía del derecho, no ha sido un campo de recepción directa del pensamiento foucaultiano y sus actualizaciones². Por supuesto y pese a la ambición del título, no pretendemos analizar aquí toda la relevancia de las investigaciones foucaultianas para el ámbito jurídico. Quisiéramos, en cambio, realizar una aproximación general a este asunto que, en fechas muy recientes, ha adquirido una notoriedad extensa en el campo de las investigaciones socio-jurídicas, a la par que apuntar algunas líneas de desarrollo de estos temas concernientes a la filosofía del derecho.

En una primera etapa de recepción, se consolidó la interpretación de que el pensamiento foucaultiano «expulsaba» al derecho de sus

² Evidentemente existen aquí excepciones notables en el ámbito de la filosofía del derecho española, amén de las citadas para la sociología jurídica, como, sin ser exhaustivos, la de Serrano (1987), Sauquillo (1989; 2001a; 2001b), Casanovas (1987) o Pelayo (2011, 2003; junto con Moro, 2003).

análisis (Hunt 1994). Siendo ésta una posición que entendemos se ha matizado mucho recientemente (Golder 2009; VV.AA. 2010), mostraremos que encuentra apoyo en la obra foucaultiana, a condición de conservar la concepción estrecha del derecho que Foucault adoptó expresamente en sus trabajos acerca del ejercicio del poder; trabajos de la llamada segunda etapa (Deleuze, 1987), que son, además, sus trabajos más difundidos.

Por nuestra parte, preferimos apostar por un enfoque más amplio, que encuentra desarrollos notables en la obra foucaultiana y en las posteriores y que subraya la relevancia del derecho para el ejercicio de las actividades de gobierno mediante distintas funciones: de legitimación, de articulación orgánica y de producción. Por último, expondremos una de las dimensiones más interesantes de “lo jurídico” en Foucault, cual es su consideración como *régimen de veridicción*, es decir régimen de producción de verdad estructurante y habilitador del ejercicio del poder en nuestras sociedades.

2. LA TESIS INICIAL DE LA «EXPULSIÓN» DEL DERECHO EN FOUCAULT

En el estudio del impacto foucaultiano sobre el derecho, el trabajo de Hunt y Wickham (1994) sentó una caracterización influyente, que incidía en la idea de una doble negación o «expulsión» del derecho en Foucault³. Esta visión se sustentaría en dos giros analíticos. Primero, Foucault apostaría por la relevancia, en la modernidad, de otros modos de regulación y formalización de las relaciones de poder, en particular por unas disciplinas y una biopolítica extra-jurídicas⁴. Y ello derivado

³ Por otra parte, el mismo HUNT (2004: 608) reconoce que esa falta de interés directo por la norma «no disminuye el valor de la contribución foucaultiana a nuestra comprensión de los mecanismos modernos de regulación»; de lo que son muestra los trabajos de autores/as post-foucaultianos/as a que aludiremos a continuación.

⁴ En esta línea, WALBY (2007: 554-6) ha señalado el carácter excesivo que tiene en Foucault la dicotomía soberanía –ley respecto a disciplina– norma. HUNT y WICKHAM (1994: 60) indican que, en esta fase de la obra foucaultiana, el estudio se centra en exceso en el monopolio del Estado sobre la producción jurídica, sin atender de forma suficiente a la influencia de agentes privados o extra-estatales en esta producción: por ejemplo, a la dispersión del poder real, las formas de autorregulación populares, consuetudinarias, el conflicto entre las distintas jurisdicciones en competencia eclesiástica, comercial, etc. Esta opción habría desconsiderado el carácter, nada pacífico, de la codificación y de la progresiva centralización del derecho en el Estado. Por nuestra parte, sostenemos que la presencia de estos elementos extra-estatales en la producción de normas es rica a lo largo de la obra de Foucault, incluso si el análisis se ciñe a las obras que tratan Hunt y Wickham, por ejemplo en relación con el carácter minoritario y sectario con que se desarrollaron las disciplinas o con la formación de los saberes expertos o de las ciencias de la conducta. Sí es cierto, en cambio, que el modo en que estas normas llegaron a formalizarse jurídicamente permanece bastante desatendido en este periodo.

de una fuerte vinculación entre el derecho, identificado sobre todo con la ley, su ejecución y, en general, el modelo austriaco de reglas y sanciones (Tadros 2010: 149), y el modo típico de ejercicio del poder durante el periodo de hegemonía del poder soberano, lo que llevaría a su homólogo decaimiento después (Golder 2009: 55-6). Además, esta fuerte identificación del derecho con la soberanía obscurecería la verdadera ambigüedad y complejidad de estos procesos de modernización, en los que el derecho también tuvo su espacio dentro de las posiciones resistentes a la modernidad, sin que quepa reducir todas las expresiones jurídicas a una repetición del esquema absolutista de la soberanía (Hunt 1994: 53, 64).

En cierto sentido, ésta es la lectura que hacía también Serrano (1987: 82, 143-8), al explicar esta posición «marginal» de lo jurídico en Foucault en la consideración foucaultiana de que el derecho estaba limitado para comprender el funcionamiento y ejercicio del poder, tanto por su dependencia vertical respecto al poder soberano, como por sus rasgos de generalidad y abstracción (de la norma y del sujeto de derecho), que se contraponen al plano de la *microfísica* del poder. Así, y si se atiende solo a esta segunda etapa de la obra foucaultiana, puede resultar exacto el señalamiento de Habermas (1989: 347) acerca de la falta de consideración, dentro de los análisis históricos de Foucault, como los de *Vigilar y castigar* (Foucault 1978), de las transformaciones del Estado y su producción normativa desde el Antiguo Régimen hasta el moderno Estado de Derecho.

Aunque no entendemos que lo más relevante del pensamiento foucaultiano respecto al derecho sea esta actitud de «expulsión» o de falta de reconocimiento, sí consideramos la existencia de notables argumentos para que los análisis expuestos, en cualquier caso muy valiosos, se hayan consolidado. Desde nuestro enfoque, preferimos precisar que el alejamiento no se produce respecto al derecho, sino a ciertas cuestiones de método que acompañaban a su entendimiento más extendido. Por una parte, Foucault atendió, aunque no de manera central, a ciertas cuestiones relativas a la formación del Estado moderno, como la justificación, funcionamiento y límites de la soberanía, que tuvieron también una dimensión jurídica⁵, toda vez que el derecho monárquico, como lenguaje y forma del discurso de soberanía, fue un elemento clave de auto-comprensión de la monarquía⁶.

Ahora bien, esto siempre se hizo a partir de ciertas precauciones de método. En primer lugar, precaución frente a la concepción liberal del

⁵ «El discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia». (FOUCAULT 2003: 31).

⁶ *Vid.* HUNT (1994: 44). FOUCAULT (1984: 62) indicaba: «El derecho no fue simplemente un arma manejada hábilmente por los monarcas; fue el modo de manifestación y la forma de aceptabilidad del sistema monárquico. A partir de la Edad Media, en las sociedades occidentales el ejercicio del poder se formula siempre en el derecho».

derecho, dado que ésta se cerraba en una consideración «pre-moderna» del ejercicio del poder⁷. Por supuesto, aquí sí se advierte, en ocasiones, una identificación demasiado estrecha entre derecho y ley, en los casos en que la crítica se dirige al exceso de visibilidad de la ley y a su efecto de oscurecimiento sobre otras formas de ejercicio del poder, como las disciplinarias (Tadros 2010: 149-52; Hunt 1994: 49), y sobre otras formalizaciones jurídicas, como las instituciones modernas (Burchell 1991: 131). Buena parte del campo de análisis abierto por el concepto de disciplina se funda sobre el reconocimiento de un modo de ejercicio del poder en cierto sentido «infra-jurídico»⁸ o, en todo caso, alejado de la cúspide de las pirámides normativas y tanto más eficaz, en cuanto que menos visible como relación de poder: en el decir del mismo Foucault (2003: 33) «captar el poder por el lado del extremo cada vez menos jurídico de su ejercicio»⁹.

Así pues, esto permite delimitar dos líneas de análisis. De un lado, la introducción de unas nuevas tecnologías de ejercicio del poder en un nivel capilar y su expresión jurídica. Y, de otro, el proceso de gubernamentalización del derecho, como tecnología de intervención sobre la población, en el contexto del liberalismo y del neoliberalismo, lo que facilita el abordaje de políticas públicas en distintos órdenes.

A este respecto, aparece la segunda precaución, que se toma respecto a las abstracciones que implica la concentración exclusiva sobre un modo de ejercicio del poder siempre general o de marco, tal como

⁷ Como FOUCAULT (1984: 63-4) señala: «En el fondo, a pesar de las diferencias de épocas y de objetivos, la representación del poder ha permanecido acechada por la monarquía. En el pensamiento y en el análisis político, aún no se ha guillotinado al rey. De allí la importancia que todavía se otorga en la teoría del poder al problema del derecho y de la violencia, de la ley y la ilegalidad, de la voluntad y de la libertad, y sobre todo del Estado y la soberanía (incluso si ésta es interrogada en un ser colectivo y no más en la persona del soberano). Pensar el poder a partir de estos problemas equivale a pensarlos a partir de una forma histórica muy particular de nuestras sociedades: la monarquía jurídica. Muy particular, y a pesar de todo transitoria. Pues si muchas de sus formas subsistieron y aún subsisten, novísimos mecanismos de poder la penetraron poco a poco y son probablemente irreducibles a la representación del derecho».

⁸ «Históricamente, el proceso por el cual la burguesía ha llegado a ser en el curso del siglo XVIII la clase políticamente dominante se ha puesto a cubierto tras de la instalación de un marco jurídico explícito, codificado, formalmente igualitario, y a través de la organización de un régimen de tipo parlamentario y representativo. Pero el desarrollo y la generalización de los dispositivos disciplinarios han constituido la otra vertiente, oscura, de estos procesos. Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios había, subyacentes, esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente inigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas. Y si, de una manera formal, el régimen representativo permite que directa o indirectamente, con o sin enlaces, la voluntad de todos forme la instancia fundamental de la soberanía, las disciplinas dan, en la base, garantía de la sumisión de las fuerzas y de los cuerpos. Las disciplinas reales y corporales han constituido el subsuelo de las libertades formales y jurídicas» (FOUCAULT 1978: 224-5).

⁹ También en FOUCAULT (1990b: 108) puede verse: «Los que gobiernan la sociedad ya no son los códigos sino la perpetua distinción entre lo normal y lo anormal, la perpetua empresa de restituir el sistema de la normalidad».

el que suele acompañar a la teoría liberal del Estado y la constitución (Foucault 2009: 171-2). Esto se advierte con claridad en las exposiciones sobre la formación de una gubernamentalidad moderna. En tal contexto, sobre todo a partir del siglo XVIII, la posición del derecho, entendido de esta manera restringida, no desaparece, sino que se invierte: «En realidad, el derecho y las instituciones judiciales que habían sido intrínsecas al desarrollo del poder real se convierten ahora, en cierto modo, tanto en exteriores como exorbitantes con respecto al ejercicio de un gobierno según la razón de Estado» (Foucault 2007: 25). De hecho, los opositores a esta línea de desarrollo del Estado (tanto la reacción nobiliaria a la concentración de poder real primero, como los intereses de la burguesía frente a la monarquía absoluta después) usaron estas formas jurídicas como medios de resistencia (Foucault 2003). A su vez, los propios teóricos del Estado estaban desplegando las definiciones de la razón de Estado como un mecanismo discursivo jurídico-político que excedía al derecho.

En este contexto analítico, el progresivo desarrollo de un *arte de gobierno*, de una *gubernamentalidad* principalmente basada sobre la economía política fisiocrática y liberal, toma la concepción jurídica del poder soberano como un punto de contraste para su formación. Si esta economía política pasa a funcionar como un *régimen de veridicción* política, como un código de gobierno, lo hace con características diferentes. En primer lugar, las normas de autolimitación y fomento que impone esta economía política, constituida en saber de gobierno, operan, sobre todo, por la vía de hecho y, aunque algunas de estas reglas puedan transponerse como normas jurídicas, su infracción no afectará tanto a la legitimidad del gobierno, como a su habilidad y capacidad. En definitiva, la utilidad de un conveniente seguimiento de estas reglas limitativas de la acción de gobierno actuará como la razón fundamental de su respeto: «la cuestión económica siempre va a plantearse en el interior del campo de la práctica gubernamental y en función de sus efectos, no en función de lo que podría fundarla en términos de derecho» (Foucault 2007: 32, 26 y ss.).

En segundo lugar, la distinción entre el *agenda / non agenda* no se dirige como prohibición ni prescripción a los gobernados, sino al gobierno, en la diferenciación de los aspectos de la vida que podían ser regulados e intervenidos y los que debían permanecer inviolables (Foucault 2007: 28). A su vez, la especificación de los derechos en este ámbito de intangibilidad (de propiedad, de subsistencia, de trabajo) no se produce a partir de la pre-existencia natural de un ámbito privado o de humanidad última, sino por una razón de economía de gobierno, que excluye de su acción ciertos ámbitos, cuyo desarrollo «espontáneo» resulta funcional al proyecto general del gobierno (Foucault 2007: 39).

Para la filosofía del derecho contemporánea, resultaría muy oportuno recorrer de vuelta este camino y conceptualizar de manera explícita la dimensión jurídica, el impacto sobre nuestra concepción del derecho, de estos *regímenes de veridicción* que, decisivos para la actividad de

gobierno, permanecen al margen de «lo jurídico». En parte, ésta sería una tarea, más o menos manifiesta, en las teorizaciones acerca del derecho regulativo (Calvo 2005) y material, que se expandió en la gobernabilidad del *welfare* fordista (Teubner 1986). Estas visiones han podido incorporar al pensamiento jurídico aspectos que, sin formar parte de la norma, constituyen sus condiciones de posibilidad y de ejercicio. Éste es el sentido eminentemente jurídico que, entendemos, tienen muchos de los enunciados foucaultianos, pese a que se realicen en campos, en principio, alejados o «exteriores» a los tradicionales en esta disciplina (e incluso a partir de cierta negación de la misma); conscientes, además, de que tales cuestiones viven hoy un proceso de formalización en su interior, del que podría hablarse, en sentido lato, como una «juridización». Por tanto, estas particularidades en la consideración foucaultiana del derecho explican que el tratamiento, dentro de la disciplina jurídica, haya sido mucho menor que el otorgado en otros ámbitos de las ciencias sociales y humanas, si bien estamos en condiciones de avanzar sobre esta lectura de finales del siglo xx.

3. INCLUSIÓN DEL DERECHO: FUNCIONES

En cualquier caso, si adoptamos el derecho material como el horizonte de proyección, en el ámbito jurídico, del pensamiento foucaultiano, vemos relativizarse bastante aquella idea inicial de desconsideración hacia el derecho, que, por otra parte, nunca desapareció del contenido de sus cursos (Foucault 2008, 2003; Valverde 2010). La cuestión es, por tanto, definir mejor la posición de «lo jurídico» en este pensamiento. Para Tadros (2010: 156), esta noción tiene tres niveles en el autor francés: uno referido al derecho en un sentido objetivo y común, que puede formalizarse, en último término, de distintas maneras; otro, referido a las relaciones de poder que atraviesan el derecho en el sentido anterior y que están, con éste, en una relación de interdependencia; y, finalmente, «lo jurídico» como un código inmanente que se justifica a sí mismo y existe en virtud de su eficacia. Éste sería el nivel más originalmente foucaultiano y que centró el brillante análisis de Ewald (1990a, entre otros) respecto a la normatividad disciplinaria.

3.1 Centralidad del poder en los análisis sobre el derecho: interdependencia en razón de la eficacia

Por nuestra parte, entendemos que para precisar la relevancia del derecho en Foucault resulta decisivo considerar la prioridad del poder, cuyo funcionamiento, desde luego, desborda al derecho. Dado que, en tal marco, las nociones jurídicas no tienen por sí una existencia como

universales, la posición del derecho depende de su relevancia para la actualización de dispositivos y prácticas concretas: las prácticas pastorales, las disciplinas, las ciencias de la conducta, etc. En parte, éste es el enfoque de Rose y Valverde (1998: 547-51), al especificar cuatro ámbitos de gobierno, en sentido foucaultiano, donde la regulación jurídica se articula de manera fructífera con las estrategias de intervención: la sujeción-subjetivación, en cuanto a la producción de estatus diferenciados para ciertos colectivos, como la infancia; la normalización, que es un campo típico de las estrategias regulativas; la especialización, en cuanto a la configuración de espacios gobernables a partir de regulaciones específicas de esos espacios, con frecuencia infra-legales y plurales en los agentes de gobierno y administraciones a que implican; y las autorizaciones, en cuanto a todas las cuestiones de la producción, garantía y regulación de ciertas formas de ascendencia y capacidad de conducción de otros, otorgada a ciertos sujetos o instituciones, desde los expertos modernos a las formas contemporáneas de conducción o gobierno a distancia (M. Dean 2003: 169).

Si se adopta esta perspectiva práctica, la funcionalidad principal del derecho proviene de su capacidad de articulación entre los diferentes planos y tecnologías de gobierno. Esto es lo que Tadros (2010: 172-3) quiere señalar cuando compara las funciones del derecho con el «dispositivo de sexualidad» (Foucault 1984), en cuanto a su capacidad para funcionalizar, en el interior de determinadas estrategias de gobierno, tecnologías a distintos niveles, como las disciplinas, las políticas más abstractas sobre la vida o las nuevas técnicas de gobernabilidad. Podremos aclarar bastante el contenido de esta articulación si precisamos la relación entre el derecho y las distintas tecnologías y funciones en que puede concretarse esta utilidad general de recombinación.

En cualquier caso, la emergencia de las disciplinas o de un enfoque de gobernabilidad no implica la exclusión de la norma jurídica a favor de una suerte de norma de conducta para-jurídica. Si tomamos, precisamente, las disciplinas como supuesto tipo de relación del derecho con las prácticas de gobierno, notaremos que existe una relación de interdependencia (Golder 2009: 59-60; Rose 1998), alejada del anterior prejuicio. Por una parte, el derecho, una u otra formalización jurídica de estas relaciones de poder, es relevante para su eficacia y su legitimidad, esto es, para su suerte. A la vez que, solo la activación de una cierta red de micropoderes, es capaz de sostener un determinado marco jurídico. Éste es el sentido en que Montag (2006: 20-1) conceptúa la eficacia de las disciplinas como condición de posibilidad del surgimiento de un Estado y de un derecho liberal. De manera expresa lo había señalado Foucault: «en las sociedades modernas, a partir del siglo XIX y hasta nuestros días, tenemos, por una parte, una legislación, un discurso y una organización del derecho público articulados en torno al principio de la soberanía del cuerpo social y la delegación que cada uno hace de su soberanía al Estado, y, al mismo tiempo, una

apretada cuadrícula de coerciones disciplinarias que asegura, de hecho, la cohesión de ese mismo cuerpo social. Ahora bien, esta cuadrícula no puede transcribirse en ningún caso en ese derecho, que es, sin embargo, su acompañamiento necesario. Un derecho de la soberanía y una mecánica de la disciplina: entre estos dos límites, creo, se juega el ejercicio del poder» (2003: 40).

Con este caso concreto, observamos cómo el contenido de tal relación de interdependencia supone un ensamblaje singular, que se distancia tanto de la visión autopoietica del derecho (Valverde 2006: 8), como de una visión superestructural o derivada respecto al poder; sobre todo porque, desde nuestra perspectiva y cómo veremos a continuación, el derecho opera con unas funciones, como *régimen de veridicción*, derivadas del particular par foucaultiano de *saber-poder*, que no son reducibles a las de una narratividad ni a las de un aparato ideológico (Montag 2006: 20-1).

3.2 El derecho como dispositivo de articulación de saberes, objetos y técnicas de gobierno

De vuelta a la especificación de las funciones que el derecho puede desempeñar, como tecnología de articulación, podemos indicar varias. En primer lugar, es habitual señalar una función legitimante y, por tanto, de reforzamiento de las prácticas que se formalizan jurídicamente, algo que resulta más claro respecto a las prácticas emergentes.

En segundo lugar, nos resulta muy interesante la existencia de un conjunto de funciones de articulación de carácter orgánico, en cuanto al ajuste de las distintas capas, tecnologías, discursos y agentes de gobierno en los dispositivos. A este respecto, son muy relevantes los trabajos de Ewald (1990a; 1990b), de fuerte inspiración foucaultiana, siempre que proyectemos hacia el presente algunos de sus postulados relativos a las sociedades disciplinarias. Ewald indica: «Indudablemente la norma se relaciona con el poder, pero se caracteriza menos por el uso de la fuerza o la violencia que por una lógica implícita que permite al poder meditar sobre sus propias estrategias y definir con más claridad sus objetos» (1990a: 139).

De este modo, distingue tres ámbitos donde la noción de norma tiene un sentido notable en nuestras sociedades. El primero corresponde al ámbito de las disciplinas en Foucault. En la sociedad disciplinaria, la norma permitiría a las disciplinas pasar de un conjunto de técnicas de encierro hacia unas dimensiones de eficacia mayores; o dicho de otro modo: «[la norma] funcionaría como la matriz que permite transformar las restricciones negativas de lo jurídico en los controles más positivos de la normalización y ayudar a producir la generalización de la disciplina» (Ewald 1990a: 141). Las normas actúan como moneda de cambio en las sociedades disciplinarias, poniendo en relación las partes más técnicas de la economía política y la producción

con los nuevos saberes sobre la conducta. Ésta es la función que Bergalli (2001: 59) destaca del derecho como organización social: operar como hilo conductor capaz de extender y diversificar las disciplinas desde el interior de la fábrica hacia otros campos de la organización social. De un lado, es imposible pensar el proceso de multiplicación y complejización de las disciplinas (por ejemplo, del orden escolar) y los saberes modernos (por ejemplo, de la contabilidad y la estadística), sin aludir a la dimensión jurídica de estos procesos de institucionalización.

En el desarrollo inicial de las sociedades disciplinarias, esta función de la norma tendría un alcance solo local. Tales limitaciones solo podrían ser superadas a partir de la abstracción de esos mecanismos hacia dispositivos de normalización que fueran operativos en la escala de «lo social», por ejemplo, a través de nociones como la de «riesgo»¹⁰. Esto subraya el sentido de la actividad normativa en funciones crecientes de estandarización¹¹. La normalización, con este sentido de estandarización, no es tanto una actividad industrial como una actividad sobre el lenguaje (composición de vocabularios y códigos comunes), relativa a la elaboración de herramientas comunicativas de uso más eficiente y recorrido más amplio. Por supuesto que ésta no es una actividad puramente técnica, dado que la normalización no solo produce un estándar de medida, sino también un juicio acerca de la medida: «la normalización no produce objetos, sino procesos que conducirán a un consenso general concerniente a la elección de normas y estándares» (Ewald 1990a: 148) y, en tal dimensión, resulta un proceso auto-consciente y teleológico; y, en absoluto, natural o neutral.

Si las técnicas disciplinarias han operado con el objetivo de que los sujetos interioricen tales estándares de puntualidad, respeto, movimiento y conductas varias, de modo que su comportamiento tienda a adecuarse a ellos, los citados estándares de conducta constituyen el marco de referencia hacia el que corregir los comportamientos desviados, manteniendo así la conformidad y la seguridad¹². Por otra parte, esta actividad de estandarización implica una cierta homogeneización,

¹⁰ La noción de «riesgo» cumple una función análoga a la de la «norma» respecto a las disciplinas, al permitir una objetivación de determinados eventos relacionados con la población que son, a partir de ahí, susceptibles de generalización, de previsión y de gestión (EWALD 1990a: 142).

¹¹ EWALD (1990a: 150) alude aquí a una variedad de funciones: de simplificación, es decir, la reducción del número de objetos posibles, eliminando los superfluos y redundantes; de unificación, es decir, el establecimiento de características comunes entre los objetos de modo que sean compatibles e intercambiables; y de especificación, es decir, de la elaboración de nuevos objetos a partir de los modelos estándares.

¹² Por ejemplo, en la vigilancia, la norma aporta también el criterio en virtud del cual se vigila: qué signos se consideran comportamiento desviado, etc. «es a través de la repetición de las exigencias normativas como se construye lo “normal” y así la disciplina interviene en el aseguramiento de la normalización a través de la interiorización de un patrón de normas determinado a partir de la vida diaria y asegurado mediante la vigilancia» (HUNT 1994: 50).

que debe entenderse en el interior de la racionalidad jurídica pero no identificarse, en exclusiva, con una sola técnica regulativa, ya que progresivamente se diversifican las tecnologías de regulación (normas, contratos, instrumentos que regulan más el proceso de validación que el contenido, como parámetros, estándares, criterios, etc.) (Hunt 1994: 67). Esta normalización es imprescindible para mantener las tecnologías de poder dentro de un control y de una manejabilidad que son las condiciones mismas de su eficacia última. De ahí que exista un constante cruce entre los terrenos de la materialidad tecnológica y su expresión jurídica, por una parte, y los espacios tradicionalmente ocupados por el derecho, por otra¹³.

Se delimita, así, una función de articulación de diversos planos y técnicas de gobierno, no solo en cuanto a la legitimidad de su ejercicio, sino de su posibilidad técnica y epistémica. La relevancia de estas funciones se hace más patente conforme se examina el proceso y las dificultades de funcionalizar las tecnologías y las racionalidades emergentes: las disciplinas sobre el campo del poder soberano (Foucault 2003: 40 y ss); la consolidación de un sistema penal de ejecución carcelaria, con su imprescindible articulación de distintas instancias, como la detención policial, la dogmática penal y la regulación procesal con la regulación del régimen disciplinario (Tadros 2010: 173); la configuración de dispositivos más abstractos de regulación, en contraste con un archipiélago de relaciones disciplinarias de alcance más bien inter-individual (Rose 1996c); o las nuevas tecnologías de gobierno a distancia sobre el escenario de gobierno social «welfarista», entre otras. Se trata, en definitiva, de una compleja actividad de «traducción» o de «reajuste», que Rose y Miller (1992: 9) atribuían a una pluralidad de agentes, que abarca desde los programas políticos, los centros de cálculo y de mando a los grupos e individuos más locales. En último término, sin ella y sin este plano de articulación entre lo abstracto y lo concreto, no pueden componerse, con la suficiente estabilidad, las múltiples y delicadas redes que conectan hoy a los individuos, grupos y organizaciones con las aspiraciones del *gobierno* (Rose 1992: 3).

3.3 Efectos productivos de «lo jurídico»

En tercer lugar, «lo jurídico» tiene, en esta actividad de articulación, unos efectos productivos. En el campo del conocimiento, en que nos detendremos a continuación, es visible su implicación en el fomento y formalización de los saberes de gobierno o de las ciencias de la conducta. No solo en el efecto más evidente de reconocimiento

¹³ En ocasiones, estos procesos se han descrito como «colonización» del derecho por otros saberes expertos, como orientación del derecho hacia los procesos sociales y, en muchos casos, bajo el epígrafe de *derecho regulativo*.

de disciplinas académicas o colegios profesionales, sino en el empuje a la propia determinación de los distintos objetos y campos de gobierno (Golder 2009: 61, 66). Por continuar con el ejemplo de las disciplinas, la consolidación de un derecho penal como materia jurídica en el XIX es decisiva para la estabilidad de las nociones clave de un sistema de responsabilidad, como la configuración de la delincuencia o de un régimen de sanciones; solo que, en el marco foucaultiano, los modos institucionalizados de producción jurídica son unos entre una multiplicidad de modos de regulación conectados (Walby 2007: 551). Ésta sería una función cercana a la que Ewald (1990a) subrayaba, en cuanto a estandarización y homogeneización epistémica de un campo de lo real, con el fin de su gobierno. Por otra parte, esta función productiva no se agota ahí, ya que el derecho puede canalizar, en determinados momentos, un plus en las relaciones de poder a favor de la emergencia o la consolidación de un objeto¹⁴.

Desde nuestra perspectiva, uno de los rasgos destacados del pensamiento foucaultiano, en este ámbito, es su utilidad explicativa respecto a los cambios sociales. En tal sentido, resulta elocuente el enfoque de Canguilhem (1971), por otra parte, uno de los filósofos de influencia más explícita en Foucault. Canguilhem distinguiría, en la vida, una tendencia a la homeostasis de una tendencia a la auto-superación de las formas establecidas, productora de continuos desajustes en las nociones establecidas sobre la vida y, por tanto, creativa de normatividad, a través de su progresiva integración en las formas de «vida normal». Se trata de una idea cercana al valor *normativizante* que el pensamiento foucaultiano le reconoce a la trasgresión (Patton 2010). Y es análoga a la manera en que Foucault (2008: 40-59, 66-75, 26-35) analiza la inscripción de determinados fenómenos sociales, como la escasez, la viruela o la expansión de las ciudades, en el pensamiento y en los modos de hacer gubernamentales, a partir de la abstracción que se realiza mediante los dispositivos de seguridad¹⁵.

En tales nociones jurídicas, Golder y Fitzpatrick (2009: 71) también han advertido una doble condición entre su carácter definido y su carácter sensible a los cambios, entendiéndolo por cambio no tanto un modificarse naturalizado de las circunstancias sociales, como el resultado de la acción de los sujetos implicados en las relaciones de poder: «[el] derecho, en un agenciamiento constitutivo a través de esa misma resistencia y trasgresión, se extiende a sí mismo de una manera ilimitada en un intento de abarcar y responder a aquello que lo interpela

¹⁴ Vid. GOLDER (2009: 69). De nuevo, esta función resulta clara si se piensa en una dimensión más relacional y contextualizada (Patton 2010: 470) y, como indicamos, a partir de su productividad respecto a la apertura de nuevos campos de saber y gobierno (TADROS 2010: 166-7), como hemos mostrado en los ejemplos de Rose y Valverde (1998).

¹⁵ Puede verse una caracterización de este carácter productivo de la desviación desde un marco de análisis biopolítico en MUHLE (2010: 417 y ss).

más allá de su contenido definido». De la tensión entre esta doble condición, se sigue una caracterización paradójica del derecho (Golder 2009: 79-82), por otra parte, habitual en Foucault, por la que el derecho no puede ser reducido totalmente a sus funciones fijas y de determinación o plus de poder, que hemos visto, a riesgo de perder su sensibilidad, capacidad de adaptación y franqueamiento de los límites dados¹⁶.

4. UTILIDAD DEL DERECHO COMO SABER DE GOBIERNO

Hasta este punto, hemos visto cómo las lecturas más apreciables de las posibilidades analíticas del derecho en el pensamiento foucaultiano subrayan esta dimensión, digamos, de articulación orgánica entre los distintos planos y tecnologías de gobierno. Incluso cuando la mirada se centra sobre sus posibilidades productivas o creativas, lo hace incidiendo en el lado del poder, en cuanto al plus de poder (eficacia, legitimidad, alcance, etc.) que ofrecen ciertas formalizaciones jurídicas. Partiendo del interés y calidad de estas visiones, por nuestra parte, preferimos incidir en la dimensión más epistémica de esta funcionalidad de articulación, inclinados hacia el estilo analítico del filósofo del derecho François Ewald, donde conceptuaríamos al derecho como un *régimen de veridicción* para la actividad de gobierno¹⁷.

En la obra foucaultiana, existen dos sentidos con respecto a la noción de regímenes de veridicción aplicada al derecho. La primera y más explícita es la que aparece en las conferencias brasileñas agrupadas bajo el título de *La verdad y las formas jurídicas* (Foucault 1980), donde la expresión tiene un sentido bastante directo, relativo a los medios de obtención y validación de un discurso que pretende ser verdadero en un ámbito judicial, sobre todo en la Época Antigua y la Edad Media. Es decir, se trata de conjuntos tecnológicos destinados a delimitar las posibilidades del decir veraz en contextos formalizados de disenso.

Sin embargo, para nuestro interés, resulta más útil una concepción del *régimen de veridicción* aplicada al derecho, inscrita en los trabajos de la última época, relativos al arte de gobierno, y, por tanto, a la formación de una verdad de gobierno, así como a las relaciones entre la verdad y la política, por ejemplo en los cursos sobre el «gobierno de sí

¹⁶ Amén de que «lo jurídico» aparece como un medio de consolidación de cambios que se han operado, en principio, en sus márgenes. Al respecto del proceso de incitación y objetivación de la sexualidad, y sus efectos sobre el sujeto durante el siglo XIX, FOUCAULT (1984: 133) señalaba: «Así el derecho estaría a salvo, inclusive en la nueva mecánica del poder. Pues tal es la paradoja de esta sociedad que inventó desde el siglo XVIII tantas tecnologías de poder extrañas al derecho: teme sus efectos y proliferaciones y trata de recodificarlas en las formas del derecho».

¹⁷ Vid. también, en esta dirección, WALBY (2007: 558-9).

y de los otros» (Foucault 2009, 2010). Como indica Foucault (2007: 53), «el régimen de veridicción, en efecto, no es una ley determinada de la verdad, [sino] el conjunto de las reglas que permiten, con respecto a un discurso dado, establecer cuáles son los enunciados que podrán caracterizarse en él como verdaderos o falsos».

En este sentido, no ocultamos la influencia de Ewald, que ya apuntamos en su señalamiento de la especificidad de las funciones de la norma, en el contexto de desarrollo de las disciplinas, respecto a anteriores instrumentos de regulación: normas que operan en un plano de facticidad y a través de un trabajo previo de objetivación, toda vez que normar no es solo dar reglas, sino objetivar su campo de validez y eficacia (Ewald 1990a: 156).

En segundo lugar, y frente al instrumento clásico de la soberanía, la ley y su carácter absoluto, se propone la consideración de unas normas que son relativas; que no se derivan, reflejándolo, de un principio universal exterior, sino que se especifican en función de los objetivos vigentes en el campo donde operan. Esto no implica que las normas sean efímeras, sino que están vinculadas al entorno en que se despliegan. Además, no existen solas y por sí, sino que adquieren sentido social en su referencia y relación con otras normas de las que dependen: «si existe una norma, todo el espacio en que aparece se convierte en un espacio normativo» (Ewald 1990a: 153), que es el orden normativo que caracteriza las sociedades modernas.

Así, la tercera característica diferencial de las normas se refiere al modo en que objetivan el espacio normativo que regulan. La ley, en su forma soberana, define en su exterior, un campo de lo prohibido. Las normas establecen, sin embargo, una tensión entre lo normal y lo anormal donde lo anormal no resulta exterior a lo normal, sino que se produce en su interior y en términos de inclusión. Según Foucault (2008), las disciplinas clásicas actúan de forma inclusiva pero estableciendo un corte bipolar entre la posición de normalidad y la de anormalidad, donde el trabajo disciplinario consiste precisamente en homogeneizar a todos los cuerpos en esa situación de conformidad con la norma. Sin embargo, el ejercicio más gubernativo del poder, que se impone hoy, tiende a dotar de mayor consistencia al continuo que vincula normalidad-anormalidad y agrava la dificultad de una concepción tajante de esta última. En tal sentido, la anormalidad no puede identificarse con la simple diferencia, cuanto menos en un contexto de gobierno que tiene como una de sus estrategias centrales la puesta en valor de la diferencia. Pero sigue siendo pertinente preguntar cuándo una de estas variaciones respecto a la media que define la normalidad puede considerarse anomalía. Ewald (1990a: 157) traslada el esquema estadístico-biológico a los espacios normativos sociales y políticos, a partir del carácter relativo de las normas: se trataría de poner el objeto determinado en referencia a unos ciertos parámetros, requerimientos y exigencias, que compondrían un ámbito de nor-

malidad más analógico (Deleuze 2006b), siendo lo anormal aquello que no alcanzara tales requisitos.

Aparecen, por tanto, dos cuestiones interesantes de este esquema normalidad-anormalidad. La primera cuestión es que los criterios que delimitan ese espacio de normalidad constituyen la sustancia de lo normativo. Se trata de la necesidad de estandarización o de producción de un campo en que quepa la normalidad y la normalización que señalamos. En definitiva, de componer una equivalencia general respecto a la que es posible calcular, comparar, gobernar, etc. Por supuesto que una normalización, comprendida de este modo, no puede funcionar sino por el juego de las irregularidades o anormalidades, que diferenciar respecto a su posición central.

La segunda cuestión se refiere a que, dado el carácter político e immanente de estos criterios de normalidad respecto a su población, éste será un espacio permanente de conflicto, a fin de influir, no solo sobre los juicios sustantivos, sino también sobre los criterios de delimitación o sobre las funcionalidades y orientación de los dispositivos de seguridad que se articulan a partir de ahí. Ello revela la importancia de lo que podríamos denominar un derecho *centrado en lo social*, debido a su sensibilidad respecto a la evolución de las dinámicas, incertidumbres, agentes y acontecimientos sociales, a cuya configuración y regulación pretendía coadyuvar.

Esta dimensión epistémica de las funciones de articulación del derecho se observa con claridad en los ejemplos que citamos arriba acerca de cómo una serie limitada de regímenes de signos (algunos, si se quiere, semánticos pero otros indudablemente jurídicos como los códigos penales o las leyes de enjuiciamiento) permiten articular un nuevo campo de lo real. Éste es el sentido del *régimen de veridicción* como *saber de gobierno*, en cuanto que no existe gobierno posible de un campo sin un saber que lo delimite, lo ordene, lo haga inteligible y, por tanto, gobernable.

Así, creemos evidente que este sentido no excluye sino que implica al derecho y que es clara la importancia de las relaciones entre derecho, como régimen particular del decir veraz político, y gobierno, como diagrama contemporáneo de ejercicio del poder. Dicho de otro modo (Foucault 2003: 30), «el poder nos obliga a producir la verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar; tenemos que decir la verdad, estamos forzados, condenados a confesar la verdad o a encontrarla. (...) Tenemos que producir la verdad del mismo modo que, al fin y al cabo, tenemos que producir riquezas, y tenemos que producir una para poder producir las otras. Y por otro lado, estamos igualmente sometidos a la verdad, en el sentido de que ésta es ley; el que decide, al menos en parte, es el discurso verdadero; él mismo impulsa, propulsa efectos de poder. (...) Por lo tanto: reglas de derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad».

Este enfoque permite comprender y definir mejor muchas de las transformaciones contemporáneas en el ejercicio del poder y, dada la

interdependencia, en el derecho. En primer lugar, una línea de proliferación de instrumentos normativos de rango inferior al legal, y con frecuencia al reglamentario, que se sitúan en el plano de la implementación de las políticas públicas, como estrategias de gobierno estructuradas, tales como protocolos, reglamentos de régimen interno, circulares, auditorías, procedimientos de evaluación, etc. y que se inscriben en una transición hacia las formas de gobierno a distancia.

En segundo lugar, respecto a un progresivo desplazamiento del régimen jurídico desde un funcionamiento binario («máquina binaria» en la concepción deleuziana¹⁸), hacia un funcionamiento modular, esta conceptualización como régimen de veridicción permite señalar el carácter abierto y flexible del derecho (Golder 2009: 83-4), que es la condición de su eficacia regulativa, y por tanto de su productividad, respecto a los nuevos dispositivos y tecnologías de poder. Éstos son, en cierta medida, los desplazamientos que subrayan las perspectivas de derecho regulativo, en cuanto a su énfasis en el carácter material del derecho contemporáneo, su articulación con otros saberes de gobierno, la importancia de los niveles de implementación, etc. (Calvo 2005). El derecho se perfila así como un decir veraz que, no es el de las ciencias experimentales, pero tampoco el de la pura aleatoriedad, de modo que sus condiciones de producción se constituyen en un asunto central para la filosofía del derecho, en un contexto en que distintos saberes y sujetos diversos son agentes de ese decir veraz jurídico, que es fundamental para la gubernamentalidad contemporánea.

En tercer lugar, esta conceptualización del derecho permite un análisis más claro del plano de producción de subjetividad, que constituye uno de los elementos diferenciales de las actuales estrategias de gobierno y una tendencia emergente de determinados regímenes regulativos (Rose 1998: 549-50). El derecho tiene, así, una función estructurante y productiva en estos circuitos de producción de sí (Golder 2009: 123). En tal sentido, podría funcionar dentro de regímenes del «decir veraz» sobre el sujeto a través de distintos modos: al reconocer – fomentar determinada identidad diferencial, al regular conforme a ella, al proteger una determinada relación con el sí mismo a través de unas políticas sociales, etc. En definitiva, al intervenir como uno de los regímenes de veridicción con que puede especificarse la regulación de la producción de sí como un campo de gobierno en el presente.

Tomada, así, la juridificación como una vía de normalización, se aprecia cómo esta actividad puede configurar e intensificar las rela-

¹⁸ Puede verse una aplicación en DELEUZE (2004: 25): «los dualismos no se basan en unidades, se basan en elecciones sucesivas. (...) Siempre hay una máquina binaria que preside la distribución de los papeles y que hace que todas las respuestas deban pasar por preguntas prefabricadas, puesto que las preguntas ya están calculadas de antemano en función de las posibles respuestas a tenor de las significaciones dominantes. Así es cómo se constituye un patrón tal que todo lo que no pase por él no puede materialmente ser oído».

ciones de poder existentes (Taylor 2009: 47, 53). Si tomamos el ejemplo del *gobierno de la infancia*, veremos que el establecimiento de diferentes categorías poblacionales a través de instrumentos jurídicos, como los menores en situación de riesgo y desamparo o los menores infractores, constituye el medio tanto para estimular en ellos una reacción de auto-cuidado o de corrección, como para movilizar recursos administrativos de protección o de reforma. En contraposición a esto, las tecnologías jurídicas también podrían funcionar como mecanismos de subjetivación alternativa¹⁹.

En cualquier caso, debe descartarse que en este planteamiento de inspiración foucaultiana, exista una suerte de evolución de la razón jurídica, que actúe como una invariante histórica de lo humano hacia una organización más perfecta, más racional o más eficiente: es aquí donde nuestra perspectiva se aparta de todo funcionalismo. El sentido foucaultiano de racionalización (en este caso de normalización) es mucho más restrictivo y relativo, operando en torno a dos ejes. De un lado, la codificación o normación, es decir, la estandarización de reglas, objetivos, instrumentos, etc. Y, de otro lado, la definición de las prácticas como verdaderas o falsas, como normales o anormales en este caso, dentro del régimen de prácticas objetivado (Foucault 1991: 79). La vigencia coetánea, que no pacífica, de distintos regímenes de prácticas puede dar razón de la coexistencia, a veces paradójica, de distintas racionalidades. En el mismo ejemplo de la infancia, se prevén tratamientos que subrayan los elementos de protección y apoyo a la crianza, con otros de integración social y resocialización, para casos de «desviación», y, en el otro extremo, con soluciones que inciden en rasgos de defensa social para determinados perfiles de infractores.

5. CONCLUSIÓN

A estas alturas, creemos resulta claro que «lo jurídico», sobre todo a partir de su funcionamiento contemporáneo en regímenes de prácticas concretas, tiene un peso nada menor en el pensamiento foucaultiano y en la gubernamentalidad de las sociedades actuales. Este singular horizonte de utilidad del trabajo de Michel Foucault ha llevado a que su recepción en el ámbito socio-jurídico anglosajón haya sido especialmente intensa y a que nos sirva de apoyo principal para desentrañar cuál podría ser el marco en que se formulan las estrategias de gobierno

¹⁹ Por ejemplo, VATTER (2010: 205-6) propone una identificación de la ley, no con el poder soberano, sino, al contrario, con una forma de independencia política en relación con el soberano. La ley sería, en el pensamiento foucaultiano desde esta perspectiva, un medio de resistencia frente a la tendencia del (neo)liberalismo a reducir la ley bajo el orden. Más allá de esta lectura, resulta interesante examinar las relaciones entre derecho, ciudadanía, gobierno de sí y posibilidades democráticas de gobierno de los otros.

en los distintos ámbitos de la realidad social. Sin dar buena razón del funcionamiento de las tecnologías jurídicas resulta difícil analizar la actividad de gobierno, en la legitimación de sus prácticas, la articulación de sus técnicas y niveles de intervención y, en definitiva, la configuración veraz de sus objetos, agentes y ámbitos de actuación.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGALLI, R.: «Globalización y control social: Post-fordismo y control punitivo», *Sistema*, 160, 2001, pp. 107-124.
- BRÖCKLING, U., KRASMANN, S. y LEMKE, T.: *Governmentality: Current Issues and Future Challenges*, Nueva York, Routledge, 2011, 331 pp.
- BURCHELL, G.: (1991). «Peculiar Interests: Civil Society and Governing “the System of Natural Liberty”», en *The foucault effect: Studies in governmentality*, London, Harvester Weatsheaf, pp. 119-150.
- CALVO GARCÍA, M.: *Transformaciones del estado y del derecho*, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2005, 144 pp.
- CANGUILHEM, G.: *Lo normal y lo patológico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1971, 242 pp.
- CASANOVAS ROMEU, P.: *L'estètica del saber en michel Foucault*, Bellaterra Barcelona. Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 1987, 428 pp.
- DEAN, M.: *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Londres, Sage, 2003, 229 pp.
- DELEUZE, G.: *Foucault*, Barcelona, Paidós, 1987, 170 pp.
- «Post-scriptum sobre las sociedades de control», en *Conversaciones: 1972-1990*, Valencia, Pre-Textos, J. L. Pardo (Trans.), 2006, 4a ed., pp. 277-286.
- DELEUZE, G. y PARNET, C.: *Diálogos*, Valencia, Pre-Textos, 2004, 166 pp.
- EWALD, F.: «Norms, Discipline, and the Law», *Representations*, 30, 1990a, pp. 138-161.
- «Un poder sin un afuera», en *Michel foucault, filósofo*, Barcelona, Gedisa, A. L. Bixio (trad. cast.), 1990b, pp. 164-169.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 1978, 314 pp.
- *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980, 174 pp.
- *Historia de la sexualidad. vol. I. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1984, 194 pp.
- «El sujeto y el poder», en *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, México, UNAM, 1988, pp. 227-244.
- «La crisis de la medicina o la crisis de la antimedicina», en *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, F. Álvarez-Uría, J. Varela (trad. cast.), 1990, pp. 93-120
- «Questions of Method», en *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, London: Harvester Weatsheaf, 1991, pp. 73-86.
- «La gubernamentalidad». Resumen del curso del Colegio de Francia(1978) «seguridad, territorio y población», en *Obras esenciales. Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 175-197.

- *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Pons, H. (trad. cast.), Tres Cantos, Akal, 2003, 275 pp.
- *Hermenéutica del sujeto. Curso del Collège de France (1980-1981)*, Pons, H. (trad. cast.), Tres Cantos, Akal, 2005, 527 pp.
- *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Pons, H. (trad. cast.), Buenos Aires, FCE, 2007, 401 pp.
- *Seguridad, territorio, población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, Pons, H. (trad. cast.), Tres Cantos, Akal, 2008, 413 pp.
- *El gobierno de sí y de los otros. Curso del Collège de France (1982-1983)*, Pons, H. (trad. cast.), Buenos Aires, FCE, 2009, 429 pp.
- *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros II. Curso del Collège de France (1983-1984)*, Pons, H. (trad. cast.), Buenos Aires, FCE, 2010, 401 pp.
- GOLDER, B. y FITZPATRICK, P.: *Foucault's Law*, New York, Routledge, 2009, 160 pp.
- HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Altea, Taurus, 1989, 418 pp.
- HUNT, A.: «Getting Marx and Foucault into Bed Together», *Journal of Law and Society*, 31, 2004, 4, pp. 592-609.
- HUNT, A. y WICKHAM, G.: *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Londres: Pluto Press, 1994, 148 pp.
- MONTAG, W.: «The Inmanence of Law in Power: Reading Foucault with Agamben», en *Michel Foucault and Power Today*, Lanham: Lexington Books, 2006, pp. 13-22.
- MORO ABADÍA, Ó. y PELAYO GONZÁLEZ, A.: «Hacia una “cartografía” del poder: Michel Foucault», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20, 2003, pp. 207-226.
- MUHLE, M. (2010). «Sobre la vitalidad del poder: Una genealogía de la biopolítica a partir de Foucault y Canguilhem», en *Michel Foucault: Neoliberalismo y biopolítica*, Santiago, Chile, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 397-432.
- PATTON, P. «Power and Right in Nietzsche and Foucault», en *Foucault and Law*, USA, Ashgate, 2010, pp. 461-479.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.: «Michel Foucault y el problema del género», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003, pp. 847-867.
- «Aspectos jurídicos del poder: Los “ilegalismos”. El “caso Sade”», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, pp. 422-431.
- ROSE, N. «Governing “Advanced” Liberal Democracies», en *Foucault and Political Reason. Liberalism, Neo-liberalism and Rationalities of Government*, Londres: UCL Press, 1996, pp. 37-64.
- ROSE, N. y MILLER, P.: «Political Power Beyond the State: Problematics of Government», *The British Journal of Sociology*, 43, 1992, 2, pp. 172-205.
- ROSE, N., O'MALLEY, P. y VALVERDE, M.: «Governmentality», *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 2006, 1, pp. 83-104.
- ROSE, N. y VALVERDE, M.: «Governed by Law?» *Social and Legal Studies*, 7, 1998, 4, pp. 541-551.
- SAUQUILLO GONZÁLEZ, J.: *Michel Foucault. Una filosofía de la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, 459 pp.
- «Michel Foucault: Una crítica del control social moderno», en *El derecho en la teoría social: Diálogo con catorce propuestas sociales actuales*, Madrid, Dykinson, 2001a, pp. 265-298.
- *Para leer a Foucault*, Madrid, Alianza, 2001b, 199 pp.

- SERRANO GONZÁLEZ, A.: *Michel Foucault: Sujeto, derecho, poder*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1987, 157 pp.
- TADROS, V.: «Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault», en *Foucault and Law*, USA, Ashgate, 2010, pp. 149-177.
- TAYLOR, D.: «Normativity and Normalization», *Foucault Studies*, 7, 2009, pp. 45-63.
- TEUBNER, G. (1986). «The Transformation of Law in the Welfare State», en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, 3-12 pp.
- VALVERDE, M.: «Specters of Foucault in Law and Society Scholarship», *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, pp. 45-59.
- VALVERDE, M. y LEVI, R.: «Gobernando la comunidad, gobernando a través de la comunidad» *Delito y Sociedad*, 15, 2006, 22, pp. 5-30.
- VATTER, M. «Foucault y la ley: la juridificación de la política», *Michel Foucault: Neoliberalismo y biopolítica*, Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, 2010, pp. 199-216.
- VV. AA.: *Foucault and Law*, GOLDER, B. y FITZPATRICK, P., USA, Ashgate, 2010, pp. 279-364.
- WALBY, K.: «Contributions to a Post-sovereigntist Understanding of Law: Foucault, Law as Governance, and Legal Pluralism», *Social and Legal Studies*, 16, 2007, 4, pp. 551-571.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BELLOSO MARTÍN, Nuria y DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (coords.): *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati Dikynson, Madrid, 2011, 304 pp.

Vivimos una alteración significativa del orden de lo real producto de la crisis de la modernidad. Bajo este presupuesto Nuria Belloso Martín y Alfonso de Julios Campuzano desarrollan su introducción a la coordinación de trabajos que lleva por título *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*. Todos ellos se enmarcan en el estudio de los cambios jurídico-políticos que los coordinadores de la obra describen como resultado de una situación en la que «los acontecimientos se precipitan, las certezas se diluyen, las fronteras se allanan y los límites parecen disiparse». Una situación en la que estos fenómenos han provocado una situación de pérdida de referentes y de inestabilidad en grado tal que se han trastocado incluso «los esquemas explicativos, las categorías epistémicas y las respuestas organizativas» que habían venido siendo útiles desde la modernidad.

La sociedad resultante de estos cambios, la sociedad-red como atestiguan Belloso y De Julios, se constituye como matriz de relaciones propia de la globalización y, al menos en lo que respecta al ámbito de lo político, se caracteriza por la creciente debilidad del Estado social. Esta debilidad, que es constante preocupación de las colaboraciones que integran la obra que presentamos, aparece descrita por sus coordinadores como una suerte de tríada compuesta por tres fenómenos capitales:

En primer lugar, las aporías del proyecto emancipador del Estado Social de Derecho que Habermas hiciera evidente en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* ya en 1975 y que le han conducido a un «callejón sin salida» en el que paradójicamente «la anhelada emancipación que el modelo social había abanderado conducía, a la postre, a la enajenación de la propia voluntad democrática, cautiva, ahora sí de una compleja maquinaria burocrática que mediatizaba la voluntad popular por el peso creciente de la tecnocracia cuyo dominio del aparato jurídico-político estatal obstruía las vías de participación en los procesos de toma de decisiones».

En segundo lugar, y debido a los efectos de la globalización, la caída de la concepción monista del derecho y del Estado como instancias privilegiadas de la producción normativa, que se han visto frecuentemente suplantadas y

condicionadas por las que se sitúan en un orden superior como lo es el orden transnacional y las que ejercen influencia desde órdenes inferiores y extraoficiales habitualmente de carácter social.

En tercero y último, un pluralismo social y político que obliga al viraje en las habituales concepciones del derecho constitucional a favor de albergar un nuevo «modelo de organización de la convivencia que ha de ser permeable a la realidad incontestable de la coexistencia de una multiplicidad de actores en el ámbito público y de la concurrencia de una pluralidad de catálogos éticos y de modelos de plenitud humana en sociedades esencialmente multiculturales».

Esta tríada fenoménica ha hecho tomar conciencia a la Filosofía Política de la necesidad de encontrar parámetros en virtud de los cuales ordenar la nueva realidad sociopolítica y contrarrestar así los problemas que ésta plantea; en este sentido ha dedicado sus esfuerzos a la revitalización del sistema democrático mediante la incentivación del protagonismo de la ciudadanía, que los sistemas representativos tradicionales habían debilitado, y que ha entendido en términos de un aumento de la participación ciudadana y de la toma de medidas en favor de la cohesión social.

Desde esta y otras disciplinas del Derecho y recogiendo la propuesta de la revitalización del sistema democrático, los autores¹ que componen *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI* se han acercado al complejo panorama de las sociedades de nuestro tiempo y han dedicado una mirada crítica a nuestras actuales democracias en relación con la sociedad civil dentro del workshop «Nuevas perspectivas de la sociedad civil: democracia liberal y republicanismo cívico» celebrado en verano de 2008 en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

La publicación de estos trabajos ha sido estructurada en tres bloques temáticos bajo la denominación de «Secciones». Dentro de la Sección I titulada «El debate republicanismo-liberalismo en los actuales contextos» se han incluido los trabajos cuyo denominador común es la búsqueda específica de claves para redefinir y fortalecer las democracias actuales.

De este modo Luis Carlos Amézua Amézua bajo el título *El valor de las virtudes cívicas y el refuerzo de la democracia* y desde lo que él define como «una perspectiva menos academicista y más cívica» plantea la educación

¹ Luis Carlos Amézua Amézua desde la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho en la Universidad de Valladolid, Francisco Javier Andrés Santos desde el Derecho Romano en las Universidades de Cantabria y Valladolid, Nuria Belloso Martín desde la Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos, José Luis Bolzan de Moraes desde el Derecho de Estado y el Derecho Constitucional en la Unisinos (Brasil), María Susana Bonetto Scandogliero desde la Teoría Política en la Universidad de Córdoba (Argentina), Marli Marlene M. Da Costa desde el Derecho Civil en la Universidad de Santa Cruz do Sul (Brasil), Francisco Regis Frota Araujo desde el derecho Constitucional en la Universidade Federal do Ceará (Brasil), Ricardo Hermany desde la Derecho Público en la Universidad de Santa Cruz do Sul, José Jiménez Sánchez desde la Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada, Alfonso DE Julios Campuzano desde la Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, José Luis Pérez Triviño desde la Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona, Sergio Humberto DE Quadro Sampaio desde su posición de juez del Tribunal de Justicia de Bahía (Brasil), Rafael Rodríguez Prieto desde la Filosofía del Derecho en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, José María Seco Martínez desde la Filosofía del Derecho en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla y Antonio Carlos Wolker desde la Historia de las Instituciones Jurídicas en la Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

cívica como solución más plausible al actual fenómeno de mutación institucional y social que incrementa los habituales problemas de nuestras democracias liberales hasta el punto de poder hacerlas peligrar. Coincide en postular, en coincidencia con las posturas republicanas y las corrientes del liberalismo, la necesidad de «revitalizar la dimensión política implicando a la ciudadanía en la cosa común» mediante la recuperación de la virtud cívica ya que ni la sociedad civil ni el propio diseño institucional generan contextos adecuados para dicha recuperación.

Por su parte Alfonso de Julios-Campuzano en el capítulo *El espacio de la sociedad civil. El pensamiento liberal y las críticas comunitaristas y republicanas* y siguiendo las tesis de Norberto Bobbio sí apuesta por la sociedad civil como único espacio posible para seguir construyendo la convivencia democrática. Este concepto, que ahora reaparece en el ámbito de lo político de la mano del pensamiento liberal contemporáneo ha sido objeto de crítica desde las posiciones organicistas del comunitarismo y el republicanismo si bien el autor encuentra puntos de intersección entre comunitarismo y republicanismo y el liberalismo: desde el comunitarismo se ha contribuido a favor de la sociedad civil en su reivindicación de «la dimensión social del sujeto y realzar el valor de la identidad colectiva» y el republicanismo converge con el liberalismo en «el primado de la ley como instrumento de la libertad frente a la arbitrariedad».

José Luis Bolzan de Moraes en *Estado y función social. Del «malestar» en la civilización al síndrome del miedo a la barbarie* más allá de la educación cívica o la sociedad civil analiza la posibilidad de formas de recuperación del Estado no sólo como instancia de autoridad sino también como proceso civilizador. El Estado social que aparece más allá del debate entre libertad e igualdad sostenido por liberales y socialistas contiene el estereotipo económico del capitalismo, dando la espalda al concepto de *fraternidad* como ideal de la Revolución Francesa. Este hecho pone al Estado social en lo que el autor denomina «su momento maquiavélico». En este sentido, Bolzan de Moraes propone un «desarreglo en las estructuras, forma y fórmulas de la modernidad y que implica un proceso de deconstrucción de muchos de los fundamentos de la «cultura» moderna» a fin de encontrar nuevas formas de globalización que permitan la *igualdad de oportunidades* y la construcción de *nuevas identidades* superando la idealización de iconos modernos como lo son el concepto de Estado Nacional, Constitución o Estado de Derecho.

María Susana Bonetto Scandogliero desde una perspectiva más bien teórica plantea un doble estudio en su colaboración *Revisando perspectivas teóricas para el abordaje de la democracia en la América latina*. Por una parte analiza en lo que ella denomina «países centrales» la tensión existente en la propia democracia liberal en la línea de Nozick y Hayek y la que la hace independiente lógicamente del liberalismo y por ende del Estado de Derecho sostenida por Habermas. Por otra parte, su trabajo analiza también y de forma separada la democracia en la realidad latinoamericana bajo la principal característica de la «recortada injerencia de la democracia liberal» debido a su contexto de escasa equidad distributiva que hace que se necesiten antes políticas de corrección de la desigualdad y en ese sentido orientadas a cubrir las demandas populares.

En la Sección II y bajo el título *Los valores democráticos en los procesos cívicos* se agrupan los trabajos que versan en torno a las posibilidades de recuperar las democracias a partir de nuevas fórmulas de ciudadanía.

Desde este punto de partida José Luis Pérez Treviño en *Confianza: una comparación entre el liberalismo y el republicanismo* concluye en identificar

en su parte esencial la idea de *confianza*, aparentemente antagónica que sostienen el republicanismo y la teoría liberal. En su análisis sostiene que la relación con las autoridades estatales en el liberalismo es, en línea con la concepción de Russell Hardin, de un control férreo a través de instituciones creadas a tal efecto. Para el republicanismo, como sostuvo Pettit, el ciudadano es «agente activo y no dominado». Sin embargo, Pérez de Treviño pone de manifiesto lo que denomina la «paradoja republicana» que se da al sostener que existe una relación de confianza personal en los gobernantes (por su supuesta virtud) y a la vez la necesidad de establecer una vigilancia sobre su actuación ante la posibilidad de que devengan corruptos y en este sentido, concluye, no resulta tanta la diferencia de actitud respecto a la postura del liberalismo.

Sergio Humberto de Quadros Sampaio en *La tolerancia como factor de fortalecimiento de la convivencia democrática* rescata la acepción del concepto «tolerancia» en el sentido de capacidad de convivir con la diversidad y enmarcada en el ámbito de la creencia religiosa. Su estudio de la tolerancia parte del desarrollo histórico de esta idea y de lo que el autor denomina «aspectos nebulosos de la idea de tolerancia» para centrarse en el análisis de los «matices de la tolerancia». Sin embargo, De Quadros Sampaio argumenta que ninguno de los matices de la tolerancia presentados logra resolver las diferencias en la convivencia pacífica ya que los tres son «ejemplos divergentes». La convergencia en la idea de tolerancia se logra en la metáfora del «principio de la rotonda» donde pueden confluír y fluír los intereses contrapuestos, donde la tolerancia no se identifique con principio de superioridad alguno y donde se refuerce la combinación entre democracia liberal y republicanismo cívico.

Educación, civismo y democracia. Una mirada desde el pensamiento de Benjamin R. Barber es el título del trabajo en el que José María Seco Martínez y Rafael Rodríguez Prieto proponen un reconocimiento de este politólogo como uno de los autores que posiblemente «mejor ha indagado en las condiciones de posibilidad de un gobierno identificado con las inquietudes, las necesidades y las expectativas de los ciudadanos» y lo ha hecho, según destacan, partiendo del diagnóstico de los problemas que presentan las democracias occidentales (*Strong Democracy*). Los autores cierran su trabajo de análisis de Barber con un epígrafe dedicado a plantear ideas para el debate a partir de su perspectiva de la teoría de este politólogo tratando de situarle o bien como autor liberal o como el teórico que traspasa las fronteras del liberalismo en su preocupación por el re-dimensionamiento global de las democracias liberales o representativas.

Marli M. M. da Costa y Ricardo Hermani en *El principio de Dignidad Humana como fundamento del Estado de Derecho frente a los ciudadanos negados* estudian los desafíos y potencialidades que se dan en la concreción de las políticas públicas en relación con los niños y los adolescentes en la realidad brasileña y a partir de la Constitución Federal de 1988, ya que entienden que en el cumplimiento de los Derechos del Niño y del Adolescente existen hoy notables deficiencias: al menos la de la exclusión social en vínculo con la pobreza. A este efecto proponen una construcción de la sociedad brasileña que supere el modelo actual de Estado caracterizada por una ausencia de concreción de los Derechos Fundamentales en la infancia y la adolescencia, la cual es a su vez consecuencia, desde la perspectiva de los autores, de la distancia entre ciudadanía y Estado.

Antonio Carlos Wolkmer desde la perspectiva de un pluralismo republicano reintroduce en *Sociedad civil, democracia y procesos participativos en la constitución de los derechos humanos* la figura de nuevas identidades que generen prácticas de ciudadanía participativa, que legitimen nuevos derechos caracterizados por su dimensión humana y contextualizados principalmente en las sociedades latinoamericanas. En este contexto califica de «imperiosa» la necesidad de recuperar y redefinir la noción de sociedad civil a favor de los procesos participativos y comunitarios y desvinculándola tanto de «sujetos abstractos de derechos introducidos por el orden socio-político liberal» como de los «sujetos aparentemente dinámicos y participativos engendrados por políticas distributivas del Estado de bienestar». Wolkmer propone la reintroducción de otro «modo republicano de vida» concretada en un pluralismo político-jurídico basado en el diálogo intercultural y enmarcada por los Derechos Humanos.

La Sección III lleva por título *Sociedad Civil, pluralismo y nuevas ciudadanías* se centra en la cuestión del valor de los principios constitucionales y de las posibilidades de las democracias colaborativas.

Nuria Belloso Martín en su trabajo titulado *Repensando la democracia en la perspectiva de las teorías deliberativas: en busca de unos ciudadanos deliberantes* aborda la cuestión de si en estos momentos en los que la democracia deliberativa emerge en el panorama político es posible seguir sosteniendo democracias exclusivamente de tipo procedimental y, desde ahí, se centra en la cuestión sobre si la democracia deliberativa puede considerarse una forma propiamente dicha de democracia o si consiste en un procedimiento aplicable al resto de las formas de democracia fundamentalmente de tipo representativo. La respuesta pasa por examinar la democracia liberal, republicana y neoconstitucional en referencia a la democracia deliberativa y en ese sentido, concluye Belloso Martín que, a pesar de las defensas de la especificidad de la democracia deliberativa que se viene haciendo desde «tendencias basadas en la igualdad, la autonomía y el valor de la participación» parece más plausible inclinarse por la idea de un procedimiento aplicable a formas ya establecidas de democracia, si bien, en diferentes grados según se trate de una democracia republicana donde será mayor, en una neoconstitucional donde también puede darse o en una liberal donde será menor.

El imperio de la mayoría y en línea con Hegel en los *Principios de la Filosofía del derecho* es el título en el que José J. Jiménez Sánchez bajo el que asume como mismo principio para el concepto de soberanía y el de voluntad, a saber, la unidad de lo determinado y lo indeterminado, para desde ahí reflexionar sobre los dos modelos de democracia predominantes en nuestro pensamiento político: el mayoritario y el constitucional. El contexto de dicha reflexión es denominada por el autor «la peculiaridad de la situación española». Sin perder de vista a Hegel como fundamento, hace valer la idea de Constitución como el tercer momento del concepto de soberanía, precisamente aquel en el cual se hace posible la individualidad y teniéndola como horizonte examina los sucesivos intentos de modificación de la Constitución Española motivados por las demandas nacionalistas de autodeterminación iniciadas en 2002 por el denominado «Plan Ibarretxe» lo cual provocaba una «deriva soberanista de la política vasca» e implicaba a nacionalistas y socialistas. Analiza el problema entre el principio de la mayoría y el concepto de voluntad general o principio constitucional que garantiza las condiciones de posibilidad de la propia democracia son analizados por Jiménez Sánchez a partir de presupuestos hegelianos y habermasianos para concluir que la polí-

tica sustentada en el imperio de la mayoría, que es como define a la española en los últimos años, supone «una concepción anclada en el terreno de los hechos y separada de toda vinculación de carácter normativo y podría calificarse como despótica o schmittiana».

Francisco Javier Andrés Santos por su parte, en *Ciudadanía europea y cosmopolitismo: un enfoque republicano* aborda el análisis de dos conceptos de ciudadanía que actualmente se superponen. Por una parte el de «ciudadanía europea», fijado a partir del Tratado de Maastricht de 1992, germen de lo que luego sería en un futuro una «ciudadanía cosmopolita». Por otra, el propio concepto de «ciudadanía cosmopolita» que aparece vinculado al fenómeno de la globalización política, social y económica y que va ganando terreno. Para su estudio Andrés Santos distingue entre dos formas de cosmopolitismo: el *impolítico* y el *político* donde la primera no considera la necesidad de establecer un Estado mundial, mientras que para la segunda el Estado mundial es el «único programa de actuación política» que se encuentra acorde con estos momentos de globalización. El autor se sirve como piedra de toque de la deriva que sufrió el cosmopolitismo romano hacia una ciudadanía *menos densa*, con menores garantías frente al poder estatal y la conversión del ciudadano en súbdito. Por esta razón, el autor opta por situarse en una vía de reforzamiento de la «ciudadanía europea» con el fin de evitar el alejamiento del ciudadano de los asuntos políticos y de que la ciudadanía sea meramente instrumental.

Francisco Regis Frota Araujo cierra esta serie de aportaciones sobre el retorno a la sociedad civil con *Reflexiones acerca del constitucionalismo brasileño y sus principales emergencias en la actual coyuntura* fija como objetivo de su trabajo «ofrecer una idea, más o menos histórica, de la importancia y relevancia del constitucionalismo económico en el Brasil de la Constitución Federal de 1988». El constitucionalismo económico, adquiere cada vez mayor relevancia dentro del Derecho Constitucional. Su tesis principal parte de la premisa según la cual esta última constitución contiene principios que suponen un adelanto en el reconocimiento de los Derechos Humanos de tercera generación hecho que no impide la emergencia de numerosos casos de corrupción en la política brasileña, junto con las dificultades que presenta la propia política económica que no está propiciando el salto cualitativo que podría esperarse y la situación social, caracterizada por la profunda escisión que divide la sociedad civil en los dos Brasiles que ya definió Jacques Lambert.

Hasta aquí el resultado de la serie de propuestas que conjuntamente en esta obra afrontan desde una apuesta por el fortalecimiento de las democracias a partir del reconocimiento de la importancia de la participación ciudadana dentro de un «paisaje inquietante» que como señalan los coordinadores Nuria Belloso Martín y Alfonso de Julios Campuzano genera la «necesidad de reconsiderar, desde el pensamiento político el lugar que le cumple a la democracia como modelo de organización de las complejas sociedades de nuestro tiempo».

El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI se constituye como punto de convergencia de reflexiones en torno a la revitalización de las funciones del ciudadano que ya definió Aristóteles: la participación en el ejercicio del poder y la colaboración en la vida política. Desde las distintas posiciones que recoge, esta obra aporta puntos de referencia para comprender y redefinir la dicotomía en la que se hallan nuestras sociedades actuales y que combina la democracia como forma de gobierno de los Estados nacionales con las formas sociales de la cosmópolis venida

desde la globalización. Ante esta situación dicotómica en la que cada vez existe una mayor distancia entre gobernantes y gobernados y que pone a estos últimos a merced de intereses estatales y/o corporativos aumenta la tendencia a resolverla mediante la recuperación de procedimientos de control ciudadano como lo son la democracia directa, la sociedad civil o el fortalecimiento del Estado social. Los trabajos que constituyen esta obra coordinada por Belloso y De Julios abundan en esta tesis y contribuyen a afianzarla mostrando un dechado de elementos esenciales que se hallan más bien en la línea de la praxis a la hora de tomar posiciones en favor de la igualdad política o *isocracia*.

Todo ello, junto al rigor expositivo de las colaboraciones que la componen, hace que *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI* pueda considerarse una obra de referencia dentro de los actuales estudios sobre la rearticulación de los sistemas socio-políticos y jurídicos en el contexto de los nuevos tiempos y resulta especialmente recomendable para obtener una panorámica, más allá de la situación europea y anglosajona, de la realidad latinoamericana donde, desde diferentes presupuestos, existe una misma preocupación y búsqueda de soluciones frente a los fenómenos de pluralismo, heterogeneidad y *relaciones líquidas* que nos han venido impuestos desde la postmodernidad.

Finalmente cabe destacar la introducción, que en este caso lleva la firma de los coordinadores de la obra: Nuria Belloso Martín y Alfonso de Julios Campuzano. La prolijidad y el orden en el tratamiento de las cuestiones la dotan de un carácter próximo a la clase magistral y la coherencia con la temática de las colaboraciones prepara al lector o al analista para encontrar el hilo conductor entre textos en apariencia muy diversos y confiere unidad teórica al conjunto de los mismos.

Helena NADAL SÁNCHEZ
Universidad de Burgos

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, 306 pp.

Nos ofrece el autor en esta obra un estudio elaborado y profundo en el que se aprecia el dominio de las doctrinas jurídicas de mayor aceptación hasta nuestros días. Su objetivo, nada sencillo de lograr, es alcanzado –gracias a la madurez de su pensamiento– de forma magistral, aportando luces sobre cuestiones jurídico-políticas francamente abstractas. Apunta Carpintero desde un principio la necesidad de proteger a la Edad Moderna frente a sus propias debilidades, reflejadas en la propuesta de un estilo de vida que ya no se ajustaba a las demandas de los tiempos y que terminaría marcando un antes un después irreconciliables a partir de 1789. Para hacer posible una mentalidad revolucionaria basada en la igualdad, la Modernidad utilizó unos instrumentos doctrinales cuya idoneidad para estudiar los problemas del siglo XXI es cuestionada por Carpintero. Haciendo suya la idea de Otto Mayer, «El espíritu de la Constitución pasa, pero permanece el derecho administrativo», el autor detecta dos problemas. Uno, más abstracto, derivado de la estructura de las argumentaciones aún usadas en buena parte de las teorías sobre la justicia. El otro, más concreto y próximo al hombre de la calle, radica en el actual régimen administrativo. Al tratar la cuestión de las estructuras argumentativas, trata de poner de manifiesto que una realidad es la razón metódica demostrativa –alma de todo método– y otra, muy distinta, los métodos seguidos en concreto. Su diagnóstico final es concluyente: vivimos en un conjunto de instituciones sociales que no pueden ser explicadas con los métodos que las teorías sobre la justicia utilizan en la actualidad. En otras palabras, nuestra época vive una crisis de éxito.

Viajamos con exceso de equipaje, explica Carpintero, porque los instrumentos usados en la construcción del Estado Social de Derecho han sido asumidos por la conciencia colectiva y operan como factores prerreflexivos que guían el pensamiento jurídico y político. Se impone analizar los datos adquiridos en esas experiencias intelectuales en las que hoy hemos insilogizados numerosas vivencias que a día de hoy se muestran obsoletas. Las conclusiones y reflexiones que presenta en esta obra conectan con anteriores publicaciones sobre la ciencia del derecho bajomedieval y su transformación en la ciencia política moderna que le llevaron a entender a la incipiente racionalidad moderna bajo forma mecánica, al modo cómo un muelle comprimido que salta de igual forma en cada caso según el principio de igual acción-reacción. Éste constituye precisamente uno de los problemas más básicos estudiados en esta obra: si el *mos geometricus seu arithmeticus* típicamente moderno, que hoy revive y perdura en los escritos de Rawls y, en general, en los autores que prescriben diálogos ideales siempre basados en la simetría de las partes dialogantes, pueden dar razón de nuestra convivencia. Para llevar a cabo la investigación, Carpintero centra su objetivo especialmente en lo que denomina síntesis a priori o definiciones genéticas, construcciones doctrinales –normalmente basadas en las limitaciones intrametódicas propias del empirismo– que, en su aparente sencillez, prejuzgan ya desde su planteamiento más inicial la dirección de todo el discurso posterior. Estas formas de proceder han creado constructos que hoy se renuevan en Rawls y, a su modo apasionado y anárquico, en Habermas.

El primer capítulo de este estudio persigue y logra desgranar esta forma metódica de estudiar la vida humana. Entiende que el método científico moderno (Newton) conllevó una metafísica, en ocasiones implícita, que se extendió a todos los estudios. Hasta aquí coincide con las denuncias de Horkheimer y Adorno, entre otros, pero se separa de ellos en que no opone la razón teórica –dominada por la racionalidad mecánica– a la razón práctica, sino que analiza de forma crítica el método materialista-mecánico desde el interior de los fallos que el propio método muestra. Partiendo desde la comprobación de Henri Bergson de que la geometría es la metafísica natural del espíritu humano, completa esta tesis con una observación de Heisenberg, a saber, que tal *metafísica* se expresa más plenamente en la mecánica clásica. El gran mérito de Newton residió en ser el primero que supo desvelar las formas mecánicas que adquieren los despliegues de la razón y, gracias a esta penetración en el psiquismo humano, la ciencia ha dado históricamente un salto de gigante. Pero las comprobaciones de Planck y Gödel en el siglo xx han mostrado que los fundamentos newtonianos son demasiado incompletos.

Esta realidad implica un problema irresuelto hasta el momento: que, por la fuerza de esta proximidad humana de las categorías newtonianas, también el estudioso de hoy se ve forzado a seguir esos esquemas, aunque sea plenamente consciente de que no son válidos en todos los casos. Carpintero alude al modo en que se manifiesta esta inadecuación en la enseñanza del derecho. El profesor ha de explicar ante todo que el derecho consiste en leyes generales y, al menos en un primer momento, ha de dejar de lado los problemas que plantea la hermenéutica. Nuestra inteligencia navega por el campo de lo inmóvil, siempre igual a sí mismo, porque la razón –es otra comprobación tomada de Bergson– sólo se representa claramente la inmovilidad. Y esta limitación influye de formas parecidas en los estudios de derecho o de física: si el profesor de derecho comenzara sus explicaciones exponiendo a Esser o a Dworkin, o si el profesor de física arrancara sus explicaciones desde Planck o Gödel, sus alumnos quedarían inmediatamente desconcertados. La crítica a esta *metafísica* irreflexiva del pensamiento ocupa las primeras ciento cuarenta páginas.

Una vez examinados los temas más generales que condicionan el conocimiento práctico y teórico, Carpintero entra de modo más directo en el estudio de las cuestiones que han de estar en la base del conocimiento y de la reflexión jurídica. En el capítulo tercero, que lleva el expresivo título «Personas, cosas, personas», trata de explicar cómo las *cosas* inciden en buena parte de los comportamientos humanos, bien sea creando las reglas para medir esos comportamientos, bien ampliando o restringiendo la aplicación de las reglas ya existentes. Insiste en que es preciso distinguir entre la persona filosófica que definió Boecio y las personas jurídicas, en ocasiones llamadas *conditiones personarum*, y a veces sin nombre concreto alguno: ambos tipos de persona cuentan en el proceso de determinación del derecho. Su conclusión última es que el orden jurídico sólo puede ser entendido como una inordinación de funciones que tratan de resolver o aliviar las necesidades de las personas, necesidades que, al ser plurales, originan reflejos teóricos de índoles igualmente diferentes. En este punto, Carpintero muestra reticencias para usar expresiones unitarias tales como ordenamiento jurídico español, derecho español, etc., ya que unos términos tales inducen a pensar en términos idénticos las satisfacciones de problemas que son realmente diversos.

La tesis de las instituciones jurídicas como funciones de las necesidades de las personas es la que domina el capítulo cuarto, el más extenso de esta

obra. En él trata de ofrecer un esbozo para diseñar el estatuto jurídico-político de las personas, y su tesis es precisamente partir desde la efectiva satisfacción de las necesidades como el *principium* de todo orden jurídico. El problema surge ahora precisamente de la mano de las cosmovisiones mecánicas que ya han sido denunciadas.

En efecto, la representación del espacio –ante todo del espacio humano– como una superficie plana en la que viven individuos con su voluntad libre, lleva ineludiblemente a la creación de un poder solitario que únicamente puede consistir en voluntad: las voluntades de los individuos dan lugar a una sola voluntad política. La crítica de este espacio uniforme, sin relieve, llámese estado de naturaleza, posición original o diálogo ideal, en el que decidirían los individuos según la regla de la igualdad, es una constante de toda esta obra. La diversidad humana, en la mayor parte de sus manifestaciones, desaparece cuando se trabaja en este marco que parte desde alguna variante del *status naturae* seguida del consiguiente contractualismo, porque la actividad jurídico-política se presentará bajo forma de actos de voluntad individuales y colectivos, bajo veste de normas uniformes.

Carpintero denuncia esta uniformidad, que sólo puede ser alcanzada mediante una limitación artificiosa que reduce los criterios de justicia que han de regir la vida social bien a derechos subjetivos de los ciudadanos, bien a la voluntad del Estado, bien a los resultados obtenidos idealmente según el principio de igual acción-reacción. ¿Qué sentido tiene remitirse a un diálogo ideal para obtener soluciones que ningún ser racional puede rechazar, es decir, que han de ser necesariamente de una forma determinada? Así como Luhmann denunció la tradición veteroeuropea de la ontología, Carpintero denuncia la tradición, ya igualmente veteroeuropea, del rechazo de las cosas, pues el profesor, por el hecho –la cosa– de ser profesor, ha de explicar con claridad, y el taxista, por el mismo motivo, ha de conducir con prudencia.

El rechazo de la ontología ha venido históricamente de la mano de las corrientes empiristas, y Carpintero critica las bases más teóricas de estas filosofías, tanto por su inadecuación a los problemas humanos como por sus incoherencias. Recuerda que Hume declaraba, al final del Tratado sobre el conocimiento humano, que todos los libros que no estuvieran argumentados sobre las figuras y los números debían ser ignorados; sin embargo, Hume no quiso reparar en que él publicó tres libros en los que en ningún momento argumentó de la mano de las posibilidades predicativas de los números y de las figuras.

Existen los derechos subjetivos y los actos de voluntad como fuentes del derecho, pero ahora es preferible, para los propósitos de este estudio, partir desde las necesidades. Carpintero hace suyo el principio jurisprudencial *Ubi desinit humanitas ibi incipit contractus*, los contratos comienzan donde acaban las exigencias de la condición humana. Estas necesidades son, ante todo, de dos tipos: unas que surgen desde cada problema concreto, y otras que emergen desde las voluntades que son propias de la condición de sujeto del derecho de cada ser humano. La expresión sujeto del derecho (*Rechtssubjekt*) la toma de Jellinek –autor injustamente olvidado a su juicio–, cuya doctrina del Mínimo ético (*ethische Minimum*) entiende lejos de haber sido superada por el neocontractualismo contemporáneo. Considera estos dos problemas desde ángulos complementarios: la diversidad de las necesidades introduce al estudioso del derecho por un camino en el que ha de contar necesariamente el fundamento ontológico de cada problema. Y la condición de sujeto del

derecho de cada persona desplaza el acento normativo hasta la voluntad de cada persona libre.

En este capítulo predomina la denuncia de que nuestra cultura ha alcanzado tal grado de madurez que es preciso tomarse en serio a las personas, no como simples puntos de atribución (*Zuschreibung*) de un sector de las normas jurídicas, como pretendía Kelsen, sino como sujetos activos que contribuyen continuamente a crear y a concretar el derecho. Porque las personas viven en sus necesidades y la dignidad personal reclama que cada sujeto –sea por sí o agrupado con otros– haya de ser quien decida cómo resolver sus propias necesidades. No ignora que se trata de un tema polémico, pues el actual Estado Social de Derecho ha hipertrofiado su Administración y trata de suplir al margen de las decisiones directamente personales. Carpintero mantiene que el individuo que deja gestionar de este modo sus propias necesidades deviene un *abjectus*, término latino que designa al hombre que no tiene capacidad para decidir sobre su propia vida.

No resulta sencillo opinar sobre el fundamento y alcance de la obra de Carpintero, dado que la investigación está realizada sobre las críticas de los físicos y matemáticos (Planck, Heisenberg, Gödel) contra el método científico clásico, un método que –como recuerda el propio autor– era hace años ‘el’ método de la ciencia y hoy es una explicación de la mecánica de validez simplemente sectorial. Constituye, por tanto, un tipo de estudios nuevo entre nosotros.

Su apoyatura más teórica ha ido de la mano de Ferdinand Gonseth, fundador de la Escuela de Zurich. En el plano de las matemáticas es visible la influencia de Couturat y, sobre todo, de Wolfgang Frey. En las cuestiones geométrico-matemáticas construye sobre intuiciones expuestas en varias obras de Roberto Saumells y, quizá en la misma medida, sobre estudios de Heisenberg y Bergson. Es comprensible que el estudio, guiado por este tipo de discursos, adquiriera, al menos en la primera parte, un tono francamente abstracto, no siempre inteligible para quien no esté familiarizado con los problemas de la física y de las matemáticas en el siglo xx.

Los capítulos tercero y cuarto tienen una comprensión notablemente más sencilla, en los que las razones metódicas que los fundamentan son las expuestas en los dos capítulos anteriores. Las autoridades más inmediatas alegadas en la teoría política (último capítulo) están tomadas más directamente de Häberle, Böckenförde y, entre los españoles, de Ariño. Indicaba que las razones más de fondo están expuestas en los capítulos uno y dos porque esta obra posee una fuerte unidad lógica en la que el momento abstracto introduce al más concreto.

Es un estudio especialmente recomendable para los estudiosos que deseen salir del ámbito de las teorías políticas fundamentadas sobre estados de naturaleza, posiciones originales o diálogos ideales con sus consiguientes contractualismos, y que, liberados de las hipotecas que imponen las restricciones intrametódicas que acompañan a este tipo de teorías, quieran adoptar una actitud más libre en la filosofía del derecho, abandonando lo que Gonseth llamaba *philosophies nécessaires*.

José Justo MEGÍAS QUIRÓS
Universidad de Cádiz

CARRIO SAMPEDRO, Alberto: *Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, 208 pp.

La validez o el valor de la ley en un sistema político es una cuestión central en toda la filosofía política y jurídica. Así ha sido desde Grecia, donde se produjeron algunos de los más precisos y apasionantes debates sobre el tema. Sócrates y los sofistas llevaron a cabo –tal vez– la más lúcida controversia sobre el tema, que Platón trasladó luego sus diálogos. Pero la democracia constitucional de los últimos siglos necesita un ajuste teórico-jurídico frente a la democracia asamblearia ateniense. Hay que repensar de nuevo algunos de los temas clásicos a la luz de las ideas surgidas al calor de la Ilustración, especialmente de Montesquieu, Rousseau y Kant, así como de los grandes pensadores del siglo xx.

El libro que aquí se comenta tiene la virtud de entroncar los debates contemporáneos con el pensamiento griego e ilustrado, mostrando con ello la diferencia sustancial entre las diferentes épocas y exhibiendo sensibilidad histórica en un tema tan teórico como el de la validez. Su autor, Alberto Carrio Sampedro, ha sabido estudiar la cuestión sin perder ni la densidad de quienes gustan de estudiar la filosofía de la mano de los grandes pensadores, ni el refinamiento argumentativo de quienes hacen del análisis lingüístico su bandera.

Era necesario conjugar ambas vertientes, pues no escasean los análisis desde uno de los dos puntos de vista. Pero ciertamente hacía falta tal vez un estudio que aunase ambas perspectivas e hiciese balance de las consecuencias. La formación filosófica y jurídica de Alberto Carrio es sólida y tal hecho le permite avanzar con amplitud de miras, proponiéndose retos de envergadura. El libro es una parte revisada de su tesis doctoral, dirigida por el profesor Jesús Vega, de la Universidad de Oviedo, autor de un prólogo lleno de sugerencias interesantes y de afecto personal e intelectual. El tema elegido refleja la ambición y la perspectiva necesaria para afrontar una cuestión tan crucial. Era necesario un largo recorrido histórico y conceptual para estudiarla debidamente. Debía ocuparse de ella una persona provista de una auténtica vocación iusfilosófica, capaz de sobreponerse a las dificultades e incapaz del desaliento. La acertada dirección llevada a cabo por Jesús Vega puso la mirada en un horizonte vasto y ambicioso, necesario para que la tesis doctoral fuese un verdadero itinerario de reflexión sobre un tema central.

Frente a la amplitud de miras y a la densidad filosófica que había aprendido en algunas aulas de las Facultades de Derecho y de Filosofía de la Universidad de Oviedo, Alberto Carrio tuvo la oportunidad de concluir su tesis doctoral en el área de Filosofía del Derecho de la *Universitat Pompeu Fabra* de Barcelona. La perspectiva fue ya diferente: analítica, lingüística, precisa... un hecho que obligó a que una tesis tan abstracta tuviese que concretarse en argumentos muy bien delimitados, resistentes a una crítica minuciosa. En la segunda parte de la tesis, la influencia de José Juan Moreso, Jorge Malem, Josep Maria Vilajosana, José Luis Pérez Triviño, Josep Lluís Martí, Ricardo Caracciolo, Hugo Omar Seleme –y un etcétera asimismo enjundioso– se nota ampliamente.

Tanto la influencia ovetense como la barcelonesa hacen honda mella en el planteamiento y en el acabado del libro. Pertrechado con buenas lecturas y

selectos argumentos, ha podido perfilar, tras meses de reflexión, una obra bien estructurada, capaz de pasar la criba de los iusfilósofos analíticos, sin que por ello esté fuera de unas coordenadas históricas.

El libro, dividido en cuatro capítulos, refleja todas las influencias antes apuntadas. El primero tiene un carácter histórico y muestra las interpretaciones del concepto de ley y de la validez legal en Platón, Aristóteles, Cicerón, y en el pensamiento moderno. Es un resumen rápido, pero que aquilata las ideas fundamentales de estos pensadores. Se nota que Carrio los ha leído en profundidad y ha madurado lentamente su interpretación. Ciertamente, como trata de sostener el autor, el constitucionalismo contemporáneo representa una ruptura con el constitucionalismo anterior. Y es en esa ruptura donde debe estudiarse el concepto de validez legal, pues en la época contemporánea la validez es esencialmente intrínseca a la democracia misma. La teleología de la democracia contemporánea, a diferencia de la griega, no busca un fin fuera de sí misma, sino que busca las condiciones de validez en el propio sistema democrático.

De ahí que, en el segundo capítulo, el autor repase la dimensión político-jurídica de la constitución democrática. En este sentido, defiende la necesidad de las normas constitutivas como base para la legitimidad democrática que tienen los parlamentos para dictar leyes con carácter general. Tras ello, en el tercer capítulo, después de un detenido examen del concepto de sistema, lleva a cabo un análisis de la validez de la ley democrática, siguiendo la tripartición de la lingüística contemporánea: en este punto pesan ya mucho las influencias de la filosofía analítica. Con ello, el autor intenta examinar la formación del lenguaje legal y su relación con las reglas constitutivas.

En el cuarto capítulo, que hace las veces de epílogo, se encuentra desarrollada –a mi entender– la tesis más genuina que encierra la obra: el desplazamiento que la democracia constitucional contemporánea ha hecho del concepto de validez de la ley. Carrio vincula este desplazamiento con la regla de reconocimiento, entendida como mecanismo de estabilización del sistema, y ofrece dos interpretaciones de la misma. Como indica el autor, «dado que la legislación democrática es también una práctica institucional, su regla de reconocimiento requiere igualmente la aceptación de las reglas constitutivas» (p. 185).

Concluye la obra mostrando que la complejidad de la validez de la ley en la democracia constitucional tiene origen en el propio diseño institucional que atrinchera (verbo que gusta mucho a Carrio y que en el libro tiene un destacado protagonismo) dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la validez de la ley. Una es la condición de regularidad, que es necesaria para identificar las decisiones adoptadas regularmente por el nosotros de la mayoría democrática. La otra es la condición de persistencia, que significa su compatibilidad con una concepción de la justicia (p. 190).

La obra acaba, pues, con una defensa de las reglas constitutivas como un valor intrínseco y extrínseco, desde las que se pueden derivar condiciones necesarias y suficientes para establecer todo un sistema basado en un pacto social y político. El proceso democrático tiene valor en sí mismo al salvaguardar el bien mismo de la democracia constitucional, que debe tener una aspiración no sólo a la mera validez sino también a la justicia.

Cabe decir que, siendo un libro riguroso y académico, también da muestras del gusto de Alberto Carrio por la literatura y por las metáforas y ocu-

rencias brillantes. Es excelente el ejemplo de los desacuerdos en el sistema institucional democrático a partir de la elaboración de una paella (pp. 97-100). No caben ejemplos más sabrosos, que –sin duda– aumentan el placer de la lectura de esta interesante obra, breve, clara y bien articulada.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universitat de les Illes Balears

FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, 160 pp.

El libro comentado recoge el resultado de una prolongada conversación entre los profesores Juan Ruiz Manero y Luigi Ferrajoli a través de correos electrónicos. El intercambio de correos se transforma en un escaparate en el que se exhiben con todo detalle dos diferentes formas de entender el constitucionalismo: el constitucionalismo «garantista» representado por Ferrajoli y el constitucionalismo «principalista» o «postpositivista» defendido por Ruiz Manero. Este debate es solamente uno de los tantos que han surgido —o más bien, *resurgido*— a raíz la publicación del *Principia iuris* (2007) de Luigi Ferrajoli. Precisamente a propósito de su traducción al español¹ se organizó por el Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia un congreso cuyas ponencias han sido publicadas en este mismo número del *Anuario de Filosofía del Derecho*.

La obra se divide en tres partes. En la primera de ellas se rememoran los inicios de Ferrajoli como teórico del Derecho y su paso por la jurisdicción, destacando el fuerte compromiso civil que ha influido siempre en su producción académica. La segunda parte, que da nombre al volumen, es, con diferencia, la más amplia, y está dedicada al profundo y detallado debate entre los dos autores en torno a sus respectivas visiones del constitucionalismo. En tercera parte, por último, se discuten algunas de las propuestas que Ferrajoli ha sostenido en respuesta a algunos de los principales problemas jurídico-políticos actuales, particularmente los que hacen referencia al orden internacional y a la crisis del Estado constitucional de Derecho. En ese mismo orden serán comentados cada uno de los apartados.

1. *Cuestiones biográficas. Trabajo intelectual y compromiso civil*

El recorrido biográfico que se realiza en la primera parte permite comprender mejor el riguroso trabajo intelectual y el incansable compromiso civil que ha marcado la obra de Luigi Ferrajoli. Ambos rasgos han caracterizado al jurista italiano desde su juventud. De su experiencia como juez entre 1967 y 1975 cabe destacar dos circunstancias fundamentales. La primera es su participación activa en la fundación de *Magistratura Democratica*, asociación que ha resultado imprescindible para la difusión de una cultura jurídica constitucional en Italia². La segunda, según insiste el propio Ferrajoli, es que la experiencia práctica de la judicatura le hizo tomar consciencia del abismo que separa la práctica de la teoría jurídica o, por decirlo en términos ferrajolianos, de la divergencia deóntica entre validez y vigencia; idea que le conducirá a insistir en el papel central que las garantías deben desempeñar en la

¹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (3 vols.), trad. de P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011.

² Vid. ROSSI, N. (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Angeli, Milán, 1994.

teoría jurídica, así como en la función crítica con el Derecho vigente que incumbe a todo jurista.

En esos años se sitúa también el comienzo de la enorme labor teórica emprendida por Ferrajoli: la construcción de una teoría formalizada y axiomatizada del Derecho, que culmina con *Principia Iuris*. Tras la publicación de «Saggio di una teoria formalizzata del diritto» (1965)³, fue determinante el impulso del sabio magisterio de Norberto Bobbio, que le conducirá a escribir su *Teoria assiomaticizzata del diritto* (1970)⁴. La influencia de Bobbio será determinante, además, en el compromiso cívico que acompañará a Ferrajoli a lo largo de toda su carrera, y que le conducirá a implicarse en múltiples batallas ciudadanas. Entre esas actividades puede destacarse, quizá, su participación en el *Tribunal Permanente de los Pueblos*, tribunal de opinión creado por Lelio Basso y específicamente concebido con el fin de denunciar la ausencia de mecanismos de garantía de los derechos humanos a nivel internacional. A partir de experiencias como esa, destaca Ferrajoli, fue madurándose su conocida caracterización de la falta de garantías como lagunas del ordenamiento que deben ser colmadas a través de la actuación de los poderes públicos.

Ruiz Manero considera que la de Ferrajoli es la más bobbiana de entre las teorías del Derecho actualmente presentes en la cultura jurídica italiana. Al efecto que aquí nos interesa debe destacarse, sin embargo, al menos una importante diferencia, que es la que hace referencia a la articulación del vínculo entre el Derecho y la política: la relación entre la teoría del Derecho y el compromiso cívico en Bobbio es externa, mientras que en Ferrajoli es interna. Dicha divergencia, claro está, no es sino la manifestación de distintas concepciones del Derecho, de la democracia o del mismo positivismo jurídico. La evolución de Ferrajoli respecto del formalismo kelseniano seguido por Bobbio viene marcada por el propio cambio de paradigma que se produce con el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho, que impone el deber de diferenciar entre normas válidas y normas vigentes y que revela con ello la insostenibilidad del carácter avalorativo y puramente cognoscitivo de la ciencia jurídica. La ciencia jurídica ya no solo se conforma con describir el sistema jurídico tal y como es, sino que tiene la misión añadida de valorar su legitimidad o ilegitimidad en virtud de los parámetros establecidos en las constituciones rígidas. Para Ferrajoli el jurista debe *tomar posición* frente a cualquier posible ilegitimidad presente en el Derecho vigente. Se construye, por lo tanto, un papel crítico y proyectivo de la ciencia jurídica: crítico frente a las antinomias y proyectivo frente a las lagunas. Así el Estado constitucional de Derecho (tomado *rigurosamente* en serio, por usar la fórmula de Perfecto Andrés Ibáñez) sitúa a todos los operadores jurídicos en una posición crítica hacia el Derecho vigente. Por eso, el compromiso cívico de Ferrajoli es interno e inescindible de su teoría del Derecho: es el propio Derecho positivo el que impone al jurista el deber denunciar y promover la remoción de las antinomias y la superación las lagunas del ordenamiento.

³ FERRAJOLI, L., «Saggio di una teoria formalizzata del diritto», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 42 (1965).

⁴ FERRAJOLI, L., *Teoria assiomaticizzata del diritto*, Giuffrè, Milán, 1970.

2. *Dos modelos de teoría del Derecho y de constitucionalismo*

En la segunda parte Ruiz Manero dejará el rol de entrevistador que había adoptado en la primera para ejercer como *contrincante* dialéctico de Ferrajoli. Pese a que las posiciones de ambos autores en defensa de sus respectivos modelos de constitucionalismo son muy sólidas, es de agradecer la voluntad que ambos muestran por entenderse y llegar a acuerdos, matizando en parte la propia postura o la interpretación que se hace de las posturas del otro. Repasaremos a continuación muy brevemente algunos de los puntos más destacables de su diálogo.

Entre otras, a Ruiz Manero le inquieta la idea, bastante usual entre los neoconstitucionalistas, de que el lenguaje de los derechos se sitúe en un plano justificativo superior al de los deberes o los correlativos. E insiste, preguntando a Ferrajoli por qué ha privilegiado el concepto de «expectativa» frente al de «imperativo». Las razones que Ferrajoli da son múltiples: 1.^a) un mayor alcance empírico y una mayor capacidad explicativa de las expectativas formuladas en forma de derechos en relación a los imperativos formulados en forma de obligaciones legales; 2.^a) es útil a efectos de explicitar la titularidad de los derechos fundamentales en tanto que normas jurídicas; y ello sirve para colocar a todas las personas (o a todos los ciudadanos, en el caso de los derechos políticos) en una posición supraordinada dentro del ordenamiento jurídico en tanto que titulares de derechos fundamentales; y 3.^a) sirve para expresar de manera bastante más explícita y directa los valores ético-políticos proclamados en las constituciones de lo que lo podría hacerse por normas imperativas.

A la vista de estas afirmaciones, Ruiz Manero se pregunta si la posición de Ferrajoli no supone tomar partido únicamente por una de las múltiples interpretaciones que se hacen posibles respecto de los textos constitucionales; circunstancia que pondría en entredicho la firme posición metaética no cognoscitivista mantenida por Ferrajoli. Este, sin embargo, insiste en que no se trata de una opción política arbitraria ni la expresión de ninguna preferencia ética propia. No es una interpretación entre otras posibles, sino que es «la opción adoptada por los propios textos constitucionales, que, por ello, se impone también a la teoría como la única posible o, al menos, como la más adecuada, porque dotada de mayor alcance empírico y explicativo»⁵. Situando a los derechos fundamentales en un plano justificativo superior se realza, además, su función directiva, y por ello su condición normativa y vinculante respecto de toda la producción normativa inferior. De ahí que pueda decirse que la violación por comisión de los principios constitucionales y en la forma de violación de derechos fundamentales de sus titulares genera antinomias; de la misma forma que su violación por omisión genera lagunas. Ferrajoli defiende, en consecuencia, que su no cognoscitismo ético no es en absoluto incompatible con el reconocimiento de los valores ético-políticos sobre los que se fundamentan nuestras democracias constitucionales. Su posición defiende que esos valores no encarnan «la verdad», sino ciertos «fundamentos ético-políticos o de justicia» que repetidamente se han identificado con «la paz, la igualdad, la dignidad de la persona o la protección de los más débiles»; de ahí que la concepción del Derecho que Ferrajoli defiende sea, en

⁵ FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p. 58.

definitiva, la concepción del Derecho como la «ley del más débil». Pese a ello, no dejará de asegurar que su teoría del Derecho es una teoría «puramente formal».

Pero la cuestión de los principios es, sin duda, el punto fuerte de la divergencia entre los dos tipos de constitucionalismo enfrentados en este libro. Frente a la tesis normativa sostenida por Ruiz Manero que considera que las constituciones modernas están integradas principalmente por principios, lo cual lleva a una indeterminación del lenguaje jurídico que posibilitaría la apertura permanente de un proceso democrático deliberativo, Ferrajoli argumentará que la indeterminación del lenguaje no es un fenómeno exclusivo de las normas constitucionales, sino del entero lenguaje jurídico. Así, mientras que el carácter vago, indeterminado y valorativo de las normas constitucionales sería para Ruiz Manero un punto positivo, que permitiría superar la conocida «tiranía de los muertos sobre los vivos» propia de las constituciones rígidas, para Ferrajoli sería un defecto que corresponde corregir a la ciencia jurídica. En efecto, según el garantismo profesado por Ferrajoli, la taxatividad es garantía de los derechos fundamentales en la medida en que significa reducción de los espacios de arbitrariedad de los poderes. El transcurso de los acontecimientos políticos sucedidos en Italia en las últimas décadas no hace sino reafirmar a Ferrajoli en su posición: si para algo sirve una constitución rígida es precisamente para atar de manos a las generaciones futuras. La deliberación ya se daría en grado suficiente en el nivel legislativo, siempre adecuadamente limitada por esa esfera de lo indecible o por ese «coto vedado», en palabras de Garzón Valdés.

Del mismo modo, Ruiz Manero considera que, en materia de derechos sociales, el constituyente usa impropriamente el término «derechos», cuando de lo que realmente está hablando en la mayoría de ocasiones es de directrices que solo servirían para orientar la política de los poderes públicos. Según esto, la teoría mediante la cual Ferrajoli establece que la falta de garantía de un derecho social implica una laguna normativa, derivaría de atribuir al término «derecho» un significado que realmente no tiene de acuerdo con la voluntad del constituyente, quien lo habría usado, en realidad, de una manera impropia. Tal razonamiento equivale, para Ferrajoli a una inversión de la jerarquía normativa. Ahí reside, precisamente el mayor desacuerdo entre los sus formas de entender el constitucionalismo, que se concreta en la posible derogabilidad o no de los principios constitucionales por parte del legislador.

3. Cuestiones políticas. Diagnósticos y propuestas

De entre las numerosas cuestiones políticas de las que se ha preocupado Ferrajoli durante su dilatada carrera, a Ruiz Manero parecen interesarle especialmente dos: aquellas que tienen que ver con la construcción del orden internacional ideado por Ferrajoli, es decir, con su *pacifismo jurídico*⁶; y

⁶ Vid. PISARELLO, G., «El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 11-24. También vid. GARCÍA SAEZ, J. A., «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris*», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 25 (diciembre 2012), pp. 82-102.

aquellas que hacen referencia a la crisis de la democracia en Italia. Solo haré aquí referencia a los primeros, puesto que me parece que los segundos se encuentran ya lo suficientemente concentrados y resumidos en el pequeño pero contundente libro de *Poderes Salvajes*⁷.

Ruiz Manero muestra una posición altamente escéptica respecto de la firme convicción pacifista ferrajoliana, según la cual la guerra es, en su esencia, la negación misma del Derecho y, por lo tanto, debe estar necesariamente prohibida en cualquier circunstancia. El pacifismo jurídico, sin embargo, no representa una renuncia al uso de la *vis coactiva* del Derecho; de modo que Ferrajoli, inquirido por Ruiz Manero sobre el conflicto Libio de 2011 –de plena actualidad mientras su conversación tenía lugar– considera legítima la resolución adoptada 1973 por el Consejo de Seguridad de la ONU para intervenir con el objetivo de frenar a las tropas de Gadafi, que se dirigían hacia Bengasi haciendo presagiar una masacre. Otra cuestión muy diferente es, en efecto, la violación que de esa resolución haya efectuado posteriormente el mando de la OTAN, extralimitándose claramente en su mandato. Como siempre, la lección que Ferrajoli extrae de ese episodio, es la necesidad de implementar lo previsto por el capítulo VII de la Carta de la ONU, que significaría el establecimiento de una suerte de cuerpo de policía mundial que actuaría, precisamente, como garante de la paz.

Para cuestionar el diseño institucional imaginado por Ferrajoli, Ruiz Manero se vale de la crítica realista formulada por Danilo Zolo, que contrapone a las instituciones pretendidamente universales un conjunto de instituciones descentralizadas generadas a través de mecanismos de negociación multilateral. La crítica de Zolo al universalismo ferrajoliano, sin embargo, ha sido, en mi opinión, suficientemente respuesta en *Principia Iuris*, donde se vuelve a recordar que la idea de garantizar la universalidad de los derechos fundamentales de todas las personas no constituye una utopía irrealizable. Se trata más bien de superar el realismo *a corto plazo* de quienes consideran que es sostenible un sistema que genera flagrantes desigualdades entre las personas e irreversibles daños en el medio ambiente por un realismo *a largo plazo*, que asegure la pacífica convivencia entre los pueblos y entre la humanidad y el medio ambiente. Tal realismo, como fue diseñado después de la segunda guerra mundial, solo es posible a partir de tomarse en serio las promesas realizadas por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por los tratados internacionales y las constituciones nacionales, estableciendo para ello las correspondientes garantías jurídicas.

Conclusión

El elevado nivel de complejidad que alcanza la conversación me hace ser escéptico respecto del propósito formulado por Ruiz Manero al comienzo del libro. No creo que, al menos en su parte central, pueda servir a «cualquier persona culta preocupada por los problemas de la vida colectiva» para tener una perspectiva más exacta del constitucionalismo. A cambio, su lectura sí que servirá, y mucho, a cualquier jurista con inquietudes. La aportación realizada por Ferrajoli y Ruiz Manero va, además, mucho más allá del debate a

⁷ FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011.

propósito de las convergencias y divergencias entre constitucionalismo principialista y el constitucionalismo garantista: invita a recuperar un estilo *concordia discors* –por emplear la expresión utilizada por Bobbio– tan necesario hoy en día en la vida pública en general y en la academia en particular.

José Antonio GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José: *Lenguaje, normas y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 2012, 307 pp.

Este libro trata de una de las dos partes en las que, según el autor, se divide la Filosofía del Derecho, a saber, la Teoría General del Derecho, la cual estudia el derecho como un conjunto ordenado de normas y lo hace desde un punto de vista interno. La otra parte, la que él denomina Teoría Social del Derecho, trata el derecho desde el punto de vista externo, en sus relaciones con otros fenómenos de la vida social (morales, políticos, económicos, etc.).

Delimitado así su objeto, la obra se compone de seis capítulos, que tratan sucesivamente de: la ciencia jurídica (cap. 1), la interpretación del derecho (cap. 2), la norma jurídica y sus clases (caps. 3-4) y el sistema jurídico en sus dos dimensiones, estática y dinámica (caps. 5-6). Todo el libro está recorrido por una idea central, reflejada en las dos citas, de Platón y Hegel, que se recogen al principio: que el derecho solo es válido cuando es puesto y conocido por todos, es decir, cuando se convierte en ley, y que las leyes son necesarias para la convivencia humana. Esta idea es la que ha desarrollado la ciencia jurídica desde su surgimiento en Roma y a lo largo de los siglos, hasta culminar con la ciencia jurídica actual. La tarea de la ciencia jurídica ha sido la de interpretar las leyes, exponer cuál es el derecho válido en cada momento y hacerlo realidad a través del cumplimiento y la aplicación judicial. En el primer capítulo se estudia la evolución de la ciencia jurídica y las diversas concepciones actuales de la misma, con sus diferentes metodologías, concluyendo que es una ciencia «nomológica, lingüístico-interpretativa y social», pues su objeto de estudio son «expresiones lingüísticas normativas cuyo contenido versa sobre hechos sociales» (p. 59).

De acuerdo con lo anterior, el segundo capítulo aborda el tema de la interpretación del derecho como un conjunto de expresiones lingüísticas (enunciados) recogidas y agrupadas en unidades textuales (las leyes). La interpretación de estos textos se enfoca desde la teoría de la comunicación, la semiótica de Peirce, la pragmática de los actos de habla y la lingüística textual. Se prepara así el terreno para una novedosa interpretación de las normas jurídicas como enunciados en su doble aspecto, ilocutivo y proposicional, que forman parte necesariamente de un texto más amplio, que es la ley.

Pero antes de entrar en el análisis lingüístico de las normas jurídicas se destina un capítulo, el tercero, a definir los caracteres de las normas en general, distinguiéndolas de las reglas. Según el autor, que en parte se basa en G.H. von Wright, las normas proceden de la autoridad y se destinan a los súbditos, mientras que las reglas proceden de cualquier persona que indique a otras un camino a seguir para alcanzar ciertos fines. Se analizan las principales concepciones sobre las normas jurídicas (imperativista, normativista, razones para la acción), concluyendo con una caracterización: las normas jurídicas son enunciados (expresiones lingüísticas), normativos (dados por una autoridad) y publicados oficialmente como textos legales.

En el capítulo cuarto se analizan las normas jurídicas como enunciados, desde el punto de vista pragmático de la teoría de los actos de habla de J.R. Searle. En primer lugar se estudia su estructura proposicional (supuesto y consecuencia), en segundo lugar se analizan las diversas clases de actos ilocutivos que son posibles en los enunciados jurídicos. La ilocutividad es la fuerza que el emisor imprime al enunciado; en nuestro caso, es la fuerza o sentido que el legislador da a las normas que emite. Y esta fuerza puede ser:

asertiva, definitoria, prescriptiva o performativa. De ahí nacen las cuatro grandes clases de normas del ordenamiento jurídico, que se subdividen en otras subclases, a saber: Normas asertivas (descripciones y valoraciones), definitorias (definiciones legales, ficciones y presunciones), prescriptivas (permisos, derechos, poderes, mandatos, prohibiciones), y performativas (derogatorias, modificativas, nombramientos, etc.) (pp. 178-179).

El análisis de las normas jurídicas abre paso a la visión del sistema jurídico, entendido como una construcción científica hecha a partir del ordenamiento. De las diversas clases de sistema se pasa a analizar la sistematización del derecho en su historia y en la época contemporánea, donde se han propuesto tres modelos: el sistema orgánico, el lógico y el legislativo. En la actualidad se estudian los siguientes aspectos del sistema jurídico: la identidad del sistema, la identidad de sus elementos, la estructura del sistema y su dinámica. Todavía en el capítulo quinto, el autor señala como rasgos característicos del sistema jurídico: la existencia de una autoridad político-jurídica, un conjunto de normas establecidas por dicha autoridad y unas coordinadas espacio-temporales. Se utiliza en este análisis la teoría de la construcción de la realidad social de J.R. Searle.

En el capítulo sexto y último se estudian los elementos del sistema, a saber, las normas jurídicas como enunciados, y la propiedad esencial de estas, que es la validez. La validez de una norma jurídica no es su existencia, como afirmaba Kelsen, sino su positividad, es decir, su modo de producción basado en el principio de legalidad. Es válida aquella norma que ha sido producida por el órgano competente con el procedimiento adecuado, ha sido publicada y no ha sido derogada. Su validez es la pertenencia a un sistema jurídico determinado, aquel del cual obtiene su legalidad.

La Estática jurídica estudia la estructura del sistema, la cual viene dada por el conjunto de relaciones que existen entre las normas del ordenamiento. Para conocer estas relaciones el autor elige como hilo conductor la tabla de las categorías de Kant y, en concreto, las categorías de la relación, de donde derivan tres grandes clases de relaciones: 1) Sustancia-accidente: normas sustantivas y adjetivas. 2) Causa-efecto: normas de competencia, de organización, de promulgación, derogación, etc., con sus respectivas normas-efecto. 3) Comunidad: relaciones de identidad, conjunción, disyunción, consecuencia y oposición entre normas.

Esta visión general del sistema jurídico se completa con el estudio de la Dinámica, entendida esta como la relación entre las normas del sistema y la realización de las conductas previstas en ellas. El autor divide todas las conductas previstas en las normas del ordenamiento en tres grandes grupos: legislación o producción de nuevas normas, jurisdicción o aplicación de las normas a los casos concretos y cumplimiento o incumplimiento de las normas, que dan lugar a su eficacia o ineficacia. En estos tres apartados se analizan algunas cuestiones centrales de la actual teoría del derecho, tales como la distinción entre sistema jurídico (momentáneo) y orden jurídico, los criterios de legalidad y deducibilidad para la identificación de las normas del sistema, los diversos tipos de modificaciones normativas, la distinción entre producción y aplicación del derecho, las diversas concepciones de la aplicación judicial, las tareas de dicha aplicación, el concepto de cumplimiento del derecho, su eficacia, efectividad, etc.

En resumen, esta es una obra de síntesis, pero con algunas aportaciones interesantes por lo novedosas, que deben ser contrastadas en un examen posterior y que sin duda pueden generar alguna polémica. La introducción del

análisis lingüístico pragmático, especialmente la teoría de los actos ilocutivos, y la ordenación de las relaciones entre normas siguiendo un esquema tan abstracto como el que propone Kant pueden ser algunos de esos puntos polémicos. El concepto de validez y la caracterización de las normas permisivas y de competencia se apartan también en algunos aspectos de la opinión mayoritaria de la teoría del derecho actual.

Fernando NAVARRO AZNAR
Universidad de Murcia

MARCOS DEL CANO, Ana María (Coordinadora): *Bioética y derechos humanos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Ciencias sociales y jurídicas, Madrid, 2011, 387 pp.

Bioética y derechos humanos es una obra que combina una serie de perspectivas filosóficas, jurídicas y científicas para presentar al lector una idea completa de bioética. La variedad de ámbitos académicos de los autores es tan amplia como los aspectos que son abarcados por la propia disciplina y plasmados en el texto. De este modo, surge una publicación que logra compilar, de manera novedosa, las más diversas cuestiones que son objeto de estudio de la bioética. Así, en la primera parte del libro se tratan temas relativos a los derechos humanos, ética, sociología y filosofía; centrándose la segunda parte en aspectos más prácticos que vienen a concretar los planteamientos de aquello tratado en la primera. Nos referimos al estudio filosófico, científico y jurídico de las terapias génicas, la eutanasia o la clonación. Y, por último, se trata el derecho a la salud desde la perspectiva del paciente, su calidad de vida y las distintas responsabilidades que pueden derivar para la Administración en el ámbito sanitario.

El primer capítulo está a cargo de la coordinadora de la publicación, titulado «La bioética y el bioderecho desde los derechos humanos», en el que resalta la importancia de apelar a la dimensión ética del ser humano ante los avances científico-tecnológicos que se producen en el ámbito de la medicina y de las ciencias de la salud. Ana María Marcos del Cano, profesora titular de Universidad de Filosofía del Derecho del Departamento de Filosofía Jurídica de la UNED, destaca la necesidad de que la actuación de los profesionales sanitarios tenga una dirección marcada por una serie de valores. Esta dirección queda justificada con la interrelación que surge entre la ética, el derecho y las ciencias de la vida. Hace un repaso a los orígenes de la bioética como disciplina, comenzando por los escándalos que tienen lugar en la sociedad norteamericana en los años 60 relacionados con la experimentación de seres humanos, los cuales motivan los primeros documentos jurídicos que surgen en oposición a dichos sucesos. Por ejemplo, el Informe Belmont, basado en los principios de respeto por las personas, beneficencia y justicia. Estos principios, unidos al de autonomía, constituyen los protagonistas de la bioética. Tras una enumeración de las situaciones de las que se ocupa esta disciplina, finaliza con una serie de cuestiones que plantea la bioética al derecho: el bioderecho. Éste requiere una nueva reflexión sobre qué es el derecho y sus funciones, replanteando los valores que subyacen a estas nuevas situaciones y creando una nueva técnica legislativa que tendrá que respetar el pluralismo de la sociedad y la interdisciplinariedad de los acontecimientos que será necesario regular.

Benito de Castro Cid, catedrático emérito de Filosofía del Derecho de la UNED, presenta el segundo capítulo: «Derechos humanos. Biotecnología. Derechos humanos: una compleja interacción circular». Comienza examinando las líneas de avance de la última revolución biotecnológica: las técnicas de manipulación de los diferentes elementos que influyen en los procesos de aparición, conservación y propagación de la vida. Enumera los principales desafíos planteados actualmente por la biotecnología, que si bien abre posibilidades al bienestar de la humanidad, despeja el camino a amplios riesgos. Destaca la capacidad orientadora de los derechos humanos como mensajeros de la Justicia para contrastar la corrección ética de las aplicaciones tecnológi-

cas. Estos derechos deben actuar, a su vez, como frontera de los propios avances, para lo que expone los principios que deberían constituir el núcleo originario de del futuro código deontológico de las actuaciones biotecnológicas sobre los organismos humanos. Concluye con una profunda reflexión sobre el nuevo horizonte que impone el progreso biotecnológico al catálogo de derechos.

«Ética comunicativa y bioética» es el tercer capítulo, por José Delgado Pinto, quien fuera catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca. En él encontramos un análisis crítico a la obra de Habermas sobre la filosofía moral, con referencias a los postulados kantianos. Los problemas morales surgen cuando en situación de conflicto se plantea la cuestión de qué intereses han de considerarse correctos. Para su resolución existen una serie de reglas, difíciles de cumplir en situaciones sociales reales. Delgado Pinto expone las tesis de Habermas sobre la cuestión de las intervenciones genéticas con fines eugenésicos y finaliza con una valoración sobre sus argumentaciones. Habermas pone al descubierto las limitaciones de la filosofía moral: la valoración de la moral no puede ser un juicio moral, sino un juicio ético.

Antonio-Enrique Pérez Luño, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, es el autor del cuarto capítulo «Bioética e intimidad. La tutela de los datos personales biomédicos». Presenta la noción de intimidad como categoría cultural, social e histórica que entra en confrontación con el derecho a la salud. Las tensiones surgen entre la exigencia de los poderes públicos de utilizar la transmisión de los datos médicos y el deseo de los ciudadanos de mantener un control sobre la información que le concierne. Continúa el capítulo con una relación de la legislación española relativa a la tutela de la intimidad respecto a datos sanitarios y una aproximación a la jurisprudencia el Tribunal Constitucional en la misma materia. Sus conclusiones se centran en el peligro al que se exponen los ciudadanos a continuas violaciones de su intimidad perpetradas por los abusos de la informática y la telemática.

Francesca Puigpelat Martí, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona, escribe sobre «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida» en el capítulo quinto. Inicia el capítulo con una diferenciación de las corrientes feministas liberal, marxista-socialista, radical y cultural. Atribuye al hecho de la maternidad biológica la postura histórica de sumisión de la mujer. De este modo, considera que las técnicas de reproducción asistida constituyen un importante mecanismo de liberación. No obstante, contrasta las posiciones contrarias, que ven dichas técnicas como un soporte más a la cultura patriarcal.

Rafael Junquera de Estéfani, profesor titular de Universidad del Departamento de Filosofía Jurídica de la UNED, viene a hablarnos sobre «El bioderecho», que ya la coordinadora del libro planteaba en el primer capítulo. Destaca los nuevos planteamientos morales que traen los descubrimientos biomédicos en un momento en el que el protagonismo de la ética se estaba diluyendo. Delimita los factores que han influido en la aparición de la bioética y las fases que ha experimentado la propia disciplina, especificando la necesidad de conceptos e instituciones como la autonomía o el consentimiento que le aporta el bioderecho. No se trata solo de positivizar la bioética, sino también de establecer un sistema de ponderación de principios contrapuestos, de manera que bioética y bioderecho entran en correlación. Por último, plantea la teoría de la pendiente resbaladiza aplicada a estas dos disciplinas y

cuestiona cómo podríamos utilizar el derecho para evitar que caiga en esa pendiente.

Narciso Martínez Morán, catedrático de Filosofía del Derecho de la UNED, presenta la «Dignidad Humana y derechos humanos como límite a las investigaciones biomédicas» en el séptimo capítulo. La biotecnología ha generado grandes expectativas para toda la humanidad y sus resultados y beneficios ya comienzan a evidenciarse en algunos campos de la medicina. Algunas investigaciones biomédicas se sitúan en la frontera de la ética y del derecho, generando cierto grado de oposición. De ahí que la humanidad deba estar representada para tomar decisiones y evitar la cesión completa del poder a los científicos. Así, ¿puede éticamente hacerse todo lo que técnicamente es posible? El autor plantea en el capítulo la posible respuesta a la pregunta. Para ello presenta unas nociones sobre la persona humana, desde una perspectiva histórico-filosófica y en tanto en cuanto es posible concebir su definición. Profundiza en la dignidad humana, realidad reconocida universalmente, inseparablemente unida al propio hombre y que debe operar como límite, junto a los derechos humanos, a las investigaciones médicas y a la propia libertad de investigación.

Entrando en la segunda parte del libro que, si bien contiene aspectos más prácticos, son valorados desde las perspectivas desarrolladas en la primera parte; Íñigo de Miguel Beriain, investigador de la UPV/EHU en la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, presenta el capítulo octavo: «Las terapias génicas: ¿Solución o problema?». La ingeniería genética viene a mejorar la herencia genética mediante la manipulación de su código genético. Pero no todos estos avances son necesariamente aceptables desde un punto de vista ético o legal. Las terapias génicas constituyen una técnica novedosa, de los años 80 del pasado siglo, que utiliza la administración deliberada de material genético humano. El autor clasifica las terapias génicas en función de parámetros diversos, y entra a analizar las teorías contrapuestas que legitiman o no la manipulación de la naturaleza por parte del ser humano. Para ello establece diferentes argumentos dentro de las terapias génicas desarrolladas sobre la línea somática y de las desarrolladas sobre la línea germinal y concluye con unas referencias a la legislación sobre la materia.

Andrés Ollero Tassara, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), escribe el capítulo noveno sobre «La invisibilidad del otro. Eutanasia y dignidad humana». No es posible concebir el escenario de la eutanasia sin tener presente el factor religioso. Por eso, el autor comienza con una reflexión que, entre el clericalismo y el laicismo, valora la influencia de la religión en el ámbito público y su esfera de poder. Matiza la premisa de que la moral debe regir la vida privada y el derecho la vida pública, en conexión al carácter irrenunciable del derecho a la vida. La eutanasia se encuentra en el ámbito de la autonomía personal, pero el hecho de que implique a un tercero dificulta, aún más, su aceptación. La compasión moral permisiva del tercero debe dar paso, sin embargo, a una garantía jurídica responsable. La salvaguarda del presunto derecho ajeno a morir podría acabar traducándose en el cambio radical de un ámbito de actividad social como consecuencia inevitable de la conversión de la excepción en norma. Surge a colación el debate de la judicialización de la sanidad; cuestiones todas que invitan a reflexionar sobre la relación entre dignidad y autonomía.

«La clonación humana reproductiva. Perspectivas éticas» es el tema a tratar en el capítulo décimo por Marciano Vidal, quien fuera catedrático de Ética teológica en la Universidad de Comillas (Madrid). A través de su exposición

describe las posibilidades actuales en el campo de la clonación humana, centrándose en la clonación reproductiva y dejando a un lado la de tipo terapéutico. Comienza con un análisis de datos científico-técnicos sobre los organismos susceptibles de clonación y las técnicas utilizadas para ello. Valora las ventajas de la clonación en función de los diversos tipos de organismos, y sus riesgos, destacando las repercusiones que conlleva en el imaginario social un fenómeno como éste. Centrándose en una valoración ética de la clonación humana reproductiva, toma en cuenta las posturas de las instancias y organismos oficiales, así como de la opinión pública y de la comunidad científica. Entra, además, en una reflexión teológica y ética sobre los valores que entran en juego, destacando el derecho del ser humano a su peculiar identidad. La inviolabilidad del genoma humano debería ser un valor ético de formulación universalmente compartida, pero se precisa una elevación de la responsabilidad de la humanidad que vaya a la par del progreso científico-técnico.

La recta final del libro matiza cuestiones más jurídicas. José Ramón Díez Rodríguez, abogado experto en Derecho Sanitario y profesor tutor de la UNED, trata «El derecho del paciente a conocer y decidir: ¿Quién decide?» en el capítulo undécimo. Tras un repaso a los antecedentes históricos y legislativos del consentimiento informado, plantea las circunstancias prácticas que impiden el otorgamiento de un verdadero consentimiento, tanto por parte del paciente como del profesional sanitario. Fundamenta la información asistencial y el consentimiento informado desde las perspectivas éticas, jurídicas y deontológicas para llegar posteriormente a una doble consideración: el consentimiento informado como derecho fundamental y como elemento de la *lex artis*. Para ello repasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que coinciden en la protección de la libertad del paciente. Desde una vertiente práctica, delimita las características del médico y del paciente como elementos subjetivos de la información asistencial y determina el contenido de la información, incluyendo la finalidad, naturaleza, riesgos y alternativas posibles a la intervención que sea propuesta al paciente. También hace referencia a aspectos como el momento en que se debe informar, el derecho de revocación del consentimiento y el derecho a no ser informado, con sus limitaciones correspondientes. Concreta el estado de necesidad terapéutico como situación excepcional a la obligación del médico a informar y concluye con unas notas sobre la forma y las excepciones a la necesidad del consentimiento informado.

Jesús Esteban Carcar Benito, Asesor Jurídico de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, reflexiona en el capítulo duodécimo sobre los «Criterios de valoración del derecho a la salud en relación con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Especial referencia a la integridad y calidad de vida». Para valorar la solución ética-jurídica que plantea el uso de la tecnología, el autor precisa el análisis de algunos criterios: dignidad, autonomía del paciente, igualdad, solidaridad, intimidad y precaución. Pero centra su exposición en otros dos criterios: la integridad y la calidad de vida. La integridad, como derecho de máximo rango, materializa la dignidad y conecta de manera directa con el derecho de rechazo a la asistencia médica, protegiendo además menoscabos físicos y psicológicos. Plantea la represión penal del acoso moral y analiza los elementos de la teoría del delito en conexión con las TIC. Éstas constituyen una industria en desarrollo que mejoran la imitación del cerebro y de las emociones humanas, pero las oportunidades que ofrecen conllevan nuevos planteamientos éticos: la existencia de prótesis sensoriales indica una debili-

dad, pero el hombre ha sido capaz de remediarlo y ello va a traer consecuencias. Finalmente, se refiere a la calidad de vida: un criterio relativo al funcionamiento físico-mental, al bienestar, que determina qué tratamientos médicos pueden ser aplicados a un paciente. En el ámbito ético y jurídico ha sido utilizado para reducir la protección de la vida humana, lo cual ha generado una importante polémica. La calidad de vida influirá en la capacidad de decisión de los individuos, en los servicios asistenciales y en los procedimientos de las TIC.

El colofón del libro lo pone José María Pérez Gómez, letrado de la Administración de la Seguridad Social y académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, con «Algunos apuntes al régimen de responsabilidad civil, penal y patrimonial objetiva de la administración derivada de la asistencia sanitaria». Las distintas responsabilidades en las que pueden incurrir los profesionales sanitarios quedan en función de las circunstancias en las que se desarrolle la actividad. En primer lugar, expone la responsabilidad civil por daños y servicios, con referencias a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Posteriormente, desarrolla la responsabilidad penal por negligencia profesional, delimitando los requisitos que deben concurrir para que exista una infracción penal imprudente culposa. Distingue los otros tipos delictivos que pueden suponer una responsabilidad penal: la eutanasia, el aborto, la omisión del deber de socorro o el descubrimiento y revelación de secretos; y también la autoría del delito y la responsabilidad subsidiaria del centro sanitario público o privado. En último lugar, desarrolla la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria según la legislación administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y la acción de regreso que corresponde a la administración con respecto a sus autoridades y personal a su servicio.

En definitiva, nos encontramos con una obra que, desde la más amplia base de lo jurídico, enfoca temas que actualmente forman parte de los quebraderos de cabeza de la bioética. Ética, filosofía y ciencia destinados a tratar temas que, lejos de ser resueltos, quedan a disposición de un debate abierto a las más extremas posiciones doctrinales. Temas que deben ser enfocados, como insisten los autores, desde la base del respeto a los derechos humanos y, en concreto a la dignidad humana y al principio de autonomía de la voluntad. Solo así podrán darse respuestas. Y, si no es posible, al menos podrán obtenerse las claves para plantear las soluciones a los conflictos derivados de la colisión entre los avances científicos, la ética y el derecho.

Ana Ylenia GUERRA VAQUERO
UNED

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis: *Ética y deporte*. Desclee de Brouwer, Colección Ética aplicada, Bilbao. Año 2011, 212 pp.

La ética del deporte irrumpe tímidamente como disciplina académica en los años setenta del pasado siglo xx. Especialmente con el impulso de la «American Philosophical Association» de Boston que funda en 1972 la «Philosophic Society for the Study of Sport» (PSSS), con el principal respaldo del profesor Warren P. Fraleigh de la «State University of Brockfort» y del profesor Paul Weis de la «Catholic University of América», quien será su primer presidente. A partir de 1999 la PSSS pasa a llamarse definitivamente como «Internacional Association for Philosophy of Sport» y añade la diversidad regional de los miembros que la componen. Desde esta Asociación se empezó a publicar *The Journal for the Philosophy of Sport*, con una publicación anual desde 1974 y bianual desde el año 2001.

Desde este período surgen multitud de pensadores que poco a poco reflexionan desde el ámbito filosófico y desde la ética en torno al importante fenómeno deportivo. De este modo surgen corrientes de pensamiento como el Formalismo, Internalismo, Convencionalismo y similares que construyen propuestas serias de lo que debe ser una ética del deporte.

José Luis Pérez Triviño, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, nos presenta un libro en donde recoge buena parte de las principales inquietudes, ideas y temas que abordan estos nuevos éticos del deporte. La necesaria distinción entre juego y deporte, imprescindible para iniciar una investigación seria. El papel de las reglas convencionales, del *fair play* en deporte, siguiendo la clasificación que realizan Butcher y Schneider desde la *Canadian Center for Ethics in Sport* en su célebre texto *Fair play as respect for the game*. Todo ello es analizado por nuestro autor con minuciosidad y precisión.

El tema del dopaje, tan de actualidad en nuestras sociedades por la cantidad de escándalos que cada año salpican el deporte de élite, también es tratado con valentía por el autor. A diferencia de muchos de los principales representantes de la ética del deporte estadounidense, que tratan el tema del dopaje de manera superficial y esquiva, pese a que este tema es de vital importancia desde una ética del deporte.

Nuestro autor también aborda en el libro otros puntos de vital importancia en ética del deporte, como el de la discriminación sexual, que afecta principalmente a las mujeres que siempre son vistas de manera secundaria en los eventos deportivos. No sólo basta con la igualdad de oportunidades que caracteriza al deporte moderno, sino que se requiere de una igualdad de sexos a la hora de participar en la práctica deportiva.

Finalmente Pérez Triviño aborda el tema de la violencia en deporte, viendo el tipo de lesiones permitidas y no permitidas y viendo cómo debe entenderse la violencia en deportes donde es imprescindible. Junto a este tema se trata el de la vinculación del deporte a la política, especialmente a los nacionalismos, analizando como se ve la práctica deportiva en circunstancias políticas normales y en circunstancias políticas de crisis.

Para cerrar su libro nuestro autor reflexiona en torno a los futuros retos del deporte y los avances tecnológicos, temas de actualidad y que es abordado por importantes representantes del mundo académico como Savulescu de la Universidad de Oxford, entre otros. El dopaje genético, los deportistas

híbridos, la deshumanización del deporte son nuevos frentes ante los que la ética del deporte debe y deberá dar una respuesta seria y firme.

El libro de José Luis Pérez Triviño constituye la mejor herramienta para adentrarse en el mundo de la ética del deporte como disciplina académica. Una disciplina que irrumpie tímidamente en el ámbito universitario y que cada vez coge más fuerza, pues el deporte es y seguirá siendo uno de los «temas de nuestro tiempo».

Raúl SEBASTIÁN
Universitat de València

STOLLEIS, Michael: *Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR*, C. H. Beck, 2009, 173 pp.

En el alba de un día cualquiera, a inicios de los años noventa, la H-a-u-p-t-b-a-h-n-h-o-f de Berlín pasó a ser rotulada como O-s-t-b-a-h-n-h-o-f. Los operarios apenas tuvieron que sustituir un par de letras. Paradójicamente la unificación alemana conllevó (¿solo en este caso?) un desplazamiento: lo que antes fue la estación principal, frente al imponente edificio de Neues Deutschland (un importante diario de la DDR), se convirtió, de repente y bajo una luz violeta, en un lugar periférico y solitario. Y se inauguró, con toda la liturgia y arquitectos necesarios, un nuevo centro que todo lo aglutinó.

Ciertamente, los operadores jurídicos (con mucho más esfuerzo que los anteriores) modificaron y derogaron las letras de la ley. ¡Y no solo un par de ellas! Lo que antes fue un sistema de derecho con validez plena y con efectos directos sobre la vida de millones de personas devino «zona periférica» y ocupó, en el mejor de los casos, el lugar de la memoria y de los libros de historia. Un horizonte histórico por cierto, que no se debe de eludir esgrimiendo su proximidad, más bien ha de ser afrontado con todas las cautelas pertinentes, con rigurosidad y con la distancia científica necesaria; atributos todos ellos de la obra reseñada.

Otra cuestión de fondo –y distinta– es si la historia de la RDA (en este caso concreto, la historia de la ciencia del derecho público) puede ser relatada desde una perspectiva externa, desde categorías aquilatadas y construidas desde el otro lado del muro, o bien si es acaso factible realizar un ejercicio histórico sustentado en puntos de vista más internos al propio sistema, más immanentes al propio derecho de la Alemania del Este, evitando de este modo crear falsos «centros» y «periferias», falsas dialécticas entre los «otros» y el «nosotros». No se trata, desde luego, de justificar las categorías ni las prácticas jurídicas de un sistema dictatorial. Quizá tengan razón los antropólogos cuando nos advierten que hay que adoptar una perspectiva «emic» y otra «etic»¹.

Dejemos al margen los deseos. Abandonemos estas reflexiones (quizá también demasiado externas) y prestemos atención a la propia estructura del libro. Está articulado en nueve capítulos de los que se pueden entresacar las siguientes tesis centrales:

1. El derecho público de la RDA y la ciencia jurídica no poseían prácticamente autonomía alguna respecto del sistema político.
2. Existió una hipóstasis del derecho político del Estado que fagocitó, casi durante toda la existencia de la Alemania del Este, los ámbitos propios (tradicionales) del derecho administrativo y, en menor medida, del derecho internacional público².

¹ El propio Michael Stolleis reconoce que su perspectiva de la RDA es la propia de un alemán del Oeste y que incluso reflexionando científicamente es difícil deshacerse de ciertos prejuicios; aserto que, por otra parte, da muestra de su honestidad académica.

² Una de las excepciones más notables es el manual de derecho administrativo «Das Verwaltungsrecht der Deutsche Demokratische Republik», obra colectiva ani-

3. La ciencia jurídica estaba dominada por una élite jurídica que construía, gestionaba y, en su caso, destruía redes de poder. Asimismo establecía los tópicos sobre los que debían versar trabajos doctorales, monografías o centrarse las investigaciones.

4. El «cielo partido» (expresión tomada de una conocida novela de Christa Wolf) es una metáfora que no solo describe las relaciones entre los amantes a los dos lados del muro, sino también entre las dos ciencias jurídicas. El muro no es poroso. Hay pocos canales de comunicación y de interacción. Disidente es aquél que mira hacia fuera; y los que miran por encima del muro, desde la República Federal, parecen ser solo exóticos expertos que, en muchas ocasiones, son incapaces de apreciar los matices críticos camuflados tras el lenguaje demasiado burocrático y politizado de los textos (p. 18). En el Oeste, pues, se extiende un desierto de desinterés³.

Si prestamos atención al detalle, entre los muchos datos que se ofrecen en las páginas de este libro, creo que merece la pena resaltar dos temáticas: 1) la política universitaria, las universidades y otros centros de educación y/o socialización y 2) las condiciones de la producción científica.

Ad 1) El autor establece una periodificación que gira en torno a la conferencia de Babelsberg y que consta de tres momentos. Una primera época (1945-1951) caracterizada por las depuraciones de funcionarios (alcanzan un 90% del cuerpo funcional), por un férreo control de la universidad desde el partido y, en definitiva, por un pobre panorama de la ciencia jurídica, ya que (sobre todo durante la ocupación soviética) la ciencia jurídica era una herramienta inútil.

Una segunda fase (1951-1961), simbolizada por la conferencia de Babelsberg, en la que la socialización de los juristas se lleva a cabo dentro de la propia universidad y, especialmente, en la *Akademie für Staats-und Rechtswissenschaft* (DASR). En la conferencia se critica ferozmente cualquier resquicio de revisionismo por inocuo que este fuera (uno de los chivos expiatorios fue el teórico del derecho Hermann Klenner) y se ataca frontalmente al derecho administrativo como construcción burguesa.

Por último, una tercera fase que se inicia a partir de 1961, y en la que pierde peso la DASR, debido, entre otras razones, a su división en institutos y a la muerte de Karl Polak, uno de sus principales responsables. Aunque se producen algunas ligeras modificaciones en el sistema de socialización y de educación, éste no deja de estar altamente politizado y controlado por el partido hasta el final de la RDA.

A los centros de enseñanza jurídica se les dedica especial atención. Un capítulo para las Universidades, otro para la *Akademie*. Sobre las primeras (situadas en Berlín, Halle, Jena y Leipzig) se efectúa un recorrido expositivo, concreto, empírico e informativo. Según Michael Stolleis, fue una tarea compleja ocupar un terreno tan baldío y en barbecho con ciertas garantías de rigor científico. Se pasa revista a las cátedras de derecho público en las

mada por Karl Bönninger y que iniciaba junto a otros autores (como Bernet) el peligroso y «revolucionario» camino de reivindicar el control de los actos administrativos, lo que fue durísimamente criticado por Walter Ulbricht, quien vio en esta postura un acto de revisionismo y un rasgo propio de un Estado burgués de derecho.

³ En concreto se cita a Karl Polak, Walter Ulbricht, Klaus Sorgenicht y Rainer Arlt.

distintas universidades, se menciona las principales líneas de trabajo e investigaciones y se esbozan algunos rasgos característicos de cada una de las universidades.

Junto a las citadas universidades existen otros centros jurídicos de los que también se ofrece empírica noticia y que juegan, al menos en un primer momento, una importante labor de socialización de los operadores jurídicos y de los funcionarios. A la *Deutsche Verwaltungsakademie*, cuyo primer presidente fue Peter Alfons Steiniger, tras su traslado a Babelsberg, vino a unirse la *Zentrale Richterschule* (1951) y, por otra parte, el *Deutsche Institut für Rechtswissenschaft* (1952), formando de este modo la *Deutsche Akademie für Staats-und Rechtswissenschaft «Walter Ulbricht»*⁴. En las páginas dedicadas a esta institución, se abunda con cierto detenimiento sobre cuáles eran sus funciones (principalmente de adoctrinamiento en los valores políticos de la DDR), en la estructura y las materias de sus cursos destinados a funcionarios, en la inexistencia de la libertad investigadora que reinaba en su seno y se ofrece un elenco de sus presidentes.

Ad 2) La descripción de las labores científicas se circunscriben a tres extremos que ciertamente dibujan un panorama general pero altamente descriptivo: las publicaciones y las revistas científicas, las habilitaciones y tesis y, por último, las medallas, premios y condecoraciones.

El panorama en este ámbito tampoco era muy halagüeño. Dos revistas científicas (*Staat und Recht* y *Neue Justiz*) que más tarde, en 1969, serían tres (*Wirtschaftsrecht*). Artículos agresivos y muy politizados en general, aunque, con el paso del tiempo y la seguridad producida por la construcción del muro, se iría suavizando el tono e incluso permitiendo algún comentario crítico. De nuevo se citan los intentos de Karl Bönninger y Wolfgang Bernet para construir un derecho administrativo que garantizara los derechos y la figura del administrado.

Las habilitaciones y tesis son igualmente escasas. Son trabajadas en grupos para ejercer el control entre iguales. Se caracterizan por su poco grado de abstracción, por su finalidad claramente práctica (se trataba de mejorar la efectividad del derecho) y por el tabú de ciertos temas (la delincuencia o la interpretación de la constitución, por ejemplo).

En general, las tareas científicas se presentan, al igual que las instituciones académicas, altamente controladas por el partido, sumidas en una ideología que devora cualquier matiz o disidencia y sobre todo contrachapadas de un tono mate, gris, sin pátina alguna de calidad, como si estuvieran llevadas a cabo por los mismos carpinteros que fabricaban los espartanos y baratos muebles de la RDA. ¿Seguro que toda la ciencia jurídica era así en la Antigua Alemania del Este?

El filósofo del derecho Hermann Klenner es una excepción. Leí con atención su texto sobre la ciencia jurídica alemana del XIX (*Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*) y su riguroso trabajo en los Anales de la Cátedra de Francisco Suárez en 1978 sobre Savigny. ¿Qué hacía un profesor de la Alemania del Este escribiendo en una revista española de filosofía del derecho? Ante la curiosidad pregunto al director de la revista en aquellos entonces, Nicolás López Calera. Klenner formaba parte del Comité ejecutivo de la IVR (Asociación Internacional de Filosofía del Derecho) y era un profesor

⁴ En 1972 se modificó su nombre y se viene a denominar simplemente *Akademie für Staats-und Rechtswissenschaft*.

serio, riguroso y ciertamente marxista. Otro contacto –me comenta López Calera– de los compañeros de Granada, era el profesor Wilhelm Raimund Beyer (1902-1990), un marxista en toda regla, que mantenía relaciones científicas con los compañeros del Este y fundador de la Asociación Internacional Hegeliana.

Recientemente Hasso Hoffmann ha realizado un somero pero profundo análisis de la filosofía del Estado en la RDA⁵ en el que entre otros autores (Baumgarten y Polak principalmente) se hace referencia a la figura de Klenner, mostrando sus luces y sus sombras. Ciertamente perdió su plaza de profesor por ver en él uno de los culpables de la desestalinización del derecho⁶; mas defendió los derechos humanos despojándolos de cualquier tipo de garantías, disfrazándolos con la jerga propia de la RDA, estatalizándolos poderosamente y, no por casualidad, trayéndolos a un primer plano como un modo de competir con la Alemania del Oeste. Hoffmann señala, en cambio, como una de las principales conquistas de Klenner el haber comprendido el marxismo en su primigenio sentido heurístico, esto es, como crítica ideológica; a ello se debe unir el haber sido últimamente un excelente editor de textos clásicos.

A la luz de las reflexiones de Hasso Hoffmann quizá haya que tomar con muchas cautelas la obra de Klenner. Quizá lo expuesto solo sean un par de anécdotas. Quizá solo las excepciones que confirman una regla de homogeneidad impuesta. Pero en filosofía del derecho algunos ecos de la Alemania del Este llegaban hasta un pequeño departamento de un país hundido cuarenta años en una dictadura ¿Quizá el muro fuera algo más poroso de lo presentado? Tal vez solo fuera cuestión de interés por lo que estaba pasando al otro lado o estos casos solo sean el los de dos privilegiados. Para muchos el pensamiento de estos dos profesores no representaba un pensamiento periférico, porque sabían extraer de él, a pesar de las barbaridades cometidas en su nombre, el germen emancipatorio que contenía.

Quizá el libro hubiera podido abundar más en estos ejemplos u otros similares. No es ésta su finalidad, lo que es completamente legítimo. Ofrece, eso sí, un panorama bastante detallado de las instituciones, políticas universitarias y canales de comunicación del derecho público en la DDR; en este aspecto su cometido queda cumplido.

Es más que posible que las tesis principales (y otros aspectos menores), que hemos señalado en esta reseña, se clarifiquen y detallen en el cuarto volumen de la historia del derecho público alemán del profesor Stolleis; obra que está presta a ser publicada.

Federico FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ
Universidad de Granada

⁵ HOFFMANN, H., Zur sozialistische Rechts- und Staatsphilosophie in der DDR, en *Rechtsgeschichte*, núm. 19, 2011, pp. 130-141.

⁶ HOFFMANN, H., *loc. cit.*, p. 137.

WENDEL, Bradley: *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2010, 286 pp.

I

En el año 2002, dos juristas que trabajaban como asesores del gobierno de George W. Bush publicaron un infame documento que ha pasado a la historia jurídica de los Estados Unidos con el nombre del «memorando de la tortura». Preguntados por la administración hasta dónde se podía llegar en los interrogatorios a los presos de Guantánamo sin traspasar la barrera de lo considerado jurídicamente como «tortura», John Yoo y Jay Bybee redactaron un informe en el que interpretaron el contenido de la legislación doméstica e internacional sobre la práctica de la tortura de manera tal que virtualmente la vaciaban de contenido.¹ No se trataba de una opinión burda o inexperta, sino que mediante una interpretación técnicamente compleja y muy original de los términos legislativos relevantes y de los argumentos jurídicos involucrados, el informe otorgaba al gobierno manga ancha para llevar a cabo con los presos todo tipo de acciones, incluidas aquellas que en el lenguaje ordinario serían indudablemente calificadas como tortura.

¿En qué problema deontológico incurrieron Yoo y Bybee? Según las posiciones que han dominado el debate tradicional sobre ética jurídica, a esta pregunta se puede responder de dos maneras. Los defensores más acérrimos de la concepción dominante, la llamada teoría de la amoralidad, dirán que no hay ningún problema, ya que estos juristas actuaron como celosos profesionales que pusieron en juego su mayor conocimiento y habilidad para satisfacer dentro de los límites fijados por la letra de la ley los intereses de su cliente, en este caso el gobierno, suponiendo que dichos intereses consistían en obtener justificación jurídica para ejecutar el mayor rango posible de técnicas de interrogatorio. Por el contrario, quienes defienden la posición opuesta, esto es, quienes promueven el activismo moral por parte de los abogados, considerarán que Yoo y Bybee muestran lo peor de la profesión jurídica y ofrecen un ejemplo de pésima deontología: se trata de profesionales inteligentes y muy capaces que ponen todo su talento al servicio de un fin moralmente reprochable, como sería permitir o favorecer la tortura de Estado.

Ante esa tesitura, la teoría de la fidelidad al Derecho de Wendel ofrece una respuesta distinta a ambas. Yoo y Bybee sí incurrieron en un problema deontológico, uno muy grave además, pero no porque fueran buenos abogados sirviendo a un mal moral, sino porque fueron malos abogados. Ingeniosos y hábiles, eso puede ser, pero malos profesionales que obraron faltando al respeto que el Derecho merece por sí mismo, y anteponiendo los (supuestos) intereses de su cliente al propósito de las leyes, a aquello que los clásicos llamaban su espíritu.

¹ El caso, que aquí me limito a enunciar de manera simplísima, es muy complejo y ha dado lugar a una ingente literatura, sobre todo en Estados Unidos. Una introducción muy concisa y acertadamente crítica la ofrece Milan Markovic, «Can Lawyers Be War Criminals?», en *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 20, 2007, pp. 347-369. Wendel ya había tratado las implicaciones deontológicas del caso en «Professionalism as Interpretation», *Northwestern University Law Review*, 91, 2005, pp. 1167-1233.

II

El ejemplo anterior ilustra con claridad el objetivo que persigue Bradley Wendel con su último libro, *Lawyers and Fidelity to Law*. En esta obra, el profesor de Cornell presenta una teoría general de ética jurídica que se ha venido anticipando durante los últimos años en una serie de publicaciones por parte del autor. Esta teoría se inserta de pleno en el debate de la ética jurídica moderna, aunque lo hace desde una posición singularmente crítica, ya que Wendel cuestiona no ya alguna de las posiciones enfrentadas sino el debate en sí.

Esas posiciones enfrentadas, y reflejadas en el ejemplo anterior, son las de la concepción estándar y el activismo moral. La primera de ellas, la concepción estándar o teoría de la amoralidad, de la que Wendel hace una impecable presentación al comienzo del libro, y cuya crítica lo estructura a partir de entonces, se construye sobre tres principios: (i) el principio de *parcialidad*, según el cual el abogado debe perseguir los intereses de su cliente con el máximo celo e incluso agresividad siempre que lo haga dentro de los límites marcados por la letra de la ley; (ii) el principio de *neutralidad*, según el cual el abogado no debe estar preocupado por la valoración moral de los intereses de su cliente o de los medios empleados para defenderlos; y (iii) el principio de *no-responsabilidad*, según el cual el abogado queda moralmente exonerado de las acciones que realiza en cumplimiento de su tarea. En una palabra, el abogado debe ser amoral. Lo cual no quiere decir inmoral. Actuar amoralmente, actuar como si al individuo-abogado se le hubiera amputado la dimensión ética de su personalidad, es, según esta teoría, lo deontológicamente correcto. La amoralidad no es descriptiva, sino prescriptiva: se presenta a sí misma como una «moral amoralidad»².

Para ser completa, la concepción estándar exige aceptar la existencia de una *moralidad de rol*, según la cual quien ocupa una posición concreta dentro de una institución determinada debe ser evaluado mediante criterios morales internos propios de ese rol, y no mediante criterios provenientes de la moralidad ordinaria externos al rol y a la institución. Y es precisamente esta última idea, la de juzgar la tarea del abogado según criterios morales ordinarios, la que sostiene quienes defienden la posición opuesta, es decir, el activismo moral. Según estos, el papel que juegan los abogados en el sistema no les ofrece ninguna protección ética: ni los excusa del deber moral de actuar correctamente conforme a criterios de moralidad ordinaria, ni mucho menos justifica su incumplimiento de tal deber. Si en el ejercicio de su profesión el abogado actúa moralmente mal, merece la misma desaprobación que cualquier otro ciudadano.

Frente a esta disyuntiva teórica Wendel ocupa un punto intermedio. Su visión no es la de los partidarios del activismo moral, a quienes de hecho critica porque «ponen demasiado énfasis en consideraciones de moral ordinaria, en detrimento de los valores políticos asociados con la *rule of law*» (31). Sin embargo, tampoco es estrictamente amoral, pues no acepta que los intereses del cliente deban prevalecer sobre cualquier otra consideración. En realidad, nos dice Wendel, y a diferencia de lo que suele afirmarse, la fidelidad principal del abogado no es para con los intereses del cliente sino para

² Massimo LA TORRE, «Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense», *Anuario de filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-09, p.16.

con el Derecho, y su misión es velar por aquello que al cliente le corresponde conforme a Derecho (*legal entitlements*), lo que no tiene porqué coincidir con aquello que al cliente le interesa. «Incluso si un abogado considera que una ley particular es injusta, o que su aplicación a la situación de su cliente producirá un resultado injusto, aún así tiene una razón para respetar el Derecho y no tratar de evitarlo» (88).

Reformulando el ejemplo de antes, Wendel cree que Yoo y Bybee actúan erróneamente, pero la razón de ello no es que su comportamiento profesional promoviera un mal moral, como es la práctica de la tortura. Hasta tal punto no es esa la razón, que su informe habría sido deontológicamente correcto si se pudiera entender que la legislación relevante, razonablemente interpretada, promovía o permitía la tortura, pues no es tarea del abogado introducir en el Derecho sus valoraciones de moral personal. «Los deberes de los abogados deben orientarse hacia el respeto al Derecho por sí mismo, no hacia consideraciones morales ordinarias» (88). La razón por la que Yoo y Bybee lo hicieron mal fue más bien porque interpretaron de manera impropia y extravagante unas leyes manifiestamente creadas para prevenir la tortura, y lo hicieron con el fin de lograr el objetivo opuesto al que dichas leyes persiguen y que constituye su razón de ser. En otras palabras, no mostraron hacia el Derecho el debido respeto que este merece como tal.

III

Sigo aquí el ejemplo de los memorandos de la tortura por ser tan notorio como esclarecedor, pero esto no debe llevarnos a pensar que la teoría de Wendel se aplica solo a casos extremos. Bien al contrario, la multitud de ejemplos, la mayoría reales, que utiliza para presentar sus posiciones, provienen de los ámbitos más variados y cotidianos de la práctica jurídica, reforzando la idea de que la suya es una teoría para la vida ordinaria del Derecho. El concepto que permite traducir los principios éticos generales al quehacer diario del abogado es el ya introducido de *legal entitlement*, el cual se distingue crucialmente de los intereses del cliente.³ El contraste entre *entitlements* e intereses subraya la idea de que el abogado solo puede hacer por su cliente aquello que el cliente puede hacer conforme a Derecho. Idea obvia pero aún así frecuentemente olvidada, como denuncia Wendel al constatar que la retórica deontológica de los abogados está dominada por la primacía no de los derechos sino de los *intereses* del cliente, un desliz terminológico de profundas consecuencias éticas.

La centralidad del concepto de *entitlement* materializa la pretensión de Wendel de abrir una tercera vía entre la concepción estándar y el activismo moral. Tomar el *entitlement* jurídico como referencia ética obliga al abogado a ir moralmente más allá de lo que le permite la teoría de la amoralidad (pues no basta con servir los intereses del cliente despreocupándose de todo lo demás) pero sin llegar a tanto como le exige el activismo moral (pues no

³ Wendel define *entitlement*, en clave hoffeldiana, como «un derecho sustantivo o procedimental, creado por el Derecho, que establece *claim-rights* (que implican deberes sobre otros), privilegios para hacer cosas sin interferencias, y poderes para cambiar la situación jurídica de otros (p.ej., imponiendo obligaciones contractuales)» (50).

procede que realice una valoración de cada caso en términos de moralidad ordinaria). El *entitlement* se sitúa así entre el puro poder y la pura moral.

Como consecuencia, «el deber básico de todos los abogados es actuar con fidelidad al Derecho» (16). Aunque, y contra lo que opina el activismo moral, el profesional no debe incorporar al ejercicio profesional sus visiones personales de moral ordinaria, la teoría de la fidelidad al Derecho modifica sustancialmente el principio de parcialidad afirmado por la concepción estándar. El abogado de Wendel, más que un servidor exclusivo de su cliente, presenta una suerte de doble fidelidad al cliente y al Derecho, la cual se traduce en la primacía de los *entitlements* sobre los intereses, y justifica la consideración de los abogados no tanto como agentes privados sino como agentes «casi-políticos» (11). Esa doble fidelidad hacia cliente y Derecho debe entenderse como compuesta y no como enfrentada: el abogado sirve el interés del cliente a través y sólo a través de lo que este merece jurídicamente, o dicho a la inversa, muestra su fidelidad al Derecho mediante la defensa estricta de los *entitlements* del cliente. La obligación de respeto por el Derecho es primordial, y «se aplica incluso cuando sería mejor para los intereses del cliente obtener un resultado que no venga apoyado por un *legal entitlement* plausible» (49).

IV

La teoría de la ética profesional como fidelidad al Derecho parte de una importante opción metodológica, como es trasladar el foco de atención desde el ámbito de la filosofía moral hasta el de la filosofía del Derecho. Para Wendel la clave de la deontología no se ha de buscar en la moralidad ordinaria sino en la moralidad institucional. Más concretamente, dicha clave se halla en el rol que el abogado ocupa dentro de un sistema complejo y preñado en sí mismo de valor moral que le exige al profesional un constante ejercicio de responsabilidad. La de Wendel es, ante todo, una ética jurídica como filosofía del Derecho, y precisamente por eso plantea importantes problemas de carácter iusfilosófico. Destaco dos, los cuales la obra es capaz de responder al menos de manera parcial.

El primero es el de la muy discutida cuestión del valor moral de la legalidad, que constituye uno de los grandes debates en la filosofía jurídica de la segunda mitad del siglo XX. Si el abogado actúa moralmente por ser fiel al Derecho, y sin introducir sus propias valoraciones de moralidad ordinaria, es porque la moral está ya «incorporada» en ese Derecho. De ahí que, para garantizar la coherencia de su teoría, Wendel deba sostener expresamente que «la legalidad tiene valor moral, y es ese valor el que sustenta el rol del abogado y le concede relevancia normativa», habiendo afirmado antes que «la legalidad no es el único bien. Pero es un bien» (10). A partir de aquí, la relación entre moralidad ordinaria y ética profesional debe entenderse de manera indirecta, en un razonamiento que sigue la estructura típica de la moralidad de rol: los valores de moralidad ordinaria justifican la institución, que a su vez justifica los deberes propios del rol.

No sorprende que el valor moral de la legalidad tenga para Wendel carácter procedimental, ni que esté vinculado con el atractivo normativo de la democracia, relacionado a su vez con la necesidad de tener un sistema que permita organizar la cooperación social con cierta estabilidad en un contexto de pluralismo moral. Ese pluralismo implica una situación caracterizada por

desacuerdos morales profundos y persistentes que no pueden resolverse mediante el mero recurso a la razón, lo cual nos lleva a tener buenas razones para respetar el Derecho como tal. Esta línea básica de argumentación la repite Wendel con insistencia a lo largo de la obra, consciente de que se trata de un punto crítico en el que su teoría se juega mucho.

Desde una visión de filosofía jurídica académica, Wendel es más explícito a la hora de decir dónde no está que no dónde está. Y donde no está es en una visión instrumentalista del Derecho, esto es, una perspectiva que contempla al Derecho como mero instrumento sin ningún valor especial, la cual es propia del realismo jurídico que ha sido con frecuencia identificado como la filosofía práctica propia de los abogados⁴. El mal hombre holmesiano, al que del Derecho no le importan más que sus consecuencias, no puede ser en ningún caso el buen abogado de Wendel. También será difícil en mi opinión (aunque el autor no lo dice) compatibilizar esta teoría con una posición de positivismo estricto o excluyente, en la medida en que el buen abogado de Wendel muestra su fidelidad al Derecho a través de una interpretación de las normas que debe tener en cuenta el valor moral que estas llevan incorporado. Y no se ve cómo puede hacerlo si elimina totalmente la dimensión moral de su razonamiento. Parece, en definitiva, que el deber de fidelidad al Derecho implica una *cierta* confusión entre razonamiento moral y jurídico.

Pero salvadas estas incompatibilidades, la teoría de Wendel no asume un compromiso firme con ninguna filosofía jurídica sustantiva. De hecho, y aunque en su idea de legitimidad procedimental resuena claramente el pensamiento de Fuller, la obra también contiene guiños a otras posiciones iusfilosóficas importantes del siglo XX, desde el positivismo «suave» de Hart y su punto de vista interno hasta la teoría no-positivista de Dworkin, pasando por la *process jurisprudence* de Henry Hart y Albert Sacks⁵.

La crítica al instrumentalismo jurídico se repite también en relación con el segundo gran problema iusfilosófico que afronta la teoría de Wendel, a saber, el de la determinabilidad del Derecho. Si la ética como fidelidad exige del abogado que interprete las normas jurídicas respetando su contenido y su finalidad, eso quiere decir que contenido y finalidad son determinables y que por tanto es posible distinguir entre las interpretaciones que respetan ese contenido y finalidad y aquellas que no lo hacen. Dicho en otros términos, si no existiera un criterio mínimamente objetivo para establecer a partir de las normas qué es jurídicamente defendible y qué es jurídicamente injustificable, no

⁴ Stephen PEPPER, «The Lawyer's Amoral Ethical Role», *American Bar Foundation Research Journal*, 4, 1986, pp. 613-635.

⁵ Cuestión aparte, a medio camino entre lo filosófico y lo psicológico, es que la apreciación wendeliana por la legalidad promueva la adopción de una posición acrítica hacia el sistema, como apunta un comentarista al afirmar que «en ocasiones Wendel se desliza hacia la apología del status quo» (David LUBAN, «Misplaced Fidelity», *Texas Law Review*, 90, 2012, p. 680). Wendel es consciente de la crítica, que trata de responder en la conclusión del libro: «[a]lgunos lectores puede que vean todo esto como un fetichismo de la legalidad, como si olvidara que la forma del *rule of law* puede utilizarse por parte de gobiernos horribles» (209). Y obviamente el autor no olvida esa posibilidad, pero me parece seguro afirmar que la tiene poco en cuenta, y que eso es deliberado. La teoría de Wendel ni es ni pretende ser de aplicación universal, sino que su contexto implícito es el de un sistema, aunque no ideal, razonablemente justo y basado en una democracia que funciona razonablemente bien.

cabría ni siquiera hablar de los *legal entitlements* como algo distinto de los meros intereses.

A diferencia de otros discursos de ética jurídica, que parten del implícito más bien ingenuo de que el Derecho demanda del cliente o de su abogado algo unívoco e indiscutido, Wendel muestra a través de sus muchos ejemplos que la principal tarea del jurista consiste en la interpretación, y que existen muchas y variadas maneras técnicamente correctas y éticamente legítimas de interpretar un texto normativo, incluso cuando apuntan hacia soluciones opuestas. Ahora bien, dentro de tal variedad es posible distinguir entre una interpretación heterodoxa, ingeniosa u original, y una interpretación que está fuera de juego, que es resultado de una manipulación del Derecho con el propósito de esquivarlo, de evitarlo, o de saltárselo como un obstáculo que se ha interpuesto frente a los intereses pre-jurídicos del cliente. Para ello a Wendel le basta con «establecer que existe suficiente objetividad y determinabilidad en el Derecho como para que el conjunto de posiciones jurídicas que carecen de un soporte adecuado no sea un conjunto vacío» (176). Lo cual no exige adoptar un compromiso con ninguna teoría objetivista en sentido fuerte, ni afirmar la plena determinabilidad del Derecho, ni mucho menos sostener una tesis como la de la «única respuesta correcta» de Dworkin. Ahora bien, sí es incompatible la posición de Wendel con las teorías iusfilosóficas que predicán la radical indeterminación del Derecho, posiciones que vendrían a identificarse con el realismo más crítico al estilo de los *critical legal studies*, y que a grandes rasgos disolverían la argumentación jurídica en la puramente política.

La esperanza de determinabilidad moderada está apoyada para Wendel en un elemento sociológico *lato senso* como es el de la comunidad interpretativa, un elemento que le concede un cierto aire elitista típico en los estudios tradicionales sobre la profesión. Esa comunidad interpretativa, «compuesta de jueces, abogados, profesores y ciudadanos interesados que han aprendido a diferenciar entre razones jurídicas y no-jurídicas», es la que permite considerar la interpretación como un «proceso comunitario, que hace referencia a criterios intersubjetivos para el ejercicio y la regulación del juicio» (196). Aunque se trate de un elemento, como digo, de base sociológica, para Wendel cumple un papel esencialmente heurístico en la actuación del abogado, papel que destaca en los contextos no-litigiosos, esto es, los ámbitos transaccionales o de asesoría, en los cuales la ausencia del control por parte de un juez o árbitro imparcial impone en el abogado una responsabilidad reforzada para autolimitar el rango de las interpretaciones jurídicas plausibles. La comunidad interpretativa sirve como referencia para fijar ese límite, y así el abogado la puede introducir en el despacho en el que está reunido a solas con su cliente formulándose a sí mismo preguntas tales como «¿aceptaría un juez este argumento?» o «¿qué diría un colega mío si le planteara esta interpretación?».

Dije antes que Wendel responde *parcialmente* a estos dos problemas (el del valor moral de la legalidad y el de la determinabilidad del Derecho) porque sus respuestas están orientadas a la coherencia de su teoría y no primariamente a fijar posiciones iusfilosóficas al respecto. Siendo el suyo un libro que puede calificarse en sentido amplio como de filosofía del Derecho, Wendel no entra de pleno, ni pretende hacerlo, en el fondo de esas cuestiones, sino que de manera metodológicamente legítima el autor reconoce sendas problemáticas y se sitúa en relación con ellas, dejando claro qué posiciones son incompatibles con su teoría. No es necesario adoptar un compromiso moral fuerte con la legalidad para entender

que Yoo y Bybee tiraron por tierra el evidente valor moral que comporta la muy restrictiva regulación de la tortura. Ni tampoco es necesario sostener la plena determinabilidad del Derecho para concluir, tras analizar en detalle la argumentación jurídica que emplearon, que sus interpretaciones fueron forzadas, engañosas, ajenas a los criterios habitualmente utilizados por la comunidad de los juristas y plausiblemente refrendados por la opinión pública, y que mediante ellas pretendían obtener resultados opuestos a la finalidad manifiesta de las normas implicadas.

V

Extrapolando a partir del ejemplo, considero que la principal fuerza práctica del libro de Wendel radica en la crítica frontal y rotunda a la manipulación leguleya del Derecho que es no poco habitual en la práctica de la abogacía. El enemigo a combatir es una extendida actitud instrumental e irrespetuosa hacia la ley, es decir, hacia aquello que debería ser visto, desde una perspectiva más amplia, más profunda y más ética, como un triunfo civilizatorio. La manera en que esta crítica se relaciona con los puntos iusfilosóficos más generales que trata la obra queda brillantemente expresada en su conclusión, que no me resisto a citar *in extenso*.

[L]as instituciones y los procedimientos que conforman el sistema jurídico no están aislados de consideraciones de moralidad y justicia.... Si la *rule of law* significa algo, es que el poder absoluto resulta intolerable, y las posiciones jurídicas deben estar justificadas de tal manera que presten el debido respeto a todos los ciudadanos afectados. Cuando los abogados trabajan dentro de un sistema jurídico que funciona razonablemente bien, sus acciones poseen los valores que derivan de esos ideales. Al orientar la ética jurídica alrededor de dichos valores, podemos ver con más claridad qué es erróneo cuando los abogados manipulan el Derecho al servicio de clientes poderosos. El fracaso ético no consiste en la violación de obligaciones morales ordinarias, sino en no mostrar la fidelidad al Derecho que constituye la obligación primaria de todos los juristas. (208)

Sea cual sea la posición que cada uno sostenga respecto al valor moral de la legalidad, me parece difícil no acordar con Wendel en su certera identificación y devastadora crítica del vicio profesional que tan mala fama ha otorgado a los juristas a lo largo de los siglos.

César ARJONA SEBASTIÀ
Universitat Ramon Llull, Barcelona

IV

NOTICIAS

